



VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA INFANCIA

El avance legislativo y sus desafíos

VIOLENCIA SEXUAL CONTRA LA INFANCIA

El avance legislativo y sus desafíos

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile

Alfonso Pérez G.

Director

Felipe Vicencio E.

Director Adjunto

Blanca Bórquez P.

María Teresa Corvera V.

Coordinación y Edición

Cecilia Cortínez M.

José León B.

Diseño Gráfico

Aníbal Toro J.

Andrés Rodríguez P.

Agradecimiento especial a: Paula Olivares C., Corporación Opción

Fotografías

Agradecimientos

Carabineros de Chile

Corporación Opción

Fundación para la Confianza

Ministerio Público

Policía de Investigaciones de Chile

Sename

Unicef

Fotografía portada: Handstands, summer 1898 [original] © Heinrich Zille, from Berlin.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución.

No comercial - Sin Derivadas 3.0 Unported

© Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile

Registro de Propiedad Intelectual N° 258926

I.S.B.N.: 978-956-7629-28-2

Impreso en Chile por Andros Impresores

Violencia sexual contra la infancia : el avance legislativo y sus desafíos / Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Primera edición.

Santiago de Chile : Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015.

225 páginas : fotografías; 25 cm.

Violencia en niños

Víctimas de abuso sexual

Delitos sexuales

Derechos del niño

INDICE

Prólogo	
Senador Patricio Walker Prieto.....	9
Presentación	
Blanca Bórquez Polloni.....	17
Capítulo I	
El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile	
Nicolás Espejo Yaksic.....	25
Capítulo II	
Caracterizando la violencia sexual contra la infancia	
María Pilar Lampert Grassi.....	53
Capítulo III	
Del secreto y la desprotección a la develación, el impacto social y la acción legislativa	
Lautaro Muñoz Tamayo.....	93
Capítulo IV	
Evolución legislativa en la protección de niños, niñas y adolescentes en Chile: perspectiva histórica y aportes de la Ley N° 19.927	
Hernán Fernández Rojas.....	129
Capítulo V	
Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones	
María Elena Santibáñez Torres.....	145
Capítulo VI	
Desafíos y propuestas	
Varios autores.....	187





Prólogo

En más de una ocasión me han preguntado acerca de cuál fue el motivo que me llevó a involucrarme tan profundamente con los temas de infancia y, particularmente, con los problemas relacionados con el maltrato y el abuso sexual que afectan a muchos niños, niñas y adolescentes en nuestro país. En mi caso, la causa no ha sido ni un interés académico ni político en abstracto, sino el conocimiento directo que de este drama he podido adquirir durante estos años, a raíz de mi trabajo en terreno como parlamentario.

En este sentido, en 1998, como diputado por la región de Coquimbo, me tocó conocer muy de cerca un impactante caso de abuso sexual infantil. En aquella oportunidad, la madre de la víctima se acercó para transmitirme su impotencia por el hecho que el abusador, no obstante estar condenado a pena de cárcel, se encontraba en libertad, lo que le permitía acercarse al niño y reírse de la familia. Para esa madre y sus seres queridos el dolor era cotidiano y la reparación de parte del daño causado, una ilusión.

En ese entonces, nuestro sistema jurídico permitía al autor de los delitos de connotación sexual cometidos contra menores de edad - sancionado con pena privativa de libertad inferior a cinco años de cárcel - acceder a beneficios penitenciarios y de cumplimiento alternativo de la condena, como son la remisión condicional de la pena o el beneficio de la libertad vigilada.

Este es solo uno de los casos que me ha tocado conocer, y lo menciono porque en aquel tiempo, él nos alertó acerca de la necesidad de aumentar las penas con que se castigaban los delitos sexuales que tenían por víctima a niños, niñas y adolescentes. Iniciamos entonces el trabajo de revisar nuestro marco normativo y efectuar propuestas legislativas que permitieran subsanar vacíos o deficiencias que en la práctica generaban situaciones gravísimas de impunidad. En esta tarea participaron diversos profesionales y especialistas dedicados a trabajar en la materia o directamente con víctimas de abuso sexual infantil. Especial mención merece la

labor desarrollada por la entonces diputada Pía Guzmán, y por dos abogados que me han acompañado con dedicación en esta tarea durante estos años: Hernán Fernández y María Elena Santibáñez.

El trabajo conjunto nos llevó a presentar en abril del año 2002, una primera iniciativa con la que buscábamos endurecer las penas asignadas a la pornografía infantil y fortalecer las facultades investigativas especiales de las policías, pues considerábamos que en este ámbito nuestra legislación presentaba importantes debilidades a las que era necesario atender con urgencia, considerando el rápido y masivo desarrollo que estaba teniendo internet y las tecnologías de la comunicación y la información, en general. En efecto, la normativa vigente a la época, entre otras cuestiones, no definía con claridad qué debía entenderse por pornografía infantil; establecía criterios diferenciados de protección legal atendiendo a la edad de la víctima, lo que dejaba en una mayor indefensión a los mayores de 12 y menores de 18 años de edad, al exigir a su respecto la concurrencia de determinadas circunstancias en la ejecución del delito que dificultaban su prueba; no sancionaba ni el tráfico de pornografía infantil (distribución, difusión o transmisión) ni su posesión, ni se contemplaba especial sanción para las organizaciones criminales que se conformaran para la comisión de estos ilícitos.

Un elemento que sin lugar a dudas contribuyó a dar celeridad al debate legislativo y a crear conciencia pública sobre el tema, fue el descubrimiento, a través del programa de investigación periodística “Contacto”, de Canal 13, de la Red Paidos y de Rafael Maureira alias Zacarach, quien contactaba niños y los trasladaba mediante atractivos ofrecimientos, a cabañas ubicadas en el litoral de la zona central para abusarlos sexualmente. Junto a ello, filmaba los ilícitos, producía material pornográfico y lo distribuía en redes de pornografía infantil. Este caso sacó a la luz la existencia de verdaderas organizaciones de explotación sexual infantil, en las que participaba un importante número de personas, en un negocio lamentablemente muy lucrativo. Fue tal el impacto que la revelación de esta red causó, que el proyecto logró incluso el respaldo del Ejecutivo.

El descubrimiento de la Red Paidos nos permitió saber que Chile en el exterior era visto como un paraíso para la pedofilia, pues se trataba de un lugar en el que sin

contravenir la normativa vigente, se podía comercializar películas con el ultraje sexual de niños filmadas por organizaciones establecidas en el país.

Otro hecho que ayudó a dar mayor visibilidad al problema de la violencia sexual contra niños, fue el denominado caso Spiniak, del que se tuvo conocimiento en el año 2003 y que presentó variadas aristas que complejizaron su abordaje y por momentos desviaron la atención de lo realmente importante, los niños vulnerados. Los resultados de la investigación, en la que incluso hubo acusaciones que involucraron a personas públicas, me llevaron a ser querellante en la causa. En la misma época, otro reportaje de investigación periodística, esta vez de Televisión Nacional de Chile, mostró la cruda realidad que vivía el país en materia de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes. En él se mostraba la facilidad con la que en la ciudad de Santiago, adultos podían detenerse en la vía pública y aceptar la oferta de servicios sexuales que le hacían niñas vendedoras de flores, sin que existiera entonces ningún tipo de sanción para quien contrataba sexo con menores de edad.

Estos y otros casos ayudaron no solo a sensibilizar a la sociedad chilena sobre la gravedad de los hechos, sino también, a educar a la población sobre una realidad que por muchos era ignorada. En el ambiente político, existía bastante desconocimiento respecto a este problema y no se tenía conciencia acerca de los vacíos que presentaba nuestra legislación, salvo algunas excepciones.

Durante estos años ha sido preciso avanzar con decisión en erradicar una serie de concepciones distorsionadas o incluso equívocas sobre la violencia sexual contra la infancia. Así por ejemplo, hasta hace no poco tiempo, algunos continuaban sosteniendo que los delitos de esta naturaleza no logran configurarse si el niño consiente en la relación sexual, sin considerar que en estos casos mayoritariamente no existe un consentimiento libre y espontáneo, ni la madurez necesaria para otorgarlo de manera válida.

Igualmente, se debió convencer a través de un ejercicio pedagógico y con argumentos consistentes a quienes se oponían a sancionar a aquél que actúa como cliente en la explotación sexual comercial infantil, o almacena pornografía infantil. En este último caso, la oposición se basaba en el argumento técnico según el cual

la posesión de material pornográfico es un hecho y no una conducta, por lo que no resulta sancionable. Fue necesario hacer comprender el alcance y gravedad de los actos que se perseguía sancionar y explicar que el almacenamiento sí constituye un verbo rector, en tanto, implica la voluntad de acceder y guardar el material en cuestión.

Una labor no menos importante fue la que se desarrolló para obtener que las policías pudieran contar con mejores herramientas investigativas que les permitieran indagar hechos que eventualmente pudieran constituir delitos de esta entidad y generar pruebas que sirvieran para incriminar a quienes participaran de ellos. Hasta ese momento, a diferencia de lo que sucedía en otras materias, la policía no podía destinar agentes encubiertos ni realizar escuchas telefónicas para investigar a clientes o proxenetas. En esta tarea fue importante la ayuda que nos brindó el actual jefe de la Brigada Investigadora del Ciber Crimen Metropolitana de la Policía de Investigaciones, Jaime Jara, quien nos instruyó acerca de la incidencia de nuevas modalidades de abuso que, hasta ese momento, bajo nuestra legislación no constituían delitos, como sucedía con la producción de fotografías y videos *snuff* (grabaciones de crímenes reales sin el apoyo de efectos especiales), en los que la mayor violencia y daño que se causa a la víctima hace más rentable su comercialización.

La iniciativa del año 2002, daría origen en 2004 a la Ley N° 19.927 que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Si bien a este proyecto han seguido muchos otros, éste es, a mi parecer, el más importante de todos por los significativos cambios que introdujo y por el aumento de penas que provocó en algunos delitos como el de violación, lo que adicionalmente, limitó el uso de medidas alternativas de cumplimiento de las condenas.

Con posterioridad a este cuerpo normativo, otros aspectos comenzaron a tomar especial relevancia y se mostraron como necesarios de atender legislativamente, entre ellos, establecer la imprescriptibilidad de la acción penal en esta clase de delitos cuando la víctima fuese un menor de edad. La evidencia muestra que muchas veces los afectados, por diversas razones, demoran largo tiempo en denunciar; es lo que sucedió por ejemplo, en el caso de Fernando Karadima (2011). Ello llevó a que durante el año 2005 se presentaran al Congreso dos mociones parlamentarias en este sentido, las que dieron lugar en el año 2007 a

la Ley N° 20.207 por la cual se establece que el cómputo del plazo de prescripción en los delitos sexuales contra menores comenzará a correr el día en que ellos alcancen la mayoría de edad.

Otros importantes logros, que han tenido su origen también en mociones parlamentarias, han sido la tipificación de la figura del *grooming* o ciber acoso sexual contra menores, a través de la Ley N° 20.526 publicada el año 2011, y la creación de una serie de inhabilidades para los condenados por delitos sexuales contra menores y de un registro de las mismas, por medio de la Ley N° 20.594 del año 2012.

No podemos desconocer que hemos avanzado considerablemente durante los últimos quince años en mejorar nuestra legislación penal en relación con la tipificación y sanción de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, aún resta mucho por hacer. En este sentido, creo que tenemos una deuda pendiente en al menos tres aspectos, como son nuestro actual sistema de peritajes, las entrevistas a las víctimas y su reparación.

Respecto del sistema de peritajes debemos tomar importantes decisiones y la primera de ellas es definir el tipo de peritaje que queremos. De un lado, se encuentran los llamados peritajes forenses a través de los cuales los especialistas investigan hechos criminales y las circunstancias que los rodean, pudiendo constatar, apoyados en evidencia científica, situaciones de abuso sexual. De otro lado, se encuentran los *test de credibilidad*, actualmente en uso en nuestro medio. La experiencia internacional señala que el primero de los peritajes es mucho más efectivo que el usado en nuestro país, sobre el cual hay comprobadas aprehensiones.

De otro lado, es preciso reconocer que hoy destinamos escasos recursos a la tarea de investigación, existiendo, además, una rotación muy alta de los profesionales que trabajan en el área, dado su nivel de remuneraciones no competitivo, lo que en muchas ocasiones provoca que quienes aplican los instrumentos no sean los más idóneos para ello. Otra debilidad evidente, dice relación con la existencia de listas de espera, las que si bien han logrado reducirse, determinan un promedio de seis meses de espera para que la víctima pueda acceder a un test de credibilidad, mecanismo de prueba que para muchos jueces constituye un elemento fundamental para decidir condenar o absolver al imputado.

En cuanto a las entrevistas a las víctimas, el procedimiento actualmente en uso resulta muy negativo en tanto genera una situación de *revictimización* o victimización secundaria, puesto que el niño debe repetir en promedio cinco o seis veces su traumática experiencia de abuso ante personas e instancias distintas. Para una víctima en proceso de reparación este procedimiento puede resultar perjudicial e importar un retroceso. Junto a ello, el paso del tiempo, provoca en muchos niños el olvido de ciertos detalles del hecho, o su confusión, lo que lamentablemente colabora con la impunidad del agresor. Nuestra propuesta al respecto, consiste en el uso de entrevistas videograbadas, desarrolladas en una sala adecuada por un profesional competente y preparado. Es fundamental avanzar en esta materia, no es infrecuente escuchar a padres o familiares que señalan que de haber sabido con antelación que la denuncia del hecho involucraría tanto daño para el niño, no la habrían realizado, lo que resulta de suma gravedad por la impunidad en la que quedarían estas conductas. Una iniciativa en este sentido ya está siendo revisada en el Congreso y esperamos que pronto se convierta en ley de la República.

Sobre la reparación, nuestra deuda es aún mayor puesto que en la actualidad solo quienes cuentan con los suficientes recursos económicos pueden acceder a procesos de reparación adecuados, con profesionales de primer nivel. La oferta pública de reparación es escasa, lo cual no es aceptable desde la lógica de los derechos que son garantizados a niños, niñas y adolescentes.

En otro ámbito, y desde una perspectiva general, pero no menos importante, considero que existe una relación directa entre la carencia de una política pública integral en materia de educación sexual y la especial situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse niños, niñas y adolescentes frente a experiencias de abuso sexual u otras que afecten su integridad sexual. Debemos contar con una política sólida que enseñe a los niños, niñas y adolescentes a reconocerse como sujetos de derecho, con capacidad de fijar límites, de rechazar conductas no queridas o que les resulten incómodas, y a desarrollarse en una dimensión afectiva de manera sana y autónoma.

Debemos continuar trabajando para que los niños dejen de ser considerados objetos de las políticas públicas, en las que se le conceden derechos desde una lógica paternalista. En este marco, agilizar la tramitación del proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, recientemente enviado por el Ejecutivo en el

mes de septiembre al Congreso Nacional, parece de vital importancia. Cuando no se respetan los derechos de los niños es el Estado el que falla y es preciso ocuparse de restituir a la brevedad el derecho vulnerado.

Considerando que este año se cumplen veinticinco años desde la ratificación chilena de la Convención sobre los Derechos del Niño, se hace aún más necesario adecuar nuestro marco legal a los estándares actuales que nuestra infancia requiere. En este contexto creo que debemos caminar con celeridad hacia la creación de un Defensor de la Niñez y la Adolescencia, como una instancia autónoma, independiente del gobierno de turno, que gozando de libertad para actuar, pueda denunciar las situaciones de vulneración de derechos que afecten a nuestros niños, niñas y adolescentes.

En mis años como parlamentario, primero como diputado y hoy como senador, sin duda el tema más importante en el que he podido colaborar ha sido la lucha contra la violencia y los abusos hacia la infancia. Aún cuando hemos avanzado en ello queda mucho por hacer. Entre otras cuestiones, es necesario generar mayor conciencia pública respecto a esta problemática, dar mejor difusión a los instrumentos normativos que garantizan en nuestro país los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que sancionan con rigor a quienes los vulneran, dotar de los necesarios recursos a las policías y al sistema judicial para poder realizar las investigaciones y lograr la aplicación de sanciones eficaces y efectivas. Solo así ayudaremos a proteger a nuestra infancia y adolescencia en términos tales que aseguren una sociedad futura integrada por adultos sin los traumas de diversa índole que son consecuencia de delitos sexuales ocurridos a temprana edad.

Confío en que esta publicación ayudará a dar mayor visibilidad al problema, colaborará con los interesados en estas materias a comprenderlas de mejor forma, motivará a trabajar de manera conjunta y coordinada a favor de la defensa de los derechos y garantías de nuestra infancia, pero por sobretodo constituirá un aporte al desarrollo de una cultura nacional de respeto y cuidado de nuestros niños, niñas y adolescentes.



Patricio Walker Prieto
Presidente del Senado
Congreso Nacional de Chile

Presentación

*“Ciertas cosas y sucesos,
aparentemente insignificantes, en un momento dado
deciden el curso total de una vida.”*

(Alfredo Gómez Morel, El Río, 1961)

Las conductas que atentan contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes, se ubican entre los actos más despreciables que puede cometer un ser humano, no sólo por lo vejatorio que resulta el hecho en sí para la víctima sino también por la afectación que provoca en su dignidad y en las bases sobre las cuales se asienta una sociedad. En efecto, la protección de la infancia representa para una comunidad su posibilidad de subsistencia y desarrollo en el futuro más cercano, por lo que su desprotección puede condicionar en el corto o mediano plazo su continuidad cuando no su extinción.

Estas conductas altamente reprochables se integran en lo que hoy de manera genérica se denomina acertadamente *violencia contra la infancia*, expresión con la que se engloba el conjunto de actos y omisiones, intencionados o no, que son capaces de dañar la supervivencia, la integridad, la salud o el desarrollo de un niño, y en todo caso, su dignidad. Con la expresión *violencia contra la infancia* no sólo se hace referencia a la agresión física o al maltrato verbal, que son las formas más reconocidas de violencia contra niños, niñas y adolescentes, sino también a un sinnúmero de actos y actitudes diversas - entre las que se cuentan las agresiones directas y el actuar negligente o poco diligente - que tienen la potencialidad de afectar significativamente el bienestar y el desarrollo del niño, en ocasiones incluso de manera irreversible.

La violencia contra la infancia, y muy especialmente la *violencia sexual* contra la infancia, que es la materia sobre la cual trata este libro, sin considerar el daño

inmediato que provoca en la víctima, conlleva efectos de largo plazo los cuales, sin perjuicio de la capacidad del niño para enfrentarlos y sobreponerse a los mismos según su mayor o menor capacidad de resiliencia, pueden dejar en él una huella que marque de manera indefectible su ciclo vital.

Alertar contra este flagelo y atender a la necesidad de erradicar todas las formas de violencia - y de un modo muy particular la *violencia sexual contra la infancia* - es el llamado que recoge esta publicación, que surge a solicitud del actual Presidente del Senado señor Patricio Walker Prieto. Porque no obstante los esfuerzos desplegados y los avances alcanzados durante el presente siglo en nuestro país, notoriamente visibles en el ámbito legislativo, queda todavía mucho por hacer para enfrentar un problema que aun cuando es hoy más visibilizado, continúa siendo infravalorado y, lo que es realmente alarmante, en muchos casos ignorado e incluso tolerado.

El objetivo de esta obra es, precisamente, poner a disposición de la comunidad en general y de los operadores jurídicos en especial¹, una herramienta de fácil consulta que les permita conocer el proceso vivido por Chile en el tratamiento normativo de la violencia sexual contra la infancia desde el retorno a la democracia, en el año 1990, cuando la preocupación se centraba en el maltrato de menores, la prostitución infantil y la rehabilitación de las niñas que la ejercían, hasta nuestros días, cuando la atención se coloca principalmente pero no exclusivamente sobre las nuevas formas de comisión delictual que propician las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones, y que exponen a niños, niñas y adolescentes a inciertos escenarios de riesgo.

Igualmente, este texto persigue ilustrar al lector sobre las características del fenómeno de la violencia sexual infantil en nuestro país, para contribuir con ello a derribar ciertas concepciones erróneas que se han creado en el imaginario colectivo en torno a esta materia y que impiden comprenderlo y, por tanto, atenderlo en toda

¹ La expresión “operador jurídico” la entendemos aquí en el amplio sentido que le reconocía Gregorio Peces-Barba y que sirve para identificar a todos aquellos – no sólo juristas y abogados – “que, con una habitualidad profesional, se dedican a actuar en el ámbito del Derecho, sea como creadores, como intérpretes, como consultores o como aplicadores del Derecho, y que se diferencian precisamente por ese papel, que caracteriza su actividad del común de los ciudadanos”. En el caso concreto, aludimos a todos quienes participan dentro del marco de acción judicial de la protección de niños, niñas y adolescentes vulnerados en su libertad e integridad sexual, tanto en el proceso de denuncia, como en los de persecución criminal y de reparación. Ver: Peces-Barba, Gregorio, *Los operadores jurídicos*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ISSN: 0210-1076, 1986/87, N° 72, pp. 447-469.

su complejidad y real dimensión. Un ejemplo de ello es la tendencia a asociar la violencia con condiciones de pobreza y exclusión social, lo cual si bien puede explicar ciertas situaciones de violencia contra la infancia, en lo que respecta a la violencia sexual dista mucho de representar lo que ocurre efectivamente en la realidad: los hechos muestran que la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes es un problema de carácter transversal que afecta a todos los estratos sociales, sin distinguir condición económica, social o cultural. Asimismo, es un fenómeno que con distintas expresiones, según sea la zona geográfica, se manifiesta a lo largo de todo el país.

Resulta pertinente aclarar que la referencia a la infancia que aquí se realiza pretende incluir a todos los menores de 18 años de edad, cualquiera que sea la etapa del desarrollo en que éstos se encuentren. No es fácil dar con una única expresión en la que, respetándose y reconociéndose la singularidad de cada etapa, se pueda integrar a todos quienes conforman esta categoría. De hecho, actualmente en nuestro medio mucho se discute acerca de cuál es el término más apropiado para hablar de niños, niñas y adolescentes, cuestión que no es indiferente al momento de tratar la violencia sexual, puesto que el fenómeno tiene particularidades diversas según se trate de lactantes, niños pequeños, preadolescentes o adolescentes.

El trabajo que se presenta incorpora los textos elaborados por distintos investigadores, profesionales y académicos, que fueron invitados a participar del reto de observar cómo nuestro país ha progresado legislativamente en el tratamiento y erradicación de la violencia sexual contra la infancia y a apreciar de manera crítica cuánto queda aún por avanzar y en qué modo debe participar de esta tarea el Congreso Nacional.

Sus reflexiones se reúnen en seis capítulos que ofrecen al lector un panorama del modo como la violencia sexual contra la infancia está siendo tratada, legislativamente, en nuestro país. La publicación se inicia, en su Capítulo Primero, con la contribución de Nicolás Espejo, actual asesor de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños de las Naciones Unidas, quien de manera didáctica alude al modo como la violencia contra la infancia y la violencia sexual están siendo abordadas en el sistema internacional de derechos humanos.

El Capítulo Segundo, a cargo de María Pilar Lampert, investigadora de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, presenta, en base a información dispersa y no siempre comparable entre sí, los datos más relevantes disponibles en la actualidad que permiten realizar una primera aproximación al fenómeno de la violencia sexual contra la infancia en nuestro país, contribuyendo de este modo a desmitificar ciertas creencias erróneas que sobre el mismo se han construido.

Lautaro Muñoz, también investigador de nuestra institución, relata en el Capítulo Tercero el modo como se ha desarrollado el trabajo legislativo en materia de violencia sexual contra la infancia a partir de 1990, y como éste ha estado marcado por los casos de agresiones sexuales contra niños, niñas y adolescentes que los medios de comunicación han puesto en conocimiento del público, permitiendo sacar este problema del ámbito familiar, y por tanto privado y secreto, para llevarlo al escenario público, contribuyendo así a su develación.

A continuación, el abogado litigante especialista en temas de infancia Hernán Fernández expone, en el Capítulo Cuarto, de manera sencilla y breve cuáles han sido las principales contribuciones que a nuestro marco normativo trajo la promulgación en el año 2004 de la Ley N° 19.927 sobre pornografía infantil y el modo como esta norma supuso un punto de inflexión en el tratamiento de los delitos de connotación sexual contra niños.

En el Capítulo Quinto, la profesora de Derecho Penal María Elena Santibáñez aborda los tradicionales delitos de violación, estupro y abuso sexual, su tratamiento actual por el Código Penal y las principales modificaciones que han sufrido durante estos años, comenzando por los significativos avances dispuestos, en 1999, por la Ley N° 19.617.

Cierra esta publicación el Capítulo Sexto, dedicado a reflexionar acerca de algunos de los desafíos que la violencia sexual contra la infancia nos presenta en la actualidad a la luz del marco normativo vigente, sus debilidades e inconsistencias, y las nuevas formas delictivas que han surgido y seguirán haciéndolo como consecuencia de la irrupción de las tecnologías de la

información y las comunicaciones. De este capítulo participan no sólo los investigadores ya reseñados, sino varios otros de instituciones públicas, como el Servicio Nacional de Menores, o privadas, como la Corporación Opción, quienes junto a profesionales de la Biblioteca han identificado aspectos concretos de esta temática que consideran deben corregirse, planteando propuestas para ello.

Sabemos que esta publicación no ofrece la mirada de todos quienes trabajan activamente en temas de infancia y de protección de niños, niñas y adolescentes vulnerados, ni tampoco incorpora en profundidad todos los aspectos del problema planteado. Los tiempos y objetivos acotados de esta iniciativa explican tales limitaciones; no obstante, éstas no han sido impedimento para reunirse durante el proceso de formulación de este proyecto con muchos de los principales actores en la materia, quienes nos han compartido sus experiencias y permitido conocer las principales dificultades que deben enfrentar a diario para brindar la mejor atención a niños, niñas y adolescentes víctimas de agresión sexual.

Este libro, como se ha expuesto, pretende ser una guía para aquellos que trabajan las materias que en él son tratadas, quienes no siempre cuentan con la especialización suficiente y que, no obstante, ponen todo de su parte para proteger y restablecer de alguna forma el imperio del derecho, resguardando los intereses de las pequeñas víctimas.

En este sentido, como el instrumento orientador que busca ser, este texto no puede considerarse acabado sino en permanente formulación. Es por eso que esta edición impresa se acompaña de un sitio web abierto a toda la comunidad, al cual es posible acceder a través de la dirección electrónica http://www.bcn.cl/publicaciones/ediciones-bcn/violencia_sexual_infantil, o bien, en los equipos móviles, directamente por medio del código QR que se acompaña en la solapa de este libro. Su objeto, además de procurar la mayor difusión posible de esta publicación haciéndola accesible a todos los interesados a través de su descarga gratuita en formato PDF, es poner a disposición de los usuarios distintas herramientas de conocimiento que les permitan complementar la

información contenida en la edición impresa y acceder a abundante material bibliográfico de referencia.

Esperamos sinceramente poder satisfacer las expectativas que una publicación como esta despierta y, sobre todo, contribuir a generar cada vez mayor conciencia de la necesidad de atender de manera decidida a erradicar la violencia en general, y la violencia sexual en particular, contra niños, niñas y adolescentes en nuestro país. Vaya nuestro reconocimiento y especial agradecimiento a todos quienes trabajan día a día por mejorar las condiciones de vida de miles de niños y también para quienes de manera desinteresada han decidido participar de este trabajo colaborativo y de difusión.

Blanca Bórquez P.

Coordinadora



Capítulo I

El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile

Nicolás Espejo Yaksic*

I. Introducción

Chile es un país con altos niveles de violencia contra las niñas, niños y adolescentes. Según cifras del Ministerio del Interior y Seguridad Pública (muestra representativa a nivel nacional, en niños y niñas entre octavo básico y cuarto medio) el 75,1% de los niños/as y adolescentes encuestados declaran haber sufrido algún tipo de violencia por parte de al menos uno de sus cuidadores alguna vez en la vida. De ellos, el 42,4% declara haber sufrido algún tipo de violencia durante los últimos 12 meses¹.

Estas cifras coinciden con las que entrega Unicef respecto del país, al expresar que el 71% de los niños y niñas recibe algún tipo de violencia de parte de su madre y/o padre. Un 51,5% sufre algún tipo de violencia física y el 25,9% de los niños y niñas sufre violencia física grave. Entre los niños y niñas que sufren violencia física grave el porcentaje de padres que se agreden alcanza el 29,8%, cifra 6 veces superior al 5% de los niños que no viven violencia.

El promedio de edad de los niños y niñas, la primera vez que sufren abuso, es de 8 años y medio. Respecto del perfil del abusador sexual en Chile, el 75,1% de quienes ejercen abuso sexual son hombres. El 88,5% son conocidos de los niños y niñas. El 50,4% son familiares. El mayor porcentaje de abusadores por parte de los familiares, son tíos/as (19,4%), primos/as mayores (9,7%), padrastros (7%) y hermanos/as (4,4%). El 11,5% de quienes ejercen abuso son “amigos/as de la

* Abogado, Doctor en Derecho (University Warwick), Visiting Fellow del Kellogg College (University of Oxford). Fue Consultor del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), desde 2009 hasta 2015. Actualmente se desempeña como Asesor de la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la violencia contra los niños, en Nueva York.

¹ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intra-familiar y Delitos Sexuales, Adimark GfK, Santiago de Chile, Julio 2013.

familia”, el 6,2% “alguien que no conocía pero que había visto antes” y el 5,3% corresponde a “un vecino/a”. En Chile, la edad promedio de la persona que ejerce abuso sexual es de 30 años y medio².

Enfrentando al desafío de avanzar hacia una vida libre de violencia contra los niños, desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante “la CDN”), en 1990, el Congreso Nacional ha promulgado una serie de normas legales destinadas a responder frente a este flagelo. Entre éstas destacan la Ley N° 20.832 sobre la autorización de funcionamiento de establecimientos de educación parvularia³; la Ley N° 20.685 que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad⁴; la Ley N° 20.594 que crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece el registro de las mismas⁵; la Ley N° 20.536 sobre violencia escolar⁶; la Ley N° 20.526 que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil⁷; la Ley N° 20.230 que adecua las normas sobre libertad condicional a la regulación vigente del delito de violación de menores⁸; la Ley N° 20.207 que dispone el cómputo de la prescripción de delitos sexuales contra menores desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad⁹; la Ley N° 20.066 que establece normas sobre procedimiento y sanciones

² Unicef, 4° Estudio de Maltrato Infantil en Chile, [en línea], Santiago de Chile, Octubre de 2012. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://www.unicef.org/lac/Cuarto_estudio_maltrato_infantil_unicef.pdf

³ Chile, Ley N° 20.832, crea la autorización de funcionamiento de establecimientos de educación parvularia. Publicada en Diario Oficial de 5 de mayo de 2015. [fecha de consulta: 21 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1qolp>

⁴ Chile, Ley N° 20.685, agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad. Publicada en Diario Oficial de 20 de agosto de 2013. [fecha de consulta: 21 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m86e>

⁵ Chile, Ley N° 20.594, crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades. Publicada en Diario Oficial de 19 de junio de 2012. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mmbq>

⁶ Chile, Ley N° 20.536, sobre violencia escolar. Publicada en Diario Oficial de 17 de septiembre de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1lzbx>

⁷ Chile, Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Publicada en Diario Oficial de 13 de agosto de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1n65o>

⁸ Chile, Ley N° 20.230, adecua el D.L. N° 321, de 1925, a la regulación vigente del delito de violación de menores. Publicada en Diario Oficial de 10 de diciembre de 2007. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015] <http://bcn.cl/1mrgw>

⁹ Chile, Ley N° 20.207, establece que la prescripción en los delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad. Publicada en Diario Oficial de 31 de agosto de 2007. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1makg>

relativos a los actos de violencia intrafamiliar¹⁰; la Ley N° 20.032 que regula la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención¹¹; la Ley N° 19.927, que modifica diversos códigos en materia de delitos de pornografía infantil¹²; la Ley N° 19.874 que facilita la denuncia en caso de atentados sexuales y permite una mejor investigación del delito¹³; la Ley N° 19.617 que modifica varios cuerpos legales en materias relativas al delito de violación¹⁴; la Ley N° 19.409 que sanciona a quien facilite la entrada al país a personas para ejercer la prostitución¹⁵; la Ley N° 19.324 que introduce modificaciones a la Ley N° 16.618 en materia de maltrato de menores¹⁶; la Ley N° 19.304 que modifica el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Menores en lo relativo al maltrato de menores¹⁷, y la Ley N° 19.241, que perfecciona las normas relativas al delito de secuestro y sustracción de menores¹⁸. En este mismo orden de cosas destaca la ratificación, vía Decreto N° 225, del Ministerio de Relaciones Exteriores, del Protocolo Facultativo de la Convención

¹⁰ Chile, Ley N° 20.066, establece ley de violencia intrafamiliar. Publicada en Diario Oficial de 07 de octubre de 2005. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m18x>

¹¹ Chile, Ley N° 20.032, establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención. Publicada en Diario Oficial de 25 de julio de 2005. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m4rk>

¹² Chile, Ley N° 19.927, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Publicada en Diario Oficial de 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mh5w>

¹³ Chile, Ley N° 19.874, facilita la denuncia en caso de atentados sexuales y permite una mejor investigación del delito. Publicada en Diario Oficial de 13 de mayo de 2003. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1r6wh>

¹⁴ Chile, Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. Publicada en Diario Oficial de 12 de julio de 1999. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mkzs>

¹⁵ Chile, Ley N° 19.409, agrega artículo 367 bis al Código Penal. Publicada en Diario Oficial de 07 de septiembre de 1995. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mwpp>

¹⁶ Chile, Ley N° 19.324, introduce modificaciones a la Ley N° 16.618, en materia de maltrato de menores. Publicada en Diario Oficial de 26 de agosto de 1994. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1r8mz>

¹⁷ Chile, Ley N° 19.304, modifica artículo 8° del Código de Procedimiento Penal y artículo 66 de la Ley N° 16.618, que fija texto de la Ley de Menores. Publicada en Diario Oficial de 29 de abril de 1994. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1nadh>

¹⁸ Chile, Ley N° 19.241, modifica artículos que indica del Código Penal y de la Ley N° 18.314. Publicada en Diario Oficial de 28 de agosto de 1993. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1s3v0>

sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía¹⁹.

Como puede advertirse de las normas citadas, muchas de ellas se relacionan con la respuesta penal frente a actos particularmente graves de violencia o abuso en contra de niñas, niños o adolescentes. En especial, con la penalización de distintas formas de abuso sexual. A su vez, y en el último tiempo, se advierte la aprobación de normas referidas a la prohibición de ejercer funciones de cuidado a aquellos que han sido condenados por delitos de connotación sexual contra menores de edad, especialmente en lo referido a los establecimientos educacionales. En ellas, finalmente, se advierte un fuerte compromiso del Congreso Nacional no solo en la aprobación de dichas normas, sino en el diseño y presentación de las mismas, varias de las cuales han sido de iniciativa parlamentaria. Se trata, todas ellas, de un importante avance en la fijación de estándares legales más precisos en materia de penalización o criminalización de la violencia contra las niñas y niños, especialmente en el ámbito sexual. Sin embargo, y como hemos visto, la realidad de la violencia contra las niñas, niños y adolescentes sigue siendo particularmente preocupante en Chile. Se ha avanzado, pero se requiere mucho más.

II. El derecho de niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia

La erradicación de toda forma de violencia contra los niños es una preocupación central en el derecho internacional de los derechos humanos en general, y en el derecho de infancia, en particular. En la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el derecho de los niños a una vida libre de violencia conforma una garantía compuesta²⁰, que incluye una serie de elementos incorporados en dicho tratado: a) el derecho a la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes²¹; b) el derecho a ser protegido frente a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o

¹⁹ Chile, Decreto N° 225 de 2003, Relaciones Exteriores, promulga el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, con su corrección a la letra b) del artículo 7. Publicado en Diario Oficial de 06 de septiembre de 2003. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1s3vh>

²⁰ MacDonald, Alistair, *The rights of the child: law and practice*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011, p. 850.

²¹ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 37 (a).

explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo²²; c) el derecho a ser protegido frente a toda forma de explotación y abuso sexual²³; d) el derecho a ser protegido contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias²⁴; e) el derecho a ser protegido contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero²⁵; f) el derecho a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social²⁶; g) el derecho a ser protegido de su participación en conflictos armados²⁷, y h) el derecho a estar protegido contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar²⁸.

Junto a estas garantías explícitas, el derecho de las niñas y niños a una vida libre de violencia incluye su derecho a ser protegidos contra toda información y material perjudicial para su bienestar²⁹; el derecho a ser protegidos de toda práctica tradicional que sea perjudicial para su salud³⁰ y; el derecho a que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la CDN³¹.

De la serie de derechos y garantías recién identificadas se coligen dos consecuencias jurídicas claras: de un lado la naturaleza amplia y comprehensiva de la “violencia contra los niños” contenida en la CDN y, de otro, la estructura compleja de

²² *Ibíd.*, art. 19.

²³ *Ibíd.*, art. 34 y *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía*.

²⁴ *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 33.

²⁵ *Ibíd.*, art. 11.

²⁶ *Ibíd.*, art. 32.

²⁷ *Ibíd.*, art. 38 y *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*.

²⁸ *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 36.

²⁹ *Ibíd.*, art. 17 (e).

³⁰ *Ibíd.*, art. 24 (3).

³¹ *Ibíd.*, art. 28 (2).

obligaciones preventivas, protectoras y reparadoras que son requeridas por el Estado, para el cumplimiento de esta garantía compuesta de la que los niños son titulares. Ambas consecuencias son revisadas en los siguientes apartados, intentando precisar su contenido jurídico, a la luz del derecho internacional aplicable a Chile.

III. Definición y alcance de la expresión “violencia contra los niños”

Se entiende por violencia contra los niños “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual” según se define en el artículo 19, párrafo 1, de la CDN. Como ha indicado el Comité de los Derechos del Niño³², en el lenguaje corriente se suele entender por violencia únicamente el daño físico y/o el daño intencional. Sin embargo, “[...] la elección del término “violencia” [...] no debe verse en modo alguno como un intento de minimizar los efectos de las formas no físicas y/o no intencionales de daño (como el descuido y los malos tratos psicológicos, entre otras), ni la necesidad de hacerles frente”³³. En razón de lo anterior, el mismo Comité ha señalado que:

“[...] toda forma de violencia contra los niños es inaceptable, por leve que sea. La expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. La frecuencia, la gravedad del daño y la intención de causar daño no son requisitos previos de las definiciones de violencia. Los Estados partes pueden referirse a estos factores en sus estrategias de intervención para dar respuestas proporcionales que tengan en cuenta el interés superior del niño, pero las definiciones no deben en modo alguno menoscabar el derecho absoluto del niño a la dignidad humana y la integridad física y psicológica, calificando algunos tipos de violencia de legal y/o socialmente aceptables”³⁴.

Esta interpretación amplia de la expresión “violencia contra los niños” permite categorizar sus distintas formas, en los distintos ámbitos donde ella se puede dar:

³² El Comité de Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes de Naciones Unidas que supervisa la aplicación o cumplimiento efectivo de la CDN, y de sus tres protocolos facultativos o adicionales, por sus Estados Partes.

³³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRC/C/GC/13, 2011, párr. 4.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 17.

en la familia, el sistema de justicia, las instituciones públicas y privadas, internet y las tecnologías de la información y la comunicación, los conflictos armados, el ámbito escolar y en el marco de las propias relaciones de los niños, niñas y adolescentes consigo mismos y con sus pares.

El Comité de los Derechos del Niño ha elaborado una enumeración (no taxativa) de las distintas formas de violencia contra los niños. Dada la importancia de esta enumeración para la debida identificación de las diversas acciones y omisiones constitutivas de violencia, no cabe sino reproducirla de manera casi textual. De este modo, el Comité distingue entre³⁵:

a. Descuido o trato negligente

“Se entiende por descuido no atender las necesidades físicas y psicológicas del niño, no protegerlo del peligro y no proporcionarle servicios médicos, de inscripción del nacimiento y de otro tipo cuando las personas responsables de su atención tienen los medios, el conocimiento y el acceso a los servicios necesarios para ello”³⁶. El concepto incluye:

- a) El descuido físico, que ocurre cuando no se protege al niño del daño, entre otras cosas por no vigilarlo, o se desatienden a sus necesidades básicas, por ejemplo de alimentación, vivienda y vestido adecuados y de atención médica básica;*
- b) El descuido psicológico o emocional que consiste, entre otras cosas, en la falta de apoyo emocional y de amor, la desatención crónica del niño, la “indisponibilidad psicológica” de los cuidadores que no tienen en cuenta las pistas y señales emitidas por los niños de corta edad y la exposición a la violencia y al uso indebido de drogas o de alcohol de la pareja sentimental;*
- c) El descuido de la salud física o mental del niño, al no proporcionarle la atención médica necesaria;*

³⁵ *Ibíd.*, párrs. 20-32. En un sentido similar, ver: Pinheiro, Paulo Sérgio, Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas del Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, [en línea], Ginebra, 2006. [fecha de consulta: 21 de agosto de 2015]. [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

³⁶ *Cfr.*, Hodgkin, Rachel, Newell, Peter, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, [en línea], 3rd. ed., Geneva, Unicef, 2007. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf, p. 257.

- d) *El descuido educativo, cuando se incumplen las leyes que obligan a los cuidadores a asegurar la educación de sus hijos mediante la asistencia escolar o de otro modo, y*
- e) *El abandono, práctica que suscita gran preocupación y que en algunas sociedades puede afectar desproporcionadamente a los niños nacidos fuera del matrimonio y a los niños con discapacidad, entre otros”.*

b. Violencia mental

“El concepto de violencia mental, comprendido en la expresión “perjuicio o abuso ... mental”, del artículo 19, párrafo 1 de la Convención, se describe a menudo como maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional³⁷, y puede consistir en:

- a) *Toda forma de relación perjudicial persistente con el niño, como hacerle creer que no vale nada, que no es amado ni querido, que está en peligro o que solo sirve para satisfacer las necesidades de otros;*
- b) *Asustar al niño, aterrorizarlo y amenazarlo; explotarlo y corromperlo; desdeñar y rechazarlo; aislarlo, ignorarlo y discriminarlo;*
- c) *Desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas;*
- d) *Insultarlo, injuriarlo, humillarlo, menospreciarlo, ridiculizarlo y herir sus sentimientos;*
- e) *Exponerlo a la violencia doméstica;*
- f) *Someterlo a un régimen de incomunicación o aislamiento o a condiciones de detención humillantes o degradantes, y*

³⁷ *“Los niños pequeños son frecuentemente víctimas de negligencias, malos tratos y abusos, incluida la violencia física y mental. El abuso se da muy a menudo dentro de las familias, pudiendo ser en este caso especialmente destructivo. Los niños pequeños son menos capaces de evitarlo o resistirlo, de comprender lo que está sucediendo y también de buscar la protección en los demás. Existen pruebas convincentes de que el trauma resultado de la negligencia y el abuso tiene una repercusión negativa en el desarrollo, y, en el caso de niños muy pequeños, efectos mensurables en los procesos de maduración cerebral. Teniendo en cuenta que el abuso y la negligencia son más frecuentes en la primera infancia y considerando que hay pruebas de que tienen repercusiones a largo plazo, los Estados Partes deberán hacer cuanto esté en su mano para salvaguardar a los niños pequeños en situación de riesgo y ofrecer protección a las víctimas de los abusos, tomando medidas positivas para apoyar su recuperación del trauma, evitando al mismo tiempo estigmatizarlos por las violaciones de las que han sido víctimas”. Cfr., Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006, párr. 36 (a).*

g) Someterlo a la intimidación y las novatadas de adultos o de otros niños, en particular por medio de tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC) como los teléfonos móviles o Internet (práctica llamada “acoso cibernético”).

c. Violencia física

“Puede ser mortal y no mortal. En opinión del Comité, la violencia física incluye:

- a) *Todos los castigos corporales y todas las demás formas de tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y*
- b) *La intimidación física y las novatadas por parte de adultos o de otros niños”.*

d. Castigos corporales

El Comité define “[...] el castigo “corporal” o “físico” como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (“manotazos”, “bofetadas”, “palizas”), con la mano o con algún objeto, azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, golpearlos con un palo, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos”³⁸.

El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño³⁹.

³⁸ *Ibíd.*, párr. 24.

³⁹ *Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), CR/C/GC/8, 2006, párr. 11. A su vez las Reglas de Beijing sobre administración de justicia a menores disponen que los menores no serán sancionados con penas corporales. Cfr., Naciones Unidas, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), [en línea], A/RES/40/33, 1985. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/33>, regla 17.3.*

e. Abuso y explotación sexuales

Se entiende por abuso⁴⁰ y explotación⁴¹ sexuales, entre otras cosas:

- a) *“La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial;*
- b) *La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial⁴²;*
- c) *La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños;*
- d) *La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos)⁴³ y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado. Muchos niños sufren abusos sexuales que, pese a no mediar la fuerza o la coerción físicas, son intrusivos, opresivos y traumáticos desde el punto de vista psicológico⁴⁴.*

f. Tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

La prohibición de someter a un niño o niña a tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es de carácter absoluto⁴⁵. *“Este concepto incluye todo acto*

⁴⁰ El National Center on Child Abuse and Neglect, definió en 1978 el “abuso sexual” como los “contactos e interacciones entre un niño y un adulto cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona. El abuso sexual puede ser también cometido por una persona menor de 18 años cuando esta es significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre otro”. Cfr., U.S. Department of Health, Education, and Welfare, *Child Sexual Abuse: incest, assault, and sexual exploitation. A especial Report from the National Center on Child Abuse and Neglect*, [en línea], Washington, D.C., August, 1978. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/571111NCJRS.pdf>

⁴¹ La “explotación sexual infantil” consiste en “la utilización de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales”. La explotación sexual es comercial cuando en las actividades sexuales en las que se utiliza al niño, niña o adolescente “hay a cambio una remuneración o cualquier tipo de retribución para el niño, niña o adolescente o terceros”. Unicef, *Conceptos vinculados a la explotación sexual infantil*, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/definiciones.pdf>

⁴² La explotación sexual comercial “supone la utilización de los personas menores de 18 años de edad para relaciones sexuales remuneradas, pornografía infantil y adolescente, utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos sexuales, donde exista además un intercambio económico o pago de otra índole para la persona menor de edad o para un tercero intermediario”. Unicef, *Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>

⁴³ Cfr., Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 17 (1989): Artículo 24, Derechos del Niño*, 35° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989), párr. 3.

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*, CRC/C/GC/13, 2011, párr. 25.

⁴⁵ Hodgkin, Rachel, Newell, Peter, op. cit., p. 548.

de violencia contra un niño para obligarlo a confesar, castigarlo extrajudicialmente por conductas ilícitas o indeseadas u obligarlo a realizar actividades contra su voluntad, cometido por lo general por la policía y otros agentes del orden público, el personal de los hogares y residencias y otras instituciones y las personas que tienen autoridad sobre el niño, incluidos los agentes armados no estatales⁴⁶. Las víctimas son a menudo niños marginados, desfavorecidos y discriminados que carecen de la protección de los adultos encargados de defender sus derechos y su interés superior. Pertenecen a esta categoría los niños en conflicto con la ley, los niños de la calle, los niños indígenas y de minorías y los niños no acompañados. Estos actos brutales suelen causar daños físicos y psicológicos y estrés social permanentes”.

g. Violencia entre niños

“Se trata de la violencia física, psicológica y sexual, a menudo con intimidación, ejercida por unos niños contra otros, frecuentemente por grupos de niños, que no solo daña la integridad y el bienestar físicos y psicológicos del niño de forma inmediata sino que suele afectar gravemente a su desarrollo, su educación y su integración social a medio y largo plazo⁴⁷. Además, los actos de violencia cometidos por las bandas juveniles se cobran un alto precio entre los niños, tanto en el caso de las víctimas como en el de los miembros de dichas bandas. Aunque los autores sean niños, el papel de los adultos responsables de estos es decisivo si se quiere que todos los intentos de combatir y prevenir adecuadamente estos actos

⁴⁶ Las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de Libertad disponen que: “Estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor. Estarán prohibidas, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares. El trabajo será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria. No deberá sancionarse a ningún menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria. Deberán prohibirse las sanciones colectivas”. Cfr., Naciones Unidas, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, [en línea], A/RES/45/113, 1990. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/45/113>, regla n° 67.

⁴⁷ “[...] Una escuela en la que se permita la intimidación de los más débiles u otras prácticas violentas o excluyentes no cumple con los requisitos del párrafo 1 del artículo 29 [...]”. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 1 (2001): Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación, CRC/C/2001/1, 2001, párr. 19.

no exacerben la violencia al adoptar un criterio punitivo y responder a la violencia con violencia⁴⁸.

h. Autolesiones

“Trastornos alimentarios, uso y abuso de sustancias psicotrópicas, lesiones auto infligidas, pensamientos suicidas, intentos de suicidio y suicidio”⁴⁹. Al Comité le preocupa, especialmente, el suicidio de adolescentes⁵⁰.

i. Prácticas perjudiciales

“Se trata, entre otras, de:

- a) Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes;*
- b) La mutilación genital femenina;*
- c) Las amputaciones, ataduras, arañazos, quemaduras y marcas;*
- d) Los ritos iniciáticos violentos y degradantes; la alimentación forzada de las niñas; el engorde; las pruebas de virginidad (inspección de los genitales de las niñas);*
- e) El matrimonio forzado y el matrimonio precoz⁵¹;*
- f) Los delitos de “honor”; los actos de represalia (cuando grupos en conflicto se desquitan contra niños del bando opuesto); las muertes y los actos de violencia relacionados con la dote;*
- g) Las acusaciones de “brujería” y prácticas nocivas afines como el “exorcismo”;*
- h) La uvulectomía y la extracción de dientes”.*

⁴⁸ Como indica el Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas: “[...] En algunos casos, la falta de un apoyo estimulante y emocional en el hogar puede mover a los adolescentes a buscar integración en una banda; en otros casos, la afiliación a una banda es la única forma de obtener suficiencia económica o el sentimiento de seguridad [...]”. Cfr., Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, op. cit., nota N° 17, p. 306.

⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13 (2011)..., op. cit., párr. 26-28.

⁵⁰ El suicidio adolescente está estrechamente relacionado al sufrimiento de bullying en el hogar, el colegio y los grupos de pares.

⁵¹ Según datos de Unicef, más de 700 millones de mujeres en todo el mundo habían contraído matrimonio antes de cumplir 18 años, y más de una tercera parte estaba en pareja antes de cumplir los 15 años. Las niñas que viven en zonas rurales o las pertenecientes a las familias más pobres son las que corren el mayor riesgo. Cfr., Unicef, *Ending Child Marriage: Progress and prospects*, [en línea], New York, 2014. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR.pdf

j. Violencia en los medios de comunicación

“Los medios de comunicación, en especial los tabloides y la prensa amarilla, tienden a destacar sucesos escandalosos, con lo que crean una imagen tendenciosa y estereotipada de los niños, en particular de los niños o adolescentes desfavorecidos, a los que se suele retratar como violentos o delincuentes solo por su comportamiento o su aspecto diferentes. Esos estereotipos provocados allanan el camino para la adopción de políticas públicas basadas en un enfoque punitivo que puede incluir la violencia como respuesta a faltas supuestas o reales cometidas por niños y jóvenes”.

k. Violencia a través de tecnologías de la información y las comunicaciones

“Las TIC presentan riesgos para los niños en las siguientes esferas que coinciden parcialmente⁵²:

- a) *Los abusos sexuales cometidos contra niños para producir imágenes y grabaciones sonoras de abusos a niños a través de Internet y otras TIC;*
- b) *El hecho de tomar, retocar, permitir que se tomen, distribuir, mostrar, poseer o publicitar fotografías o pseudo fotografías (morphing) y vídeos indecentes de niños, o en los que se haga burla de un niño o una clase de niños;*
- c) *La utilización de las TIC por los niños:*
 - i) *En condición de receptores de información, los niños pueden estar expuestos a publicidad, correo electrónico no deseado, patrocinios, información personal y contenidos agresivos, violentos, de incitación al odio, tendenciosos, racistas, pornográficos, desagradables y/o engañosos que son o pueden ser perjudiciales;*
 - ii) *Los niños que mantienen contactos con otros niños a través de TIC pueden ser objeto de intimidación, hostigamiento o acoso (utilización de métodos para atraer a los niños con fines sexuales) y/o coacción, ser enga-*

⁵² Para una revisión exhaustiva del impacto de estas tecnologías en el derecho de los niños a una vida libre de violencia, ver: Office of the Special Representative of the Secretary-General on Violence against Children, *Releasing children's potential and minimizing risks: ICTs, the Internet and Violence against Children*, [en línea], New York, 2014. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/icts/releasing_children_potential_and_minimizing_risks_icts_the_internet_and_violence_against_children.pdf

ñados o persuadidos a citarse personalmente con extraños o ser “captados” para hacerlos participar en actividades sexuales y/u obtener de ellos información personal;

iii) En condición de agentes, los niños pueden intimidar u hostigar a otros, jugar a juegos que afecten negativamente a su desarrollo psicológico, crear y publicar material sexual inapropiado, dar información o consejos equivocados y/o realizar descargas y ataques piratas y participar en juegos de azar, estafas financieras y/o actividades terroristas”.

I. Violaciones de los derechos del niño en las instituciones y en el sistema

“Las autoridades estatales de todos los niveles encargadas de la protección del niño contra toda forma de violencia pueden causar un daño, directa o indirectamente, al carecer de medios efectivos para cumplir las obligaciones establecidas en la Convención. Esas omisiones pueden consistir en no aprobar o revisar disposiciones legislativas o de otro tipo, no aplicar adecuadamente las leyes y otros reglamentos y no contar con suficientes recursos y capacidades materiales, técnicos y humanos para detectar, prevenir y combatir la violencia contra los niños. También se incurre en esas omisiones cuando las medidas y programas existentes no disponen de suficientes medios para valorar, supervisar y evaluar los progresos y las deficiencias de las actividades destinadas a poner fin a la violencia contra los niños. Además, los profesionales pueden vulnerar el derecho del niño a no ser objeto de violencia en el marco de determinadas actuaciones, por ejemplo cuando ejercen sus responsabilidades sin tener en cuenta el interés superior, las opiniones o los objetivos de desarrollo del niño”^{53,54}.

IV. Violencia contra niños en especial situación de vulnerabilidad

Si bien, en términos generales, todos los niños se encuentran expuestos al riesgo de ser objeto de violencia, existen ciertos grupos de niños, niñas y adolescentes que por su condición o especial situación están sujetos a un mayor nivel de indefensión

⁵³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 13 (2011)..., op. cit., párrs. 29-32.

⁵⁴ Para un análisis detallado de las diversas violaciones a los derechos de los niños en el ámbito de instituciones de cuidado, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas, [en línea], OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13. 17 de octubre de 2013. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

y pueden, por tanto, ser más vulnerables que otros a cualquier tipo de abuso, incluido el sexual. En este sentido, resulta necesario brindar especial atención a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales (LGTBI), indígenas, migrantes, desplazados, refugiados y a quienes se encuentran o participen en un conflicto armado. A menudo, estos grupos continúan siendo desatendidos, ignorándose sus particulares necesidades y las dificultades que deben enfrentar.

Respecto de los niños en situación de discapacidad, el Comité de los Derechos del Niño ha expresado que: *“Los niños con discapacidad son más vulnerables a todos los tipos de abuso, sea mental, físico o sexual en todos los entornos, incluidos la familia, las escuelas, las instituciones privadas y públicas, entre otras cosas, otros tipos de cuidados, el entorno laboral y la comunidad en general”*⁵⁵. Los datos, según expresa el propio Comité, revelan que estos niños tienen hasta cinco veces más probabilidades de sufrir de un abuso.

“Su vulnerabilidad particular se puede explicar, entre otras cosas, por las siguientes razones principales:

- a) Su incapacidad de oír, moverse y vestirse, lavarse y bañarse independientemente aumenta su vulnerabilidad a la atención personal invasiva y a los abusos;*
- b) Vivir aislados de los padres, de los hermanos, de la familia ampliada y de los amigos aumenta la probabilidad de los abusos;*
- c) Si tienen discapacidades de comunicación o intelectuales, pueden ser objeto de falta de atención, incredulidad y falta de comprensión si se quejan de los abusos;*
- d) Los padres y otras personas que se ocupan del niño pueden encontrarse bajo considerable presión debido a los problemas físicos, financieros y emocionales que produce la atención al niño. Los estudios indican que las personas bajo presión son más proclives a los abusos;*
- e) A veces se considera equivocadamente que los niños con discapacidad son seres no sexuales y que no comprenden sus propios cuerpos y, por tanto,*

⁵⁵ Cfr., Comité de Derechos del Niño, Observación general N° 9 (2007): Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 2007, párr. 42.

*pueden ser objeto de personas tendientes al abuso, en particular los que basan los abusos en la sexualidad*⁵⁶.

Asimismo, el Comité reconoce que estos niños pueden ser objeto de formas particulares de violencia física, como la esterilización forzada, la violencia causada bajo la apariencia de un tratamiento médico (como sería la aplicación de electro choques como tratamiento de aversión para controlar el comportamiento del niño), o su discapacitación intencional para explotarlos⁵⁷.

En los adolescentes el ser gay, lesbiana, bisexual, transexual o intersex aumenta las posibilidades de sufrir *bullying* y consecuentemente, verse expuesto al suicidio. En esta población, la tasa de suicidio puede llegar a ser 4 veces mayor que la de los adolescentes heterosexuales y, hasta 8 veces más alta, cuando no hay apoyo familiar⁵⁸. El Comité ha expresado que “[...] *Los adolescentes que son objeto de discriminación son más vulnerables a los abusos, a otros tipos de violencia y explotación y su salud y su desarrollo corren grandes peligros. Por ello tienen derecho a atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad*”⁵⁹.

De igual forma, el Comité ha observado que los niños indígenas cuyas comunidades tienen altos índices de pobreza o son afectadas por la migración hacia las zonas urbanas, corren mayor riesgo de ser víctimas de explotación sexual y de trata⁶⁰, lo que exige adoptar los marcos normativos necesarios para que las conductas vinculadas a la explotación sexual infantil estén sancionadas.

En tanto, los niños, niñas y adolescentes migrantes, desplazados y refugiados deben también ser foco de atención, puesto que ellos, y particularmente los que están

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 13 (2011)*, op. cit., párr. 23.

⁵⁸ Cfr., Brunstein Klomek, A., Sourander, A., Gould, M., *The association of suicide and bullying in childhood to young adulthood: a review of cross-sectional and longitudinal research findings*, *Can J Psychiatry*, ISSN: 1497-0015, 2010 May, Vol. 55 (5), pp. 282-8 y Ryan, C., Russell, ST., Huebner, D., Díaz, R., Sánchez, J., *Family acceptance in adolescence and the health of LGBT young adults*, *J Child Adolesc Psychiatr Nurs*, ISSN 1744-6171, 2010 Nov., Vol. 23 (4), pp. 205-13.

⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 2003, párr. 6.

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención*, CRC/C/GC/11, 2009, párr. 72.

fuera de su país de origen y no se encuentran acompañados por sus familias o han sido separados de ellas “*son particularmente vulnerables a la explotación y los malos tratos*”, viéndose en mayor riesgo de ser explotadas sexualmente las niñas⁶¹.

V. El camino a seguir: crear las herramientas para una vida libre de toda forma de violencia contra la infancia

Como ya se expresara anteriormente, de la serie de derechos y garantías que conforman el derecho de los niños a una vida libre de violencia, se coligen dos consecuencias jurídicas claras: i) la naturaleza amplia y comprehensiva de la idea de “*violencia contra los niños*” contenida en la CDN y, ii) la estructura compleja de obligaciones preventivas, protectoras y reparadoras que son requeridas por el Estado, para el cumplimiento de esta garantía compuesta de la que los niños son titulares.

Ahora bien, el desafío que se impone ante esta garantía, compuesta y de suyo compleja, es la generación por parte de los Estados de las condiciones estructurales que permitan garantizar los derechos de la infancia, en el ámbito de la violencia. Tarea en la que el Congreso Nacional puede desarrollar un rol de cooperación fundamental.

Recientemente, la Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas (ONU) para la Violencia contra los Niños ha identificado algunos de los principales obstáculos aún vigentes en los países para la generación de un marco de protección integral del derecho de los niños y niñas a una vida libre de violencia⁶². Sobre el particular, ha destacado la falta de inversión en prevención de la violencia, no obstante los favorables efectos que ésta puede tener para el desarrollo; asimismo ha relevado la inexistencia de estrategias nacionales en la materia o su fragmentación y la falta de coordinación y coherencia de que adolecen las intervenciones de las políticas públicas y la desarticulación entre los organismos, servicios y autoridades

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 2005, párr. 50.

⁶² Cfr., *Office of the Special Representative of the Secretary General on Violence against Children, Toward a world free from violence: global survey on violence against children*, [en línea], New York, October 2013. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/toward_a_world_free_from_violence.pdf.

de gobierno. Releva también la Representante Especial, la falta de marcos jurídicos sólidos y las deficiencias en su aplicación; la falta de servicios de apoyo accesibles a los niños que ayuden a la formulación de denuncias así como la falta de servicios enfocados en la recuperación y reintegración de las víctimas. Otro aspecto, particularmente resaltado por la Representante Especial, es la falta de datos y de investigación en torno a la violencia contra la infancia, su incidencia e impacto en los niños, y los factores de riesgos o actitudes que la alimentan.

A la luz de estas deficiencias, la Representante del Secretario General de Naciones Unidas ha recomendado:

- “1. Todos los gobiernos deben desarrollar y promover una estrategia nacional integral para prevenir y responder a todas las formas de violencia contra los niños. La estrategia debe poner al niño en el centro de las políticas, ser multidisciplinar e incorporar un calendario claro para su implementación.*
- 2. Es urgente que la legislación de todos los países incluya una prohibición explícita de todas las formas de violencia contra la niñez. [...]*
- 3. Las iniciativas para las políticas públicas y las medidas legislativas deben completarse con intensos esfuerzos para tratar el problema de la aceptación social de la violencia contra los niños.*
- 4. Se debe obtener un compromiso genuino y permanente con la promoción de una participación infantil de calidad.*
- 5. Es indispensable garantizar la inclusión social de aquellas niñas y niños que son especialmente vulnerables.*
- 6. Los gobiernos deben reconocer la importancia capital de recabar datos desglosados sobre la violencia contra la niñez, garantizando el apoyo y los recursos necesarios.*
- 7. Se debe trabajar más sobre los factores que determinan o influyen sobre los niveles de violencia y la resiliencia de los niños, sus familias y comunidades [...].”⁶³.*

⁶³ Cfr., Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, *Hacia un mundo sin violencia: encuesta mundial sobre la violencia contra los niños*, [en línea], Nueva York, 2013. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/blocks/SP-Violence%20booklet-proof2.pdf>

En el contexto chileno, estas recomendaciones son de plena relevancia. A su vez, existe una oportunidad única para que ellas se lleven a cabo. En efecto, en el marco de las reformas a la institucionalidad de infancia anunciada por el Gobierno de Chile, el Congreso Nacional puede jugar un rol fundamental en promover y aprobar una serie de instrumentos clave para que Chile, por primera vez en su historia, garantice el derecho de los niños y las niñas a una vida libre de violencia. Entre las acciones que en este sentido se deben impulsar, destacan las siguientes:

a) Una prohibición legal expresa de toda forma de violencia contra los niños

Tal y como se advierte de una serie de reformas adoptadas en Chile durante los últimos años, distintas tipologías de violencia contra los niños han sido progresivamente prohibidas por el legislador. Sin embargo, hasta hoy no existe una prohibición expresa de “todas” las formas de violencia contra los niños (en el sentido que han sido explicitadas en las secciones anteriores). Lo anterior importa permitir, justificar o facilitar una serie de actos violentos contra los niños, tanto en el ámbito familiar, como en el de las instituciones públicas y privadas, los medios y tecnologías de la comunicación e información y entre los propios niños.

Dicha declaración de *ilicitud* debe distinguirse de la debida penalización, en determinados casos, de aquellos actos de violencia que se consideren más graves y en los que la herramienta penal demuestre ser particularmente pertinente. En otras palabras, una obligación necesaria e inmediata es la de reconocer formalmente en la ley, el derecho de los niños y niñas a una vida libre de violencia y prohibir, de modo expreso, toda forma de violencia. La eventual aprobación de una futura “Ley Marco” para los derechos de la infancia y la adolescencia en Chile es una oportunidad clave para poder establecer la ilicitud de toda forma de violencia contra los niños, incluido el castigo corporal en el ámbito de las relaciones paterno-filiales.

La introducción de prohibiciones y juicios legales no puede, en último término, prevenir ataques abusivos contra los niños. Sin embargo, dicha ilicitud puede ayudar a hacer la justificación más difícil⁶⁴. Dicha prohibición general, debe, a su vez, mandar una especial protección para aquellos niños, niñas y adolescentes

⁶⁴ Bussman, K., *Evaluation of the German Prohibition of Family on Violence Against Children*, Toledo, European Society of Criminology, 2002, p. 14.

que resultan especialmente vulnerables a la violencia, tales como los niños y niñas con alguna discapacidad, migrantes y refugiados, las niñas, niños y adolescentes LGTBI, indígenas y aquellos que se encuentran en conflicto con la ley penal (especialmente aquellos privados de libertad) o bajo el cuidado de instituciones de guarda públicas o privadas (institucionalizados), entre otros. Como indica la Representante Especial del Secretario General de la ONU para la Violencia contra los Niños:

“[...] la legislación para proteger a los niños contra la violencia es de por sí compleja y de gran alcance. Requiere una prohibición legislativa completa y explícita que transmita de manera inequívoca la obligación de salvaguardar el derecho de los niños a no ser víctimas de la violencia, en ningún lugar y en todo momento. Gracias a la reforma constitucional o a la introducción de nuevas disposiciones en los códigos penales y de familia y en las leyes relativas a la protección del niño y la violencia en el hogar, este proceso está ganando terreno en un número cada vez mayor de Estados.

[...] La prohibición legislativa también debe ser apoyada a través de la inclusión de disposiciones detalladas en leyes específicas, tanto para abordar las distintas formas de violencia, como el abuso y la explotación sexuales, la trata de personas o las prácticas tradicionales nocivas, como para enfrentar la violencia en entornos particulares, como las escuelas, las instituciones de salud y de justicia y el hogar. Reviste una importancia vital la elaboración de leyes o disposiciones habilitantes en los ámbitos jurídicos pertinentes para dar pleno sentido a la prohibición y disuadir los incidentes de violencia, proteger a los niños afectados, prestar el apoyo debido a los mecanismos de aplicación de la ley y combatir la impunidad [...]

Estos dos enfoques, uno amplio y otro específico, son por tanto necesarios y recíprocos”⁶⁵.

En relación a la penalización o criminalización de actos de violencia contra los niños, es necesario tener a la vista la naturaleza, efectos y límites del derecho penal.

⁶⁵ Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, [en línea], A/66/227, 2011. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015] https://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-66-227_ES.pdf, párrs. 29-31.

En este sentido, parece adecuado avanzar en la penalización de algunos actos de violencia particularmente graves y que no encuentran sanción en la actualidad. Por ejemplo, la violencia extra familiar como la “tortura”, ejercida contra niños, niñas o adolescentes por funcionarios públicos y los demás actos que puedan llegar a constituir “*tratos crueles, inhumanos o degradantes*”, se trate o no de funcionarios públicos⁶⁶. En estos casos, el derecho debe dar una señal inequívoca de la más alta gravedad y afectación de los bienes jurídicos en juego. Razón por la cual, tal y como en el caso de la penalización de actos como la pornografía infantil o el abuso o la explotación sexual infantil, el legislador debe recurrir a “*la más fuerte de las formas de condena social*”⁶⁷. Dicho uso, sin embargo, es limitado. El recurso a la penalización es exitoso solo si es acompañado de programas de naturaleza social, preventiva y educativa⁶⁸. Por ello, resulta fundamental complementar las estrategias legales orientadas hacia la penalización de los más graves actos de violencia contra los niños, con una estrategia integral destinada a prevenir y responder de manera comprehensiva frente a la violencia contra los niños.

b) Una estrategia nacional integrada para prevenir y responder frente a la violencia contra los niños

La herramienta central con la que cuenta un Estado para prevenir y responder frente a la violencia contra los niños es contar con una estrategia nacional formal para ello⁶⁹. Las prohibiciones legales (en algunos casos, penalizadas) son fundamentales para generar un marco de ilicitud respecto de todas las formas de violencia que afectan a los niños. Con todo, como se ha expuesto, el poder de las prohibiciones es limitado. Es por ello que, en términos de garantías primarias adicionales para el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, el Estado de Chile debe generar una estrategia formal en la materia.

⁶⁶ Este es el sentido, por ejemplo, del proyecto de ley (Boletín N° 9.179-07), iniciado en moción de los Honorables senadores señor Walker, don Patricio, señora Alvear y señores Espina y Quintana, que tipifica como delito los actos de maltrato o crueldad con niños y adolescentes fuera del ámbito de la violencia intrafamiliar. En un sentido similar, cfr., Proyecto de Ley que modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de maltrato de menores y otras personas vulnerables (Boletín N° 9.877-07), iniciado en moción de los honorables diputados señor Silber, don Gabriel y Farcas, don Daniel.

⁶⁷ Ashworth, Andrew, Horder, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 5th Edn., Oxford University Press, 2006, p. 1.

⁶⁸ Durrant, Joan. E., *Legal reform and attitudes toward physical punishment in Sweden*, *International Journal of Children's Rights*, Apr 2003, Vol. 11 Issue 2, pp. 147-173.

⁶⁹ Al respecto ver propuestas en el Capítulo 6.

Esta Estrategia Nacional Integrada debe ser distinguida y relacionada, a la vez, de la generación de una Política Nacional de Infancia y del Plan de Acción que la acompaña. En efecto, es esperable que una futura Ley Marco a los derechos de la infancia obligue al Estado de Chile a contar con una política y un plan de acción generales para la infancia. Con todo, las particularidades y desafíos específicos que el país enfrente en materia de violencia contra los niños no se satisfacen con la identificación genérica del derecho a no ser objeto de violencia y de un plan de acción que considere todos los demás derechos reconocidos por la CDN. La envergadura, complejidad y necesidades derivadas de la erradicación de la violencia contra los niños en Chile requiere del diseño y aprobación de una “estrategia nacional formal” para prevenir y responder a este flagelo. Dicha estrategia, a su vez, deberá fijar una “hoja de ruta” concreta que el país debe trazar, en conjunto, por los tres Poderes del Estado y los demás órganos autónomos de la República.

c) Generación de datos y estudios sobre las distintas formas de violencia contra los niños

En la actualidad, nuestro país cuenta con información fragmentada e insuficiente de las distintas formas de violencia contra los niños. Inclusive tratándose de encuestas sobre victimización, éstas solo prestan atención al ámbito de la violencia intrafamiliar⁷⁰. Lo anterior conspira, entre otras cosas, con la posibilidad de estimar la magnitud general y global de la demanda en esta materia, y del presupuesto que se requiere para satisfacer tal necesidad⁷¹.

Por lo mismo, esta es una esfera en la que se requiere una acción urgente en el país. Como señala la Representante Especial del Secretario General de la ONU para la Violencia contra los Niños, “[...] los conjuntos de datos existentes sobre los niños ofrecen una base que se puede aprovechar, pero deben integrarse a un nivel superior al de los sectores y las disciplinas individuales, a fin de promover una consideración holística del niño. Hay que colmar las lagunas en la protección de los niños y ampliar los instrumentos de vigilancia y los indicadores referentes

⁷⁰ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Encuesta Nacional de..., op. cit.

⁷¹ Cfr., Consejo Nacional de Infancia, *Propuestas para dar garantías a los niños, niñas y adolescentes y su derecho a vivir en ambientes bien tratantes y a la protección contra toda forma de violencia*, Santiago de Chile, 2015, p. 25.

a los niños y niñas de todas las edades y en todos los entornos, e identificar a los más expuestos. Además, es preciso integrar en esa labor las opiniones y las perspectivas de los niños, y captar sus experiencias y sus intervenciones dinámicas y en constante evolución. Esto es fundamental para entender el rostro oculto de la violencia y abordar eficazmente sus causas básicas”⁷².

VI. Conclusiones

De los datos disponibles, se observa que Chile es un país con altos niveles de violencia contra las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, se aprecia que en el desafío de avanzar hacia una vida libre de violencia contra los niños, el Congreso Nacional ha promulgado, desde la ratificación en 1990 de la CDN, una serie de normas legales destinadas a responder frente a este flagelo, muchas de las cuales se relacionan con la respuesta penal frente a actos particularmente graves de violencia o abuso en contra de niñas, niños o adolescentes, en especial, con la penalización de distintas formas de abuso sexual. En todas ellas, se advierte un fuerte compromiso del Congreso Nacional no solo en la aprobación de dichas normas, sino en el diseño y presentación de las mismas, varias de ellas de iniciativa parlamentaria. Si bien las reformas normativas significan un importante avance en la fijación de estándares legales más precisos en materia de penalización o criminalización de la violencia contra las niñas y niños, especialmente en el ámbito sexual, ellas no son por sí suficientes; se requiere mucho más.

La naturaleza amplia y comprehensiva de la “violencia contra los niños” requiere una conceptualización más precisa de ella, capaz de dar cuenta de las distintas formas que toma (muchas de ellas invisibilizadas). Adquirida una mejor y más precisa identificación de las distintas formas de violencia contra los niños, resulta clara la estructura compleja de obligaciones preventivas, protectoras y reparadoras que son requeridas por el Estado, para lograr garantizar el derecho a una vida libre de violencia. En especial, surgen como indispensables, tres obligaciones: a) contar con una prohibición legal expresa de toda forma de violencia contra los niños;

⁷² Cfr., *Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños*, Marta Santos Pais, [en línea], A/HRC/16/54, 2011. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. https://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-16-54_ES.pdf, párr. 25.

b) diseñar una estrategia nacional integrada para prevenir y responder frente a la violencia contra los niños y; c) generar datos y estudios sobre las distintas formas de violencia contra los niños.

Estas tres obligaciones básicas no debieran depender de la voluntad o del interés de un gobierno determinado o de un grupo de parlamentarios en especial. La futura aprobación de una esperada Ley Marco de los derechos de la infancia debiera ser la oportunidad para obligar, por ley, a contar con los instrumentos, recursos y estructuras integrales para prevenir y responder frente a toda forma de violencia contra los niños y niñas en Chile, incluido el abuso sexual.

Bibliografía

Ashworth, Andrew, Horder, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, 5th Edn., Oxford University Press, 2006.

Brunstein Klomek, A., Sourander, A., Gould, M., The association of suicide and bullying in childhood to young adulthood: a review of cross-sectional and longitudinal research findings, *Can J Psychiatry*, ISSN: 1497-0015, 2010 May, Vol. 55 (5), pp. 282-8.

Bussman, K., *Evaluation of the German Prohibition of Family on Violence Against Children*, Toledo, European Society of Criminology, 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, [en línea], OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13. 17 de octubre de 2013. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>

Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N° 17 (1989): Artículo 24, Derechos del Niño*, 35° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989)

Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 1 (2001): Párrafo 1 del artículo 29: Propósitos de la educación*, CRC/GC/2001/1, 2001.

--- *Observación general N° 4 (2003): La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 2003.

--- *Observación general N° 6 (2005): Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, CRC/GC/2005/6, 2005.

--- *Observación general N° 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006.

--- *Observación general N° 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes* (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y

artículo 37, entre otros), CR/C/GC/8, 2006.

--- Observación general N° 9 (2007): Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 2007.

--- Observación general N° 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11, 2009.

--- Observación general N° 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, CRCC/GC/13, 2011.

Consejo Nacional de Infancia, Propuestas para dar garantías a los niños, niñas y adolescentes y su derecho a vivir en ambientes bien tratantes y a la protección contra toda forma de violencia, Santiago de Chile, 2015.

Durrant, Joan. E., Legal reform and attitudes toward physical punishment in Sweden, *International Journal of Children's Rights*, Apr2003, Vol. 11 Issue 2, pp. 147-173.

Hodgkin, Rachel, Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, [en línea], 3rd. ed., Geneva, Unicef, 2007. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf

MacDonald, Alistair, *The rights of the child: law and practice*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2011.

Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Encuesta Nacional de Victimización por Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales, Adimark GfK, Santiago de Chile, Julio 2013.

Naciones Unidas, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"), [en línea], A/RES/40/33, 1985. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/40/33>

--- Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, [en línea], A/RES/45/113, 1990. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/45/113>

Oficina de la Representante Especial del Secretario General sobre la Violencia contra los Niños, *Hacia un mundo sin violencia: encuesta mundial sobre la violencia contra los niños*, [en línea], Nueva York, 2013. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/blocks/SP-Violence%20booklet-proof2.pdf>

--- *Toward a world free from violence: global survey on violence against children*, [en línea], New York, October 2013. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/toward_a_world_free_from_violence.pdf.

--- Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, [en línea], A/66/227, 2011. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015] https://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-66-227_ES.pdf

--- Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, Marta Santos Pais, [en línea], A/HRC/16/54, 2011. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-16-54_ES.pdf

--- Releasing children's potential and minimizing risks: ICTs, the Internet and Violence against Children, [en línea], New York, 2014. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/publications_final/icts/releasing_children_potential_and_minimizing_risks_icts_the_internet_and_violence_against_children.pdf

Pinheiro, Paulo Sérgio, Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas del Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños, [en línea], Ginebra, 2006. [fecha de consulta: 21 de agosto de 2015]. [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

Ryan, C., Russell, ST., Huebner, D., Díaz, R., Sánchez, J., Family acceptance in adolescence and the health of LGBT young adults, *J Child Adolesc Psychiatr Nurs*, ISSN 1744-6171, 2010 Nov., Vol. 23 (4), pp. 205–13.

Save the Children, Abuso Sexual Infantil: Manual de formación para profesionales, [en línea], España, 2001. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/91/Manual.pdf>

Unicef, 4º Estudio de Maltrato Infantil en Chile, [en línea], Santiago de Chile, Octubre de 2012. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://www.unicef.org/lac/Cuarto_estudio_maltrato_infantil_unicef.pdf

--- Conceptos vinculados a la explotación sexual infantil, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.unicef.org/argentina/spanish/definiciones.pdf>

--- Conceptos básicos sobre explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <http://www.unicef.org/lac/1.conceptosbasicos.pdf>

--- Ending Child Marriage: Progress and prospects, [en línea], New York, 2014. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. http://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR..pdf

U.S. Department of Health, Education, and Welfare, Child Sexual Abuse: incest, assault, and sexual exploitation. A especial Report from the National Center on Child Abuse and Neglect, [en línea], Washington, D.C., August, 1978. [fecha de consulta: 25 de agosto de 2015]. <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/57111NCJRS.pdf>



Caracterizando la violencia sexual contra la infancia

María Pilar Lampert Grassi*

I. Introducción

Con la Convención de los Derechos del Niño (CDN), no solo se consolida la necesidad de proporcionar a niños, niñas y adolescentes (NNA) una protección especial - ya enunciada en las declaraciones que le precedieron -, que se justifica por las particulares necesidades y la fase vital de desarrollo que cursan, sino que también se propone una nueva representación de la infancia, tanto en el marco jurídico como cultural, según la cual el niño es entendido como persona, con autonomía progresiva, protagonismo, creatividad, intereses, preferencias, responsabilidad, y con la capacidad para tener en cuenta y respetar los derechos humanos de los demás.

Sin embargo, a pesar del reconocimiento de este nuevo estatus para NNA, prácticas sociales, culturales e institucionales profundamente arraigadas, hacen que la violencia hacia este grupo etario continúe siendo hoy - a más de veinticinco años de la adopción de la CDN - un grave problema en todos los países del mundo, independientemente de las clases sociales, los niveles educativos, los ingresos o el origen étnico. Peor aún, la violencia no solo está socialmente consentida, sino que frecuentemente es legal y autorizada por el Estado, como sucede con el encarcelamiento y la pena de muerte en ciertos delitos para menores de 18 años, el matrimonio infantil o la intervención de niños en conflictos armados¹.

* Psicóloga, Master of Arts in Women's Studies (Lancaster University, UK), Postítulo en Políticas Públicas de Cuidado y Familia (CEPAL). Coordinadora proyecto Global Democracy en League of Women Voters, Washington D.C., EE.UU. Actualmente se desempeña como investigadora del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

¹ Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas, [en línea], Asamblea General Naciones Unidas, A/61/299, 29 de agosto de 2006. [fecha de consulta: agosto 2015] http://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_sp.pdf

La definición de maltrato infantil o violencia contra la infancia², ha ido evolucionando en la medida que se va conociendo más del fenómeno, ampliando sus manifestaciones y evaluando su impacto³. Desde las primeras referencias enfocadas principalmente en el maltrato infantil con criterios médicos-clínicos y la explotación laboral de los niños, se ha avanzado hacia definiciones que atienden a sus necesidades y derechos⁴. En este sentido, la CDN la define en su artículo 19 como: *“toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”*⁵.

En este marco, cuando hablamos de violencia o maltrato infantil nos referimos a situaciones que van mucho más allá de los castigos corporales, crueles y degradantes. Aludimos también a un amplio espectro de omisiones, supresiones o transgresiones de los derechos individuales y colectivos⁶, que se suceden en los diversos ámbitos o entornos en los que transcurre la niñez: el hogar y la familia, la escuela, los sistemas de protección y de justicia, el lugar de trabajo y la comunidad⁷. Los niños, niñas y adolescentes viven violencia en aquellos espacios y lugares que debieran ser de protección, de estímulo a su desarrollo integral, de resguardo y de promoción de sus derechos, donde los niveles de dependencia hacia el adulto

² La Organización Mundial de la Salud (OMS) en la Reunión de Consulta sobre la Prevención del Maltrato de Menores expresa: *“El maltrato o la vejación de menores abarca todas las formas de malos tratos físicos y emocionales, abuso sexual, descuido o negligencia o explotación comercial o de otro tipo, que originen un daño real o potencial para la salud del niño, su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. Organización Mundial de la Salud, Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud, [en línea] 2003. [fecha de consulta: agosto 2015] http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112670/1/9275315884_spa.pdf*

³ Larraín S. y Bascuñan C., *Maltrato infantil y relaciones familiares en Chile: Análisis comparativo 1994-2000-2006*, Revista Chilena de Pediatría, 2008, 79 Supl (1): 64-79, [en línea], [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.scielo.cl/pdf/rcp/v79s1/art11.pdf>

⁴ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Maltrato infantil Protocolo de Actuación*, Consejería de Trabajo y Política Social, España, 2000.

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, art 19.

⁶ Unicef, *4º Estudio de Maltrato Infantil en Chile. Análisis Comparativo 1994-2000-2006-2012*, [en línea], Santiago de Chile, mayo 2015, [fecha de consulta: agosto 2015], <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/07/Maltrato-Infantil.pdf>

⁷ Pinheiro, P. *Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas del experto independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños*, [en línea], Ginebra, 2006. [fecha de consulta: agosto 2015]. [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

o a las instituciones que los agreden, los dejan expuestos a una situación de gran vulnerabilidad⁸.

En este artículo se dará cuenta del fenómeno de la violencia contra la infancia, particularmente sexual, en los distintos espacios del desarrollo de los NNA, enfatizando las características que adoptan en las familias, los establecimientos educacionales, las organizaciones de protección y el sistema de justicia en Chile.

II. Violencia en la familia

Un supuesto básico de la CDN es que la familia es el entorno natural para el desarrollo y protección de todos sus miembros, en particular de niños, niñas y adolescentes⁹. Así también lo entienden la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), los que proclaman a la familia como la unidad grupal fundamental de la sociedad, y por tanto objeto de protección y apoyo estatal¹⁰.

Pero la familia puede ser un lugar peligroso para sus miembros, en particular para los más vulnerables. La prevalencia de la violencia hacia los niños de parte de sus progenitores u otros miembros cercanos de la familia, ha empezado hace muy poco a ser reconocida y documentada en todas partes del mundo. La renuencia a intervenir se basaba en la creencia de que lo que sucedía en la familia se consideraba como parte del “ámbito de lo privado”. Pero, es evidente que el pleno respeto por los derechos humanos, a la integridad física y psicológica, a la igualdad de derechos de niños y adultos, y a la obligación del Estado de defender esos derechos, no se debe detener en la puerta del hogar¹¹.

Cuando se reconoce a los padres como aquellos que deben amar, proteger, orientar y apoyar a sus hijos, es difícil entender por qué el maltrato infantil es un problema tan generalizado. Los padres que maltratan a sus hijos son personas diversas,

⁸ Corporación Opción – Fundación para la Confianza, *Abuso: configuración y supervivencia. Representaciones sociales de niños, niñas y el relato de adultos sobrevivientes de abuso sexual en su niñez*, [en línea], Santiago de Chile, noviembre 2012, [fecha de consulta: agosto 2015], http://www.opcion.cl/documentos/publicaciones/Abuso_ConfiguracionYsupervivencia.pdf

⁹ Ver: *Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño*.

¹⁰ Ver: *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, art. 16.3 y *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, art. 10.1.

¹¹ *Organización Mundial de la Salud, Informe Mundial sobre la Violencia...*, *Op. cit.*

pertenecen a todas las clases sociales, tienen distintos grados de educación y en un muy bajo porcentaje presentan algún tipo de patología mental. Es decir, no existe un perfil típico de los progenitores agresores. Sin embargo, se han documentado ciertos factores de riesgo que elevan las posibilidades de tener conductas violentas con los hijos:

- Falta de habilidades parentales^{12,13}.
- Baja tolerancia a la frustración y expresiones inadecuadas de la rabia¹⁴.
- Sensación de incompetencia e incapacidad para ejercer el rol de padre¹⁵.
- Existencia de violencia entre los padres¹⁶.
- Consumo problemático de alcohol y drogas en la familia¹⁷.

2.1. Tipos de violencia contra niños, niñas y adolescentes en la familia

La gran mayoría de los autores reconoce cuatro tipos principales de maltrato en el ámbito familiar: el maltrato físico, el maltrato emocional, la negligencia y el abuso sexual¹⁸.

a) Maltrato físico

Según el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la Organización Mundial de la Salud (OMS), estudios en la materia confirman que el castigo físico moderado y severo a los niños por parte de sus padres, existe en proporciones significativas en todos los países que se han investigado¹⁹. Este tipo de maltrato, que constituye

¹² Unicef, *Maltrato Infantil en Chile: Unicef Responde*, [en línea], 2000, [fecha de consulta: agosto 2015], http://www.unicef.cl/archivos_documento/18/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf

¹³ No existe consenso respecto a cuáles serían las dimensiones que componen las habilidades parentales, por cuanto la definición dependerá del enfoque teórico al que se adscriba el/la evaluador/a, y de la situación sociopolítica en la que se enmarque la evaluación doméstica, empatía, vínculos afectivos y acceso a redes. La dificultad aumenta al considerar la falta de estandarización de parámetros, tanto metodológicos como teóricos, dejando a criterio de los evaluadores el caracterizar la habilidad o inhabilidad parental, afectando el principio de bienestar superior del/la niño/a. Ver: Astudillo, Octavio et al, *Evaluación de habilidades parentales, desde profesionales del ámbito del derecho de familia*, [en línea], *Revista Salud & Sociedad*, v. 1, No. 3, Septiembre-Diciembre, 2010. [fecha de consulta: agosto 2015], www.saludysociedad.cl/index.php/main/article/download/26/51, pp. 186-204.

¹⁴ Unicef, *Maltrato Infantil...*, Op. cit.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Unicef, *4º Estudio de Maltrato Infantil...*, Op. cit.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la Violencia...*, Op. cit.

a todas luces una grave vulneración de los derechos de niños y niñas, con frecuencia se asienta sobre una densa capa de aceptación social que tiende a naturalizar prácticas violentas o a minimizar sus consecuencias, lo que contribuye a perpetuarlas²⁰. Más aun, tal como pasa en nuestro país, los marcos legales de muchos de los Estados no hacen explícita la prohibición de toda forma de castigo corporal infringido a niños, niñas y adolescentes, lo que refleja la aprobación de esta violencia en las sociedades, cuando aquella se disfraza de “disciplina”²¹.

En Chile, datos obtenidos en el 4° Estudio sobre Maltrato Infantil de la Unicef, confirman que la violencia física hacia los niños y niñas por parte de sus padres o cuidadores continúa siendo un grave problema en el país, situación que ya se había constatado en los estudios anteriores. En la actualidad, el 50,4% de los niños señala que ha vivido situaciones de violencia física leve durante su vida y un 43% durante el último año. Un 28,2% indica que ha vivido situaciones de violencia física grave en su vida y un 22,1% el último año, siendo la violencia que ejercen uno u ambos padres significativamente mayor cuando se trata de la hija, en relación al hijo²².

b) Maltrato emocional

El maltrato emocional ha recibido menos atención que el maltrato físico, probablemente debido a que las modalidades no físicas que los padres eligen para disciplinar a sus hijos, están altamente influenciadas por factores culturales y sociales, lo que las invisibiliza como actos de violencia.

Según el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la OMS, se entiende por abuso emocional *“cuando un cuidador no brinda las condiciones apropiadas y propicias e incluye actos que tienen efectos adversos sobre la salud emocional y el desarrollo del niño”*. Tales actos incluyen la restricción de los movimientos del niño o niña, la denigración, la ridiculización, las amenazas e intimidación, la discriminación, el rechazo y otras formas no físicas de tratamiento hostil.

En Chile, según el Tercer Estudio de Maltrato Infantil de la Unicef, desde el año 1994 se ha producido un aumento sostenido de la violencia psicológica que se

²⁰ Larraín S y Bascuñán C., *Maltrato infantil...*, Op. cit.

²¹ Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la Violencia...*, Op. cit.

²² *Situación que se repite en todos los tipos de violencia analizados por el estudio. Ver: Unicef, 4° Estudio de Maltrato Infantil...*, Op. cit.

ejerce en niños, niñas y adolescentes²³. Para la medición llevada a cabo el año 2012, en el 4° Estudio, el 62,2% de los niños/as manifiesta haber vivido situaciones de violencia psicológica en su vida y un 56,1% el último año.

c) Descuido o negligencia

El descuido o negligencia de los padres o cuidadores es uno de los tipos de maltrato más difícil de definir y medir, lo que impide estimar la dimensión mundial del problema o comparar de manera válida las tasas de ocurrencia entre los distintos países. El Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud lo ha definido como *“aquél que es ocasionado cuando uno de los padres no toma medidas para promover el desarrollo de un niño o niña – estando en condiciones de hacerlo – en una o varias de las siguientes áreas: salud, educación, desarrollo emocional, nutrición, amparo y condiciones de vida segura”*. En Canadá, un estudio nacional de los hechos de violencia notificados a los servicios de protección de la infancia encontró que, entre los casos comprobados de descuido, un 19% correspondió a descuido físico, un 12% a abandono, un 11% a descuido de la educación y un 48% a daño físico resultante de la falta de supervisión adecuada de uno de los progenitores²⁴.

En Chile, la Segunda Encuesta Nacional de Prevalencia de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales del año 2013 consignó por primera vez esta temática, dando cuenta que un 6.8% de los estudiantes de entre 11 y 17 años, presentaría negligencia o abandono de parte de la o las personas que los cuidan. Siendo los varones los más afectados, con un 7,7%, en comparación con un 5,9% de las mujeres²⁵.

d) Abuso sexual

En el año 1978 el National Center of Child Abuse and Neglect de Estados Unidos propuso considerar como abuso sexual a los *“contactos e interacciones entre un niño/a y un adulto, cuando el adulto usa al niño/a para estimularse sexualmente*

²³ Larraín S y Bascuñán C., *Maltrato infantil...*, Op. cit.

²⁴ Troemé, NH, Wolfe, D., *Child maltreatment in Canada: selected results from the Canadian Incidence Study of Reported Child Abuse and Neglect*. Ottawa, Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001. Citado en Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la Violencia...*, Op. cit.

²⁵ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Encuesta Nacional de Prevalencia de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales*, Adimark GfK, [en línea], Santiago de Chile, julio 2013, [fecha de consulta: agosto 2015]. http://estudios.sernam.cl/documentos/?eMjM1MTAxOQ==Encuesta_Nacional_de_Victimizaci%C3%B3n_por_Violencia_Intrafamiliar_y_Delitos_Sexuales_2012

él mismo, al niño/a o a otra persona”²⁶. Sin embargo, hoy en día sabemos que hay un porcentaje de abusos que son realizados por menores, y que incluir en la definición el abuso por los pares, podría aumentar la prevalencia en un 9%²⁷. Del mismo modo, es factible abusar sexualmente sin que exista contacto físico con la víctima, e incluir dichas conductas en las mediciones, puede aumentar las tasas en alrededor de un 16%²⁸. Por esto es importante considerar ambos factores, a modo de lograr una definición que permita determinar de la mejor forma posible la prevalencia del abuso sexual infantil.

En este sentido la OMS, ha optado por un marco amplio para dar cuenta del fenómeno, definiendo el abuso sexual infantil como “los actos en que una persona usa a un niño para su gratificación sexual”²⁹. Bacigalupe por su parte contribuye a precisar esta definición incorporando tres ejes que ayudan a determinar si una experiencia cae o no dentro de la categoría de abuso sexual³⁰.

- La diferencia de edad entre la víctima y el agresor: los perpetradores, para ser calificados como tales, deben tener al menos cinco años más que la víctima.
- Las conductas que el agresor emplea para someter a la víctima: que van desde el uso de la fuerza y la presión hasta el engaño (soborno, manipulación, seducción).
- El tipo de conducta sexual: que puede ir desde el abuso sin contacto físico (como el exhibicionismo y el voyerismo) hasta el abuso con contacto físico (manoseo, masturbación, felación y penetración).

²⁶ Garbarino, J., Eckenrode, J., Bolger, K., “El maltrato psicológico: un delito difícil de definir”. En: Garbarino, J., Eckenrode, J., ¿Por qué las familias abusan de sus hijos?, Gránica, Barcelona, 1999. Citado en: Unicef, 4º Estudio de Maltrato Infantil..., Op. cit.

²⁷ Organización Mundial de la Salud, Informe Mundial sobre la Violencia..., Op. cit.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Bacigalupe, G., Taller: violencia y abuso en la familia. Ideas contemporáneas en la terapia con clientes traumatizados, Apuntes sin publicar, Santiago de Chile, 1992. Citado en: Unicef, 4º Estudio de Maltrato Infantil..., Op. cit.

2.2. Análisis del fenómeno de la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en la familia

Prevalencia del abuso sexual

Según el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la OMS, las estimaciones de prevalencia del abuso sexual, están influidas por las definiciones que se usen para dar cuenta del fenómeno y por la metodología con que se recopile la información. La interrelación de estos dos factores resulta en la existencia de una gran variabilidad en las mediciones realizadas en distintos países, o incluso entre clases sociales o entre géneros de un mismo país. En este marco, es fundamental tender a la estandarización en la investigación del fenómeno, de manera que permita comparar realidades y verificar avances o retrocesos en la materia.

Uno de los estudios más citados en la literatura relativa a la violencia sexual en contra de los niños, niñas y adolescentes, es el que llevó a cabo el investigador David Finkelhor en los años noventa, quien a través de una revisión de encuestas epidemiológicas obtenidas en 21 países, principalmente países de ingreso alto y medio, halló que entre el 7% y 36% de las mujeres y entre el 3% y 29% de los hombres, había sufrido abuso sexual en la niñez³¹. Con posterioridad, el año 2008, Noemí Pereda y su equipo, buscaron contrastar la prevalencia del abuso sexual infantil encontrada en el estudio de Finkelhor, con publicaciones más recientes de la problemática. Luego de la revisión actualizada de 38 artículos sobre prevalencia de abuso sexual infantil, llegaron a concluir que de 0 a 53% de las mujeres y de 0 a 60% de los hombres tuvo historias de abuso sexual en la niñez³².

Si bien las diversas metodologías utilizadas en los estudios epidemiológicos no permiten su comparación directa, los resultados obtenidos dan cuenta de que el abuso sexual infantil es un problema internacional, y que como fenómeno, ha

³¹ Finkelhor D, *The international epidemiology of child sexual abuse*, [en línea], *Child Abuse & Neglect*, Volume 18, Issue 5, May 1994. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213494900264>, pp. 409-417.

³² Pereda, N., Guilera, G., Forns, M., Gomez-Benito, J., *The international epidemiology of child sexual abuse: A continuation of Finkelhor*, [en línea], *Child Abuse & Neglect*, Volume 33, Issue 6, June 2009. [fecha de consulta; agosto 2015]. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0145213409000970>, pp, 331-342.

mantenido patrones más o menos constantes a través de los años, especialmente en el caso de las mujeres³³.

Sin embargo, las cifras obtenidas son solo aproximaciones de la real magnitud del problema del abuso sexual infantil. En general, y debido a la gran carga emocional y moral que conlleva esta realidad, la sociedad en su conjunto genera muy pocos espacios para que las víctimas puedan dar cuenta de su experiencia, haciendo del abuso sexual infantil un tema poco develado³⁴. Estudios en la materia revelan el complejo proceso por el que pasa un niño o un adulto para develar la situación de abuso de la cual es o ha sido víctima, y se considera que entre el 50% y 80% de los niños y niñas nunca da cuenta del abuso sexual del que fue víctima³⁵.

En Chile, los datos sobre abuso sexual infantil provenían históricamente de los registros de instituciones prestadoras de atención a víctimas, por tanto, solo reflejaban los abusos que habían sido denunciados y/o tratados³⁶. Posteriormente se han desarrollado otros estudios a nivel nacional que dan cuenta del fenómeno, destacándose: i) la Encuesta Nacional de Prevalencia de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en sus dos versiones, una en el año 2008³⁷ y la segunda el año 2013³⁸, y ii) la serie de estudios sobre maltrato y abuso infantil de Unicef, la que en su cuarta versión indaga sobre “abuso sexual”³⁹.

Según la Segunda Encuesta Nacional de Prevalencia de Violencia Intrafamiliar y Abuso Sexual, el 7,3% de los niños y niñas encuestados declaró haber sido

³³ *Ibíd.*

³⁴ Hopper, J., *Sexual abuse of males: Prevalence, possible lasting effect resources*, [en línea], 2015. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.jimhopper.com/male-ab/#fem>

³⁵ Gutiérrez, C y Steinberg, M., *Caracterización del proceso de develación de niños, niñas y adolescentes chilenos víctimas de agresiones sexuales*, Memoria para optar al título de psicóloga, Universidad de Chile, [en línea], julio 2012. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112620/cs39cgm1045.pdf?sequence=1>

³⁶ Policía de Investigaciones de Chile, Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales Cavas Metropolitanas: 16 años de Experiencia, [en línea]. [fecha de consulta: octubre 2015]. http://www.policia.cl/jenafam/cavas/downloads/Libro_CAVAS.pdf

³⁷ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Encuesta Nacional de Prevalencia...*, Op. cit.

³⁸ *Ibíd.* Encuesta nacional con una muestra de 6000 niños, entre 12 y 14 años, de 171 establecimientos educacionales de nivel socioeconómico medio y bajo.

³⁹ Unicef, *4º Estudio de Maltrato Infantil...*, Op. cit. Encuesta nacional a 1555 niños que cursan 8º año básico en un establecimiento de educación regular (municipal, particular subvencionado y particular privado) de las regiones de Coquimbo, La Araucanía, Los Lagos, Metropolitana, Valparaíso y Biobío.

tocado o acariciado sexualmente contra su voluntad, o haber sido obligado a tocar sexualmente o a realizar alguna actividad de contenido sexual, donde el 33% declara que le ha ocurrido más de una vez o con frecuencia. Respecto a la diferencia entre niños y niñas, ellas sufren dos veces más abuso que ellos (9,9% y 4,7% respectivamente).

Por su parte, según el 4° Estudio de Maltrato Infantil y Abuso Sexual de Unicef, un 8,7% de los niños y niñas refiere haber sido tocado o acariciado sexualmente, o había sido obligado a tocar sexualmente a alguien⁴⁰, donde el 55% señala que fue “una vez”, en tanto que el 24% señala que fue “más de una vez” y el 12,2% dice “con frecuencia”. La encuesta da cuenta que del total de los niños que han sufrido abuso sexual, el 75% son mujeres y el 25% hombres.

Sesgo por género

El estudio de Finkelhor antes mencionado, indica que la prevalencia del abuso sexual es siempre mayor en mujeres. Sin embargo, uno de los aportes del estudio de Pereda y su equipo, es develar que el porcentaje de la población masculina abusada en la infancia puede llegar a cifras incluso más altas que el porcentaje de mujeres y que, además, existe gran variabilidad en la cifras del abuso sexual por género entre países⁴¹.

Si bien estas cifras hablan de la apertura a nuevos patrones en la prevalencia del abuso sexual infantil en niños y niñas, en la investigación internacional hace ya tiempo que algunos autores advertían de la existencia de factores psicológicos, sociales, culturales y metodológicos que podían estar afectando la estimación del abuso sexual en varones^{42,43,44}. Holmes y su equipo sugieren que la sociedad

⁴⁰ Siempre que quien ha cometido el abuso sea al menos 5 años mayor que la víctima y tenga más de 12 años.

⁴¹ Pereda, N., Guílera, G., Forns, M., Gomez-Benito, J., *The international epidemiology...*, Op. cit.

⁴² Hopper, J., *Sexual abuse of males: Prevalence...* Op. cit.

⁴³ Dhaliwal, G., Gauzas, L., Antonowicz, D. y Ross, R., *Adult male survivors of childhood sexual abuse: Prevalence, sexual abuse characteristics, and long-term effects*, [en línea], *Clinical Psychology Review*, Volume 16, Issue 7, 1996. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0272735896000189>, pp.619-639.

⁴⁴ Holmes, W., Slap, G., *Sexual abuse of boys: Definition, prevalence, correlates sequelae, and management*, [en línea], *Journal of the American Medical Association*, December 2, 1998, Vol 280, No. 21. [fecha de consulta agosto 2015]. http://www.jimhopper.com/pdfs/Holmes_&_Slap_1998.pdf, pp. 1855-1862.

(profesionales y víctimas de abuso incluidos), ha internalizado la idea que los niños son bastante menos abusados que las niñas y que de serlo, los efectos serían menores. En este marco, las víctimas varones tenderían a no contar sus experiencias de abuso y a negar el impacto en sus vidas; mientras, por su parte, los profesionales de la salud no buscarían ni lograrían ver el abuso en las víctimas masculinas y por tanto no generarían las condiciones para hacer factible que los varones relaten su experiencia⁴⁵. Así, estimaciones en la materia sobre el porcentaje de víctimas varones que nunca han dado cuenta del abuso, llegaría a cifras de entre un 70% y 90%⁴⁶.

Desde un punto de vista terapéutico, Ramona Alaggia, investigando las motivaciones que inhibirían a los varones a dar cuenta de la experiencia de abuso sexual, refiere cuatro factores: (i) temor a ser vistos como homosexuales; (ii) cuando la experiencia del abuso se vive con una mujer, se tiende a minimizar el abuso o se niega, por ser esta una experiencia socialmente establecida como deseable; (iii) no querer ser vistos como víctima, pues se asocia a una característica femenina; y (iv) miedo a ser estigmatizado como un posible abusador en el futuro⁴⁷.

Desde un punto de vista metodológico, los investigadores también alertan respecto a que la invisibilización del abuso sexual infantil a varones, está igualmente relacionada con el modo como se ha llevado a cabo la investigación en la materia^{48,49}. El terapeuta e investigador Jim Hopper⁵⁰, postula que debido al uso de preguntas condicionadas (*gate questions*), se obtienen resultados muy bajos de prevalencia de abuso sexual. Situación similar produce el uso de conceptos cerrados como “abuso” o “abuso sexual” pues, por una parte, requiere que la persona busque dentro de su memoria algún hecho que pudiera clasificar como “abuso”, lo que podría dejar fuera muchas situaciones que el investigado no tiene clasificado como

⁴⁵ Holmes, G., Offen, L., Waller, G., *See no evil, hear no evil, speak no evil: Why do relatively few male victims of childhood sexual abuse receive help for abuse-related issues in adulthood?*, [en línea], *Clinical Psychology Review*, Vol. 17, No. 1, 1997. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.jimhopper.com/pdfs/holmes_offen_waller_1997.pdf, pp. 69-88.

⁴⁶ Holmes, W., Slap, G., *Sexual abuse of boys...*, *Op.cit.*

⁴⁷ Alaggia R., *Disclosing the trauma of child sexual abuse: a gender analysis*. *Journal of Loss and Trauma*, 10:453-470, 2005.

⁴⁸ Holmes, W., Slap, G., *Sexual abuse of boys...*, *Op.cit.*

⁴⁹ Pereda, N., Guilera, G., Forns, M., Gomez-Benito, J., *The international epidemiology...*, *Op. cit.*

⁵⁰ Hopper, J., *Sexual abuse of males: Prevalence...*, *Op. cit.*

tal, y en este marco, sería mejor usar un lenguaje directo y objetivo. Por otra, el uso del concepto “abuso sexual” también sería particularmente conflictivo en los varones, pues implica aceptar la identidad de “víctima de abuso sexual”, lo que produce gran resistencia, aunque se hayan vivido experiencias sexuales no deseadas y dolorosas en la infancia.

Relación con el agresor

En Chile tanto las instituciones prestadoras de atención a víctimas, como los estudios nacionales sobre abuso sexual infantil, antes mencionados, llegan a cifras similares: en más del 80% de los casos el agresor lo constituye una persona cercana a la víctima, conocido o familiar, donde alrededor de un 50% es un familiar cercano, como padre, padrastro, tío y primo entre otros. La experiencia de la Corporación Opción respecto de casos estudiados en sus programas especializados de reparación de maltrato, muestran que el agresor con mayor presencia es el padre biológico (31%)⁵¹. En cambio, otros estudios como la Segunda Encuesta Nacional de Prevalencia de Violencia Intrafamiliar y Delitos Sexuales⁵², y el 4º Estudio de Maltrato Infantil en Chile revelan otros datos, mostrando que tíos/as y primos/as son los familiares mayoritariamente reconocidos como agresores⁵³.

El hecho de que los abusos sexuales sean en su mayoría llevados a cabo por conocidos o familiares de la víctima, hace que la problemática sea compleja de abordar para el niño o niña, su familia y la sociedad. Pero en particular, la situación intrafamiliar de los abusos los hace más traumáticos, menos denunciados (1 de cada 10 se denuncia⁵⁴), y a la vez difíciles de investigar, ya que suponen para la víctima sentimientos contradictorios en cuanto a la confianza, la protección y el apego que se espera y siente en relación a los propios familiares⁵⁵, pero al

⁵¹ Corporación Opción – Fundación para la Confianza, *Abuso: configuración y supervivencia. Representaciones...*, Op. cit., p. 41.

⁵² Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Encuesta Nacional de Prevalencia...*, Op. cit.

⁵³ En el primer caso los tíos/as representan el 19,4% y los primos/as mayores el 9,7%. En el segundo caso, los tíos representan el 15,8% y el primo/prima el 10,9%.

⁵⁴ Ysern, J.L. y Becerra, P., *Abuso sexual intrafamiliar: Prevalencia y características en jóvenes de 3º medio de liceos municipalizados de Chillán, Chile*, [en línea], *Theoria*, Vol. 15 (1), 2006, [fecha de consulta: agosto 2015], <http://www.ubiobio.cl/theoria/v/v15-1/a7.pdf>, pp. 79-85.

⁵⁵ Corporación Opción – Fundación para la Confianza, *Abuso: configuración y supervivencia. Representaciones...*, Op. cit.

mismo tiempo, existe una relación de dependencia física, psicológica, emocional o económica, entre la víctima y su agresor.

Perfil del abusador

Uno de los aspectos que resulta interesante de analizar es la posibilidad de definir un perfil del abusador sexual, cuestión a la que la investigación científica estuvo abocada durante las décadas de los ochenta y noventa. Sin embargo, el trabajo resultó en su mayoría en taxonomías de limitado uso clínico y judicial, debido a la incapacidad de capturar la heterogeneidad de los abusadores sexuales de menores⁵⁶. Hoy en día sabemos que no existe un perfil único del abusador sexual, ya que éste puede ser de cualquier clase social, vivir en un medio urbano o rural, tener cualquier nivel educacional, profesión o actividad, cualquier raza, religión, género, orientación sexual o estado civil⁵⁷.

A pesar de la heterogeneidad, a través de las investigaciones se ha logrado generar tipologías basadas en ciertas características y motivaciones del agresor. Actualmente uno de los sistemas de clasificación más comúnmente aceptado, es el que diferencia entre violador, abusador sexual infantil, mujeres agresoras sexuales, adolescentes abusadores sexuales de pares y abusadores sexuales cibernéticos⁵⁸.

- **Características del hombre abusador sexual infantil**

La literatura en la materia consigna que en la mayoría de los casos el abusador sexual infantil, corresponde a un hombre⁵⁹. Según el Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud de la OMS, para los casos de víctimas femeninas, más del 90%

⁵⁶ Gannon, T., Rose, M., *Female child sexual offenders: Towards integrating theory and practice*, [en línea], *Aggression and Violent Behavior*, Vo. 13, Issue 6, November-December 2008, [fecha de consulta: septiembre 2015], <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1359178908000487>, pp.442-461.

⁵⁷ González, E., *Una aproximación a las características de los abusadores sexuales y los factores asociados al abuso*. *Cuad Med Soc. Chile* 2012, 52 (4)187-198.

⁵⁸ Robertiello, G., Terry, K., *Can we profile sex offenders? A review of sex offender typologies*, [en línea], *Aggression and Violent Behavior*, Volume 12, Issue 5, September-October 2007, [fecha de consulta: agosto 2015], <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1359178907000262>, pp.508 - 518.

⁵⁹ Ver por ejemplo, Dube, S. et al, *Long-Term Consequences of Childhood Sexual Abuse by Gender of Victim*. *Am J Prev Med* 2005;28(5), [fecha de consulta: agosto 2015], http://www.jimhopper.com/pdfs/Dube_%282005%29_Childhood_sexual_abuse_by_gender_of_victim.pdf, pp. 430-438.

de los agresores son varones y, en el caso de las víctimas masculinas, el porcentaje de agresores varones varía entre 63% y 86%⁶⁰.

Los datos chilenos en la materia no permiten diferenciar a los agresores según el sexo de su víctima, sin embargo muestran que alrededor de un 80% de quienes ejercen abuso sexual son hombres^{61,62}.

Una de las clasificaciones más aceptada sobre los varones que abusan de los niños es la desarrollada por Groth, Hobson y Gary⁶³, quienes proponen una tipología basada en dos elementos fundamentales: el grado en que la conducta sexualmente desviada se encuentra arraigada en el abusador y los fundamentos para sus necesidades psicológicas. Estos autores proponen la dicotomía *fijación/regresión* del abusador sexual, donde el *abusador con fijación* es quien se presenta teniendo una atracción persistente, continua y compulsiva con los niños y el *abusador regresivo*, es quien tiende a actuar de acuerdo a la situación y a estresores externos.

Los primeros, solo se sienten atraídos por niños y adolescentes, teniendo fantasías sexuales únicamente con ellos. Este tipo de agresor no logra llegar a la madurez psicosexual y muchos son diagnosticados como pedófilos. Suelen atraer y seducir niños vulnerables, con quien mantener una relación continua. Por otra parte, los ofensores regresivos suelen emerger durante la adultez y tienden a aparecer a razón de estresores ambientales, tales como desempleo, violencia en la pareja, consumo de drogas, o también en relación con estados de soledad, estrés, aislamiento o ansiedad. Estos agresores tienden a victimizar niños que están a su alcance, incluidos sus propios hijos. Es difícil establecer patrones de excitación en este tipo de agresores ya que, en general, tienen características similares a los de un hombre "normal".

⁶⁰ Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la violencia...*, Op. cit.

⁶¹ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Encuesta Nacional de Prevalencia...*, Op. cit.

⁶² Unicef, *4º Estudio de Maltrato Infantil...*, Op. cit.

⁶³ Groth, A., Hobson, W., Gary, T., *The child molester: Clinical observations*, J. Conte, D.A. Shore (Eds.), *Social work and child sexual abuse*, Haworth, New York, 1982.

Por su parte la Oficina Federal de Investigaciones de Estados Unidos (FBI), ha establecido su propia tipología, también basada en la dualidad fijación/regresión⁶⁴. Dentro de los *abusadores preferentes o fijados*, se encuentran los: (i) *seductores*, aquellos que cortejan a los niños, con regalos, amor y afecto y buscan tener una relación con el niño, niña o adolescente; (ii) *fijados*, agresores con desarrollo psicosexual pobre, que desean afecto de los niños y se sienten atraídos hacia ellos; (iii) *sádicos*, agresores que son agresivos, se excitan con la violencia, buscan niños desconocidos y son muy peligrosos.

Dentro de los *agresores situacionales o regresivos*, distingue los: (i) *regresivos*, abusadores con pocas habilidades adaptativas, cuyas víctimas les son fácilmente accesibles y abusan de los niños como sustituto de una relación adulta; (ii) *moralmente indiscriminados*, agresores que prefieren niños por sobre adultos para sus intereses (sexuales y de otro tipo); (iii) *sexualmente indiscriminados*, agresores interesados en la experimentación sexual que abusan de los niños por estar a su alcance; (iv) *inadecuados*, agresores que son inseguros con baja autoestima, que ven en los niños una forma de salida sexual.

- **Características de la mujer abusadora**

La mujer no ha sido vista ni estudiada como agresora sexual infantil con la misma profundidad y desarrollo que lo han sido los hombres, existiendo varias razones por las cuales ha sido invisibilizada en este tipo de delitos. De un lado, históricamente las mujeres han sido consideradas preferentemente víctimas de abuso sexual, por lo que se les ha prestado muy poca atención como perpetradoras de delitos sexuales infantiles⁶⁵. Por otro, la posibilidad de agresiones sexuales cometidas por mujeres contra niños y niñas, desafía de manera profunda las creencias fundamentales de la mujer como principal figura de crianza y protección de quienes serían sus propias víctimas. Incluso socialmente se acude al argumento de que las mujeres son anatómicamente receptoras de la sexualidad, por lo que resulta imposible imaginar

⁶⁴ Terry, K., Tallon, J., *Child sexual abuse: A review of the literature. [en línea], The Nature and Scope of the Problem of Sexual Abuse of Minors by Priests and Deacons, 1950–2002, United States Conference of Catholic Bishops, Washington, D.C., 2004. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.usccb.org/issues-and-action/child-and-youth-protection/upload/child-sexual-abuse-literature-review-john-jay-college-2004.pdf>*

⁶⁵ Gannon, T., Rose, M., *Female child sexual offenders...*, *Op. cit.*

cómo una mujer podría abusar sexualmente de otros u otras⁶⁶. Este conjunto de creencias y valoraciones propicia el desconocimiento de las características del fenómeno y las posibles repercusiones para las víctimas, teniendo impacto en el mantenimiento de la cifra negra de las agresiones sexuales cometidas por mujeres⁶⁷. A pesar del poco desarrollo que ha tenido la literatura científica sobre la materia, se ha logrado establecer que al igual que sucede con los hombres autores de agresiones sexuales, tampoco es posible contar con un perfil único de mujeres agresoras. Sin embargo se han identificado tres grandes tipos:

- a) La *profesora/amante*, quien generalmente tiene como preferencia a adolescentes y pre-púberes⁶⁸. En este tipo, la ofensora no se ve a sí misma como una criminal y frecuentemente entiende el encuentro con la víctima, como un acto de amabilidad, donde ambos buscan una expresión sexual de su amor. En estos casos, la víctima generalmente es varón⁶⁹.
- b) La *mujer que delinque junto a un co perpetrador hombre*⁷⁰. En estos casos, en general son mujeres de baja autoestima, bajo nivel intelectual y profundos sentimientos de incapacidad. Pueden ser víctimas de violencia doméstica, y generalmente sus víctimas son sus hijos⁷¹.
- c) La *abusadora predispuesta*, quien suele victimizar a sus hijos o niños a su cuidado, sin cómplice masculino. Muchas de ellas, han sido abusadas de pequeñas, tienen serios problemas psicológicos y dificultades para establecer relaciones sexuales con adultos⁷².

Concordantes con investigaciones internacionales, estudios en Chile demuestran que en el 60% del total de los casos estudiados, el vínculo entre la agresora y la víctima, fue mayoritariamente dado por el rol de la agresora en el contexto

⁶⁶ Flores, P., *Estudio exploratorio-descriptivo: caracterización de delitos sexuales infanto-juveniles perpetrados por mujeres entre los años 2007 y 2010 en Chile. Memoria para optar al título de psicóloga. Universidad de Chile, 2011.*

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Gannon, T., Rose, M., *Female child sexual offenders...*, *Op. cit.*

⁶⁹ Robertiello, G., Terry, K., *Can we profile sex offenders?...*, *Op. cit.*

⁷⁰ Gannon, T., Rose, M., *Female child sexual offenders...*, *Op. cit.*

⁷¹ Robertiello, G., Terry, K., *Can we profile sex offenders?...*, *Op. cit.*

⁷² *Ibíd.*

educativo, ya sea jardín infantil o colegio. Asimismo, se aprecia que en el 40% restante, el vínculo era de tipo intrafamiliar, donde la agresora es la madre de la víctima. Se destaca que en ninguno de los casos la agresora era desconocida para la víctima y que en su mayoría (80%), las mujeres actuaron solas al cometer el delito⁷³.

• Características del abusador de pares

Hasta la década de los ochenta los abusadores sexuales adolescentes no habían sido considerados seriamente por los investigadores. Sin embargo, estudios realizados en Estados Unidos han determinado que los adolescentes son responsables de aproximadamente un 20% de las violaciones y entre el 30% a 50% de los abusos sexuales. Además, el 50% de los abusadores adultos reporta que su primer abuso sexual ocurrió en la adolescencia⁷⁴. En Chile, en un estudio llevado a cabo por la ONG Paicabi y Aldeas Infantiles SOS, se estima que los adolescentes son responsables de un tercio de los abusos sexuales hacia otros niños, niñas y adolescentes⁷⁵.

En este marco la temática de las agresiones sexuales entre pares, se constituye en un desafío, no solo porque este fenómeno emerge como un hecho innegable, sino además porque el comportamiento sexual problemático (CSP)⁷⁶ y las prácticas abusivas sexuales (PAS)⁷⁷ entre niños, cuestionan supuestos acostumbrados sobre la violencia y la infancia, y requieren de un abordaje distinto de aquel utilizado cuando el abusador es adulto⁷⁸.

⁷³ Flores, P., *Estudio exploratorio-descriptivo...*, Op. cit.

⁷⁴ González, E., *Una aproximación a las...*, Op- cit.

⁷⁵ ONG Paicabi – Aldeas infantiles SOS Internacional, *Guía sobre Conductas Sexuales Problemáticas y Prácticas Abusivas Sexuales: Material de apoyo*, [en línea], Viña del Mar, Chile, abril 2015. [fecha de consulta: agosto 2015]. www.paicabi.cl

⁷⁶ Los CSP pueden ser distintos y pueden aparecer tanto en un polo de lo transgresor como en un polo de lo restrictivo. Algunos ejemplos de comportamientos transgresores son: espiar a otros niños/as en el baño, tocar furtivamente partes privadas de otros, o mostrar alto interés por pornografía violenta. Ejemplos de conductas del polo restrictivo son: rechazar con aversión hablar de sexualidad con figuras cercanas, evidenciar una alta vergüenza para conversar del tema, o mantener ideas rígidas homofóbicas o machistas sobre la sexualidad.

⁷⁷ Las PAS son un tipo de comportamiento sexual problemático (CSP) de tipo interpersonal que se caracteriza por implicar una relación no recíproca en donde existe desequilibrio de poder entre los niños, niñas o adolescentes involucrados, y dado este desequilibrio de poder el consentimiento de uno de los participantes no es posible.

⁷⁸ ONG Paicabi – Aldeas infantiles SOS Internacional, *Guía sobre Conductas...*, Op. cit.

En este caso tampoco existe un perfil único que defina al adolescente que abusa sexualmente de sus pares⁷⁹, presentando perfiles psicológicos bastante normales. Sin embargo, habría cierta concordancia en los estudios sobre ciertas características psicosociales comunes: familias con lazos afectivos débiles; más centrados en sí mismos que sus pares; graves problemas de confianza en los demás; tendencia a la soledad y a relacionarse mejor con niños menores; fantasías sexuales inapropiadas, que les gustaría llevar a cabo; tendencia a no sentir remordimiento o empatía con sus víctimas, minimizando el daño causado⁸⁰.

A pesar de la existencia de ciertas características psicosociales, incluso al incipiente desarrollo de tipologías para su clasificación, existe acuerdo entre los diferentes autores, que al tratar esta problemática, es necesario considerar una mirada evolutiva, donde se entiende que niños, niñas y adolescentes se encuentran en una etapa de desarrollo, por lo que los cambios son parte del proceso y por tanto, una evolución saludable depende también del cuidado de los adultos⁸¹. Del mismo modo, se entiende que las CSP y las PAS son un fenómeno relacional, basado en el desequilibrio de poder entre los niños, niñas y adolescentes⁸² y por tanto no pueden verse como una condición propia del adolescente, que estigmatiza la identidad del niño e invisibiliza los aspectos culturales e históricos asociados a esta problemática⁸³.

⁷⁹ Los estudios disponibles solo hacen referencia al abusador adolescente varón.

⁸⁰ Ver: Robertiello, G., Terry, K., *Can we profile sex offenders?...*, Op. cit. y Lakey, J., *The Profile and Treatment of Male Adolescent Sex Offenders*, [en línea], *International Journal of Adolescence and Youth*, Volume 6, Issue 1, 1995. [fecha de consulta: agosto 2015], <http://dx.doi.org/10.1080/02673843.1995.9747780>, 67-74.

⁸¹ ONG Paicabi – Aldeas infantiles SOS Internacional, *Guía sobre Conductas...*, Op. cit.

⁸² Son varios los elementos que pueden generar desequilibrio de poder y falta de consentimiento sexual. (i) Algunos elementos de desequilibrio pueden provenir del mismo niño, niña o adolescente autor de la PAS (como uso de amenazas o uso de fuerza). (ii) Otros pueden ser resultado de las diferencias individuales entre los niños/as involucrados (por ejemplo diferencias de edad). (iii) Otros pueden originarse desde las características vulnerables de la víctima (como discapacidad intelectual). (iv) Finalmente el desequilibrio puede ser resultado de condiciones dadas por el contexto o la familia (por ejemplo se asignan roles de poder-autoridad o existen tratos privilegiados hacia uno de los niños, niñas o jóvenes).

⁸³ ONG Paicabi – Aldeas infantiles SOS Internacional, *Guía sobre Conductas...*, Op. cit.

III. Violencia en la escuela

3.1. Violencia de directivos y docentes hacia estudiantes

Si bien el maltrato físico, psicológico y el abuso sexual se dan prioritariamente en el ambiente familiar o doméstico, también se replican en el ambiente escolar. Los castigos físicos en este espacio pueden ser aplicados por docentes y otros responsables del cuidado; de hecho el castigo corporal sigue siendo lícito en muchos países tanto en las escuelas como en otras instituciones⁸⁴. En Chile, generalmente los docentes no son mencionados por los niños y niñas como figuras potencialmente abusadoras. Sin embargo, según el Estudio Nacional de Violencia en el Ámbito Escolar de 2009, el 11% de los niños declara haber sido agredido por un profesor⁸⁵. Del mismo modo el informe de denuncias de la Superintendencia de Educación, refiere que entre los años 2012 a 2014, se presentó un total nacional de 13.344 denuncias por maltrato a estudiantes. De éstas, 48,8% son de maltrato de adulto a niño (37,4% maltrato psicológico y 11,4% maltrato físico), el 51% restante corresponde a violencia entre pares (31% maltrato físico y 20% maltrato psicológico)⁸⁶.

3.2. Violencia entre pares: acoso escolar o bullying

Desde los años setenta ha habido un creciente reconocimiento del fenómeno del *acoso escolar* o *bullying* y de sus consecuencias para el bienestar infantil, desarrollándose un acervo documental respecto a causas, prevalencias y efectos, tanto en las víctimas como en los autores⁸⁷.

Tal como lo define María Victoria Trianes, el *acoso escolar* o *bullying* “es un comportamiento prolongado de insultos, rechazo social, intimidación, y/o agresión física de unos alumnos contra otros que se convierten en víctimas de sus compañeros”. Así, se identifica como un fenómeno de grupo, donde la mayoría

⁸⁴ Organización Mundial de la Salud, *Informe Mundial sobre la Violencia...*, Op. cit.

⁸⁵ Ministerio del Interior y Ministerio de Educación, *Principales resultados del estudio nacional de violencia en el ámbito escolar*, [en línea], 2009. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.seguridadpublica.gov.cl/filesapp/pres_ppt.pdf

⁸⁶ Superintendencia de Educación, *División de Comunicaciones y Denuncias, Cifras de denuncias de Maltrato a Estudiantes y Agresiones sexuales, (2012-2015)*.

⁸⁷ Naciones Unidas, *Informe del experto independiente para el estudio de...*, Op. cit.

desempeña papeles, entre los que se distinguen: el agresor (que puede ser cabecilla o el seguidor); los observadores (que pueden ser pasivos, defensores de la víctima o alentar al agresor) y por último, la víctima misma (ya sea pasiva o provocadora)⁸⁸.

Para evaluar la prevalencia de esta problemática a nivel mundial, un estudio llevado cabo en 25 países muestra que si bien el acoso se da en todos los países, varía entre ellos en intensidad y frecuencia. Las diferencias pueden relacionarse con lo planteado por Prieto y su equipo en su estudio sobre el acoso escolar, donde se sostiene que en la escuela solo se reproducen, en formas peculiares, las tensiones de cada sociedad⁸⁹.

En Chile se han desarrollado dos instrumentos para medir los problemas de violencia en el ámbito escolar, aunque, debido a diferencias metodológicas, los resultados de dichos instrumentos no son comparables entre sí. La Encuesta Nacional de Violencia en el Ámbito Escolar⁹⁰, cuya tercera versión da cuenta que el 14,4% de los alumnos entrevistados, declara ser víctimas de hostigamiento permanente y de discriminación⁹¹. Mientras, según los resultados nacionales de la Encuesta sobre Agresión, Prevención y Acoso Escolar llevadas a cabo en 2011 y 2012, el 9% de los estudiantes de octavo básico y el 4,2% de los estudiantes de segundo medio declararon “*ser víctimas de acoso escolar y sentirse afectados por la situación*”⁹².

⁸⁸ Trianes, M., *La convivencia en contextos escolares*, Málaga, Aljibe, 2000. Citada en: Prieto, M., Carrillo, C. y Mora, J., *La violencia escolar: Un estudio en el nivel medio superior*, [en línea], *Revista Mexicana de Investigación Educativa (RMIE)*, oct-dic 2005, Vol. 10, Núm. 27. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.comie.org.mx/v1/revista/portal.php?criterio=ART00025&idm=es&sec=SC03&sub=SBB_pp.1027-1045.

⁸⁹ Prieto, M., Carrillo, C. y Mora, J., *La violencia escolar: Un estudio en el nivel...*, Op. cit.

⁹⁰ *Serie de tres estudios descriptivos que busca dimensionar y caracterizar los tipos de agresiones según agresores, agredidos, tipo de agresión y lugar. Con una definición de agresión bastante amplia, donde se incluyen agresiones sexuales, físicas, psicológicas, amenaza permanente, daño a la propiedad privada, discriminación y amenaza con armas. Encuesta probabilística y estratificada, de auto aplicación a 14.761 alumnos de séptimo a cuarto medio.*

⁹¹ Ministerio del Interior y Seguridad Pública, *Tercera Encuesta Nacional de Violencia en el Ámbito Escolar*, [en línea], 2009, [fecha de consulta: septiembre 2015], <http://www.seguridadpublica.gov.cl/file-sapp/presentacion-violencia-escolar-2009-web.pdf>

⁹² Se trata de una encuesta anónima de 34 preguntas aplicada en conjunto con el SIMCE a todos los alumnos de 4º, 8º y II medios, la que contiene preguntas dirigidas en forma general a caracterizar el clima de la convivencia escolar en los establecimientos escolares, y en particular a la agresión y el acoso en el contexto escolar. Ver: Ministerio de Educación, *Encuesta nacional prevención, agresión y acoso escolar, 8º básico SIMCE 2001*, [en línea]. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.mineduc.cl/usuarios/convivencia_escolar/File/Septiembre2012/201207301558020_Encuesta_nacional_prevenccion_agresion_acoso-escolar_2011.pdf y Agencia de Calidad de la Educación, *El 4,2% de los estudiantes de II medio declara haber sido víctima de acoso escolar*, [en línea], *Noticias*, 10 de septiembre de 2013. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.agenciaeducacion.cl/noticias/el-4-2-de-los-estudiantes-de-ii-medio-declara-haber-sido-victima-de-acoso-escolar/>

Que los niños y adolescentes logren denunciar es parte de la problemática del acoso escolar, debido a una suerte de normalización de la violencia que se va produciendo en la dinámica escolar. Según la investigación realizada en Chile por Maritgen Potocnjak, la organización social generada con la violencia, jerarquiza a los adolescentes a través de dinámicas de poder, donde se tiende a naturalizar el ejercicio de la violencia, especialmente como forma de defensa frente a las agresiones o descalificaciones⁹³. Esta situación se vería reafirmada en el Estudio Nacional de Violencia en el Ámbito Escolar, donde se denota que el 19,9% de los niños agredidos responde a la violencia con un insulto, el 17,9% con una agresión similar a la recibida y el 15,7% golpea de vuelta, todos porcentajes que suben a más de 20% si se observa exclusivamente la conducta de los varones. Solo un 15,6% de los niños agredidos le cuenta a su familia lo que le ocurre y un 10,9% a un profesor cuando ha sido víctima⁹⁴.

Entonces, si bien los niños tienen en Chile mecanismos para denunciar y para la mayoría de ellos éstos son conocidos, no necesariamente acuden a un adulto cuando participan de situaciones de acoso escolar⁹⁵. Según la investigación antes mencionada, esto se debería a que el acoso escolar es un fenómeno de alta complejidad, donde no solo interactúan alumnos, sino que es un sistema donde emergen dos grupos de actores involucrados, la interacción de dos mundos, uno adolescente y otro adulto. Es el espacio relacional de estos dos sistemas y entre distintos contextos (escolar, grupal, familiar) donde se configuran relaciones inhibitoras o favorecedoras de la violencia escolar. Dentro de estas últimas, se encuentra el hecho de que según los adolescentes los adultos no logran detectar sus necesidades de desarrollo emocional y social, por lo que ellos sienten que la mayoría de las veces la reacción desde los adultos hacia ellos es de desinterés, poco reconocimiento y poca atención a sus necesidades⁹⁶. Situación que también se vería reflejada en los datos entregados por los Resultados Nacionales de Agresión,

⁹³ Potocnjak, M, Berger, C., Tomacic, T., *Una aproximación relacional a la violencia escolar entre pares en adolescentes chilenos: Perspectiva adolescente de los factores intervinientes*, [en línea], *Psyche*, vol.20, Nº.2, Santiago, nov. 2011. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22282011000200004

⁹⁴ Ministerio del Interior y Ministerio de Educación, *Principales resultados del estudio...*, Op. cit.

⁹⁵ Agencia de Calidad de la Educación, *El 4,2% de los estudiantes...*, Op. cit.

⁹⁶ Potocnjak, M, Berger, C., Tomacic, T., *Una aproximación relacional a...*, Op. cit.

Prevención y Acoso Escolar de octavo básico, donde el 50% de los alumnos declara que los directivos y docentes no perciben las situaciones de acoso escolar. Sin embargo, vale resaltar que el mismo instrumento da cuenta que más del 70% de los entrevistados dice que cuando los profesores perciben las situaciones de acoso, toman medidas, intervienen y le explican a los alumnos qué hacer frente a estas situaciones.

3.3. Violencia sexual escolar

Acoso sexual escolar

Este tipo particular de acoso ha sido definido en forma didáctica, como “cualquier conducta sexual no querida y no bienvenida que interfiere con tu vida. El acoso sexual escolar son conductas que no te gusten o quieras”⁹⁷. Dentro de estas conductas se encuentran entre otras: hacer comentarios, bromas, gestos o miradas de tipo sexual; mostrar o publicar dibujos, fotos, textos con contenido sexual; decir que alguien es homosexual o lesbiana; espiar mientras alguien se viste o ducha; obligar a dar un beso u otra conducta sexual, etc.

En ese marco, un estudio de la American Association of University Women Educational Foundation, mostró que el 83% de las niñas y el 79% de los niños de entre 12 y 16 años sufría alguna forma de acoso sexual escolar⁹⁸. En Latinoamérica se ha visto que el acoso sexual en la escuela es un fenómeno también generalizado en muchos países, donde tanto educadores y niños comúnmente presionan a los alumnos/as y compañeros/as para hacerles respetar valores culturales y prácticas sociales que definen lo que significa ser “masculino” o “femenina”. Un método ampliamente difundido es usar palabras que sugieren que un niño está actuando como una niña o puede ser homosexual y que una niña está actuando como niño o puede ser lesbiana⁹⁹. Del mismo modo, se usa el llamar lesbiana a las niñas que se quejan de ser hostigadas o abusadas sexualmente por sus compañeros varones,

⁹⁷ AAUW Educational Foundation, *Hostile Hallways: bullying, teasing, and sexual harassment in school*, [en línea], Washington D.C., May 2001. [fecha de consulta: agosto 2015] <http://www.aauw.org/files/2013/02/hostile-hallways-bullying-teasing-and-sexual-harassment-in-school.pdf>.

⁹⁸ *Ibíd.*

⁹⁹ Naciones Unidas, *Informe del experto independiente para el estudio de...*, Op. cit.

como una forma de escarmiento, o lesbiana u homosexual a quien no contribuye o acepta la violencia sexual hacia otros¹⁰⁰.

En Chile, en los últimos años esta materia no ha sido identificada ni delimitada dentro de la temática del acoso escolar, por lo tanto no se han desarrollado políticas que permitan enfrentarla en forma particular. Sin embargo, vale considerar que el Cuestionario de Estudiante Simce 2012, incluyó una pregunta relativa a la temática y, según los Resultados Nacionales de Agresión, Prevención y Acoso Escolar, 2012, respondida por los segundos medios de todo el país, del porcentaje de niños, niñas y adolescentes que declararon ser víctimas de acoso escolar, el 10% refirió haber sido molestado por su orientación sexual y un 6% por ser hombre o ser mujer¹⁰¹.

Pero este acoso relacionado con la sexualidad, también se ejerce desde las instituciones escolares. Es el caso de la violencia por razones de género, en particular contra niños, niñas y jóvenes homosexuales, bisexuales y transgéneros, a quienes no se les permite desarrollar o dar cuenta de su identidad de género u orientación sexual¹⁰².

Investigando la violencia contra estudiantes lesbianas, gays, bisexuales y transgéneros en las escuelas estadounidenses, Human Rights Watch halló que *“cuando el profesorado y la administración de la escuela no actúan para evitar el hostigamiento y la violencia, transmiten el mensaje de que los alumnos pueden hostigar, y permiten que se forme un clima en el que éstos pueden sentirse con derecho a incrementar el hostigamiento contra los jóvenes homosexuales hasta llegar a actos de violencia física y sexual”*¹⁰³.

En Chile, si bien en el Decreto con Fuerza de Ley N° 2 del año 2009, del Ministerio de Educación, la temática de género no fue incluida de forma particular en ninguno de los principios fundamentales en los que se inspira, si se incorpora el principio de la diversidad. Dicha norma expresa en su artículo 4° que *“la educación es un derecho de todas las personas”* y que es *“deber del Estado de otorgar especial*

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ Agencia de Calidad de la Educación, *El 4,2% de los estudiantes...*, Op. cit.

¹⁰² Naciones Unidas, *Informe del experto independiente para el estudio de...*, Op. cit.

¹⁰³ Human Rights Watch, *Hatred in the Hallways: Violence and Discrimination against Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Students in U.S. Schools*, [en línea], 2001. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://www.hrw.org/reports/2001/uslgbt/toc.htm>

protección al ejercicio de este derecho". Del mismo modo, en su inciso final, da cuenta que "Es deber del Estado velar por la igualdad de oportunidades y la inclusión educativa, promoviendo especialmente que se reduzcan las desigualdades derivadas de circunstancias económicas, sociales, étnicas, de género o territoriales, entre otras"¹⁰⁴. En este marco, es responsabilidad del Estado de Chile, no solo que a ningún niño, niña u adolescente se le vea negado el ingreso o puesto en duda su permanencia en un establecimiento educacional por ser homosexual, bisexual o transexual, sino que también debe velar para que estos niños puedan desarrollarse normalmente y ser parte activa de la comunidad escolar a la cual pertenecen.

Agresión sexual escolar

Los estudios sugieren que la agresión sexual por estudiantes o incluso por docentes, es común en todo el mundo, en grados diversos¹⁰⁵. Según el Informe Escuelas Seguras: el derecho de cada niña, de Amnistía Internacional, la agresión sexual a manos de los compañeros es el extremo final de una serie de conductas que comienza con insultos y gestos de amenaza, a los cuales no siempre se le pone freno, debido a que a menudo los educadores las perciben como parte normal de la vida escolar¹⁰⁶.

Sin embargo, los profesores y otros adultos, no solo juegan el rol de inhibidores o facilitadores de agresiones sexuales entre estudiantes, sino que algunos de ellos haciendo mal uso del poder que tienen sobre NNA, se constituyen en sí mismos, en agresores sexuales¹⁰⁷.

Caracterizar el fenómeno de la agresión sexual en los colegios en Chile es complejo, primero porque no hay suficientes instrumentos que permitan estimarla y segundo, por la variación en la definición del fenómeno que se quiere medir. En el Estudio Nacional de Violencia en el Ámbito Escolar, tal como se define

¹⁰⁴ Chile, Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 2009, Educación, fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005. Publicado en Diario Oficial de 02 de julio de 2010. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://bcn.cl/1lz6u>

¹⁰⁵ Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de..., Op. cit.

¹⁰⁶ Amnistía Internacional, Escuelas Seguras, el Derecho de Cada Niña, [en línea], Madrid, 2008. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.amnistia.org.ar/sites/default/files/mat_y_doc_escuelas_seguras.pdf

¹⁰⁷ *Ibíd.*

en su metodología, se incluye en el concepto de agresión sexual, a los abusos sexuales, el intento de violación y la violación¹⁰⁸. En ese marco, el 1% de los alumnos encuestados dice haber sido agredido sexualmente en el ámbito escolar, sin mostrar diferencias estadísticamente significativas entre hombre o mujer, ni entre nivel socioeconómico¹⁰⁹. La encuesta no entrega información respecto a la relación entre la víctima y el victimario, por lo que estos podrían corresponder a agresiones adulto-niño o a agresiones entre pares.

Para completar la información, la encuesta entrega antecedentes respecto de los alumnos y docentes que declaran haber agredido sexualmente. Según los resultados obtenidos, de los estudiantes, el 1,2% de los hombres y el 0,3% de las mujeres declaran haber actuado como agresor, aunque la diferencia no demuestra ser estadísticamente significativa. Tampoco se muestran diferencias significativas en relación al nivel socioeconómico o a la edad¹¹⁰. Por su parte solo el 0,1% de los docentes varones declara haber agredido sexualmente en el ámbito escolar. Es necesario considerar que tal como lo plantea la encuesta, lo que se está midiendo es una conducta que constituye un delito, hecho que podría estar sesgando la información entregada.

En la misma línea el Informe de Denuncias 2012-2014 de la Superintendencia de la Educación, da cuenta que en los años considerados, hubo 947 denuncias de agresiones sexuales, lo que corresponde a aproximadamente el 2,5% del total de denuncias hechas a nivel nacional. De este total, 759 casos (80,2%) son agresiones sexuales que constituyen delito sexual¹¹¹.

IV. Violencia en los sistemas de protección

La CDN reconoce en su preámbulo, que para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad los niños y niñas deben criarse en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Dicha centralidad de la familia en la

¹⁰⁸ Ministerio del Interior y Ministerio de Educación, *Principales resultados del estudio...*, Op. cit.

¹⁰⁹ Si bien la encuesta diferencia por sexo, edad y nivel socioeconómico, no hace diferencia si la agresión sexual es entre pares o si es un adulto el que lleva a cabo.

¹¹⁰ Se utilizaron los siguientes tramos de edad: 10-13 años, 14-16 años y 17 años o más.

¹¹¹ Superintendencia de Educación, *División de Comunicaciones y Denuncias, Cifras de denuncias de...*, Op. cit.

crianza del niño y niña, debe mantenerse y propiciarse siempre, a excepción de aquellos casos en los que el interés superior del niño exija que no permanezcan en el medio familiar. En estos casos y también en aquellos en los que el niño se vea privado de su medio familiar (temporal o permanentemente) surge la obligación para los Estados de brindarles protección especial y cuidados que sustituyan la atención familiar. Lo que podrá incluso suponer la colocación del niño en un establecimiento o institución adecuada para su cuidado y protección¹¹².

Asimismo, en el caso de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, su institucionalización debe tener siempre el carácter de excepcional y no puede basarse ni justificarse única o exclusivamente en este motivo¹¹³.

En el caso que el niño requiera ser internado para su atención, protección o tratamiento de salud, se le reconoce por la CDN, el derecho a un examen periódico de su tratamiento y las condiciones y circunstancias de su internación¹¹⁴.

Respecto de la institucionalización de NNA en conflicto con la ley, su privación de libertad solo podrá decretarse como medida de último recurso, por el menor tiempo posible y siempre teniendo por objeto la pronta reintegración del niño a su medio¹¹⁵.

De este modo queda claro que a la luz de la CDN, las opciones alternativas a la atención institucional, que le permiten a los niños y niñas permanecer en casa y en la escuela, son preferibles a los procedimientos judiciales y la institucionalización¹¹⁶.

El Estado debe poner en marcha medidas legislativas y de otra índole para proteger a los niños de la violencia ejercida en las instituciones sociales, pues aunque estas entidades se crean para proporcionar atención, orientación, apoyo y protección, los niños se encuentran expuestos a diversos tipos de violencia como la que ejercen otros funcionarios, la violencia como tratamiento, la falta de cuidados y la violencia por parte de otros niños y niñas¹¹⁷.

¹¹² *Convención sobre los Derechos del Niño*, art. 20.

¹¹³ *Ibíd.*, art. 23.

¹¹⁴ *Ibíd.*, art. 25.

¹¹⁵ *Ibíd.*, art. 37.

¹¹⁶ *Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de..., Op. cit.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

Por otra parte, los niños están expuestos a pasar largos periodos de la vida internos en centros de acogida, cárceles, centros de detención de menores y reformatorios. Instituciones, que con frecuencia, no cuentan con sistemas efectivos de presentar reclamaciones, ni mecanismos de seguimiento e inspección, ni reglamentación y supervisión apropiadas por parte de los gobiernos¹¹⁸.

Según un estudio presentado en el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas, las razones de institucionalización varían en cada país. En países como Francia, Noruega y el Reino Unido, abuso y descuido o negligencia de los padres son la principal razón para la institucionalización, seguido por razones sociales como que los padres se encuentren presos.

En Chile, de los datos entregados en el Anuario Estadístico 2014 del Servicio Nacional de Menores¹¹⁹, se desprende que las principales razones para la institucionalización es haber sido víctima de abuso sexual, maltrato e inhabilidad parental¹²⁰.

Diversas autoridades en la materia han señalado la doble victimización que la mayoría de estos niños sufre; primero a razón de la vulneración de sus derechos, al ser abusados sexualmente o maltratados, y posteriormente al ser desarraigados de su familia y su comunidad, para ser internados en residencias del Sename. En Chile no habría “programas preventivos para el trabajo con las familias”, por lo que “la institucionalización no es el último recurso”¹²¹. Pues si bien es innegable que hay situaciones que requieren, por el bien superior del niño, que sea sacado

¹¹⁸ Unicef, *Protección infantil contra la violencia, la explotación y el abuso: Justicia para los niños*, [en línea]. [fecha de consulta: agosto 2015]. http://www.unicef.org/spanish/protection/57929_57999.html

¹¹⁹ Ministerio de Justicia, *Anuario Estadístico 2014*, [en línea], Sename, 2014. [fecha de consulta: agosto 2014]. <http://www.sename.cl/anuario-estadistico2014/ANUARIO-2014.pdf>

¹²⁰ Se consideraron los ingresos vigentes, de los programas CLA; CPE; CREAD Mayores; CREAD Lactantes y Preescolares; PRM; RAD; RÓD; RDC; REM; RÉN; RMA; RPA; RPL; RPM; RPP; RPR; RSP. Según información proporcionada por el Sename la inhabilidad parental, refiere a limitaciones externas o involuntarias sufridas por los adultos responsables de los NNA, tales como discapacidad o privación de libertad, impidiéndoles ejercer el cuidado y la protección debidamente.

¹²¹ Sra. Soledad Larraín, consultora del Área de Maltrato Infantil. Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename. Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013. Información disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?pmID=744

de su medio, en Chile habría “la tendencia a derivar a menores de edad al sistema residencial”¹²².

Tal como da cuenta el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas, el uso excesivo de la institucionalización genera grandes costos para los niños y niñas, sus familias y la sociedad. Una amplia investigación sobre el desarrollo infantil ha mostrado que los efectos de la institucionalización pueden incluir salud física deficiente, graves retrasos en el desarrollo, discapacidad y daño psicológico potencialmente irreversible. Los efectos son más severos cuanto más tiempo se prolongue la institucionalización y cuanto más deficientes son las condiciones de la institución¹²³.

Ambas situaciones se cumplen en Chile. Según el Anuario 2014 del Sename solo el 2% de los niños y niñas habían sido cedidos en adopción o se encontraban en situación de abandono, mientras el 98% restante no son niños abandonados por sus familias, ni ingresan por esta razón al sistema de residencias, y sin embargo, permanecen en él en promedio 2,7 años¹²⁴. Hecho que se produce porque el tipo de intervención de las residencias y el escaso trabajo con la familia de origen, impide al niño a volver a su hogar¹²⁵.

Por otra parte, las condiciones de las residencias tampoco son las más adecuadas. Las encuestas aplicadas por el Sename el año 2011 y la Unicef en el año 2012, dan cuenta de que los niños en las residencias son víctimas de gravísimas vulneraciones a sus derechos, entre las que se encuentran: inexistencia de plazo en sus medidas judiciales y ausencia de objetivos de intervención; desarraigo de su medio comunitario por falta de oferta en su territorio (niños a más de 300 o 400 kilómetros de su familia, por tanto el trabajo con la familia se hace imposible); separación de hermanos por criterio de edad y género en las residencias; carencia de planes

¹²² Sra. Rosa Ortiz, experta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename. Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013. Información disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmlD=744

¹²³ Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de..., Op. cit.

¹²⁴ Cálculo propio realizado a partir de los datos del Anuario Estadístico 2014, Sename.

¹²⁵ Matías Marchant, psicólogo de la Corporación Casa del Cerro. En la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename. Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013. Información disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmlD=744

de intervención individual (afectando la posibilidad de intervención integral y restitución del derecho a vivir en familia); falta de atención médica requerida ante graves situaciones de salud; grandes carencias en el ámbito de la salud mental; institucionalización prolongada e injustificada, declaraciones de susceptibilidad de adopción sin enlace (donde se simulaba el abandono) e incumplimiento de estándares mínimos para el funcionamiento de las residencias¹²⁶.

Todas estas situaciones fueron corroboradas en el informe de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores (Sename) de la Cámara de Diputados y consignadas como violencia institucional, por diversos profesionales en dicha Comisión.

La situación que viven los niños con discapacidad en las instituciones residenciales, es aun más compleja, ya que además de todas las formas de violencia que pueden darse en las instituciones, se ha visto que los niños con discapacidad pueden ser objeto de violencia bajo la apariencia de tratamiento médico, como es el uso de drogas para controlar el comportamiento de los niños y hacerlos más “obedientes”. Del mismo modo, los niños con discapacidades o bebés son abandonados en sus camas o cunas durante períodos prolongados sin que tengan ningún tipo de contacto humano o estímulo, pudiendo causarles graves daños físicos, y psicológicos¹²⁷.

En Chile las personas en situación de discapacidad, ingresan en particular a tres programas especialmente dirigidos a ellos y constituyen el 5,8% de los casos institucionalizados¹²⁸. Según datos entregados por el Sename, la principal causa de internación es la incapacidad de los padres para cuidar a sus hijos información que devela la carencia de programas sociales de cuidado y de conciliación familia-trabajo, que permita apoyar a la familia en su labor cuidadora y formadora¹²⁹.

¹²⁶ Ambas encuestas fueron analizadas en la Comisión Investigadora del Sename en la Cámara de Diputados, pero no se encuentran disponibles. Para mayor información ver: Unicef, Levantamiento y unificación de información referente a niños, niñas y adolescentes en sistema residencial a nivel nacional, [en línea], 12 de julio de 2013. [fecha de consulta: agosto 2014]. http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Descripcion_Proyecto_Levantamiento_y_unificacion_de_informacion.pdf

¹²⁷ Unicef, *Protección infantil contra la violencia...*, Op. cit.

¹²⁸ Ministerio de Justicia, *Anuario Estadístico 2014...*, Op. cit.

¹²⁹ Sename ha caracterizado estos casos bajo tres causas: inhabilidad parental, incapacidad para ser cuidado por sus padres, abandono y negligencia.

Además, vale mencionar, que en relación con el tiempo de permanencia de NNA con discapacidad grave en residencias; el 15,1% de estos pasa entre 5 y 10 años en estas residencias, y el 67,5% pasa más de 10 años en ellas, constituyéndose la institucionalización en una forma de vida para muchos niños e incluso adultos, siendo un impedimento para su incorporación activa y plena a la sociedad.

Abuso sexual en niños institucionalizados

El Informe Mundial sobre la Violencia contra Niños y Niñas, plantea que se ha documentado que los niños que viven en instituciones tienen una probabilidad casi cuatro veces mayor de sufrir violencia sexual que aquellos que tienen acceso a alternativas de protección basadas en el cuidado familiar¹³⁰.

En Chile los niños son objeto de doble victimización. Según se desprende de los datos del Anuario Estadístico 2014 del Sename, una de las principales causas para la institucionalización de los niños es haber sido víctima de abuso sexual y maltrato. A esto se suma el hecho de que las encuestas aplicadas por Sename el año 2011 y por Unicef el 2012, muestran que los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en acogimiento residencial eran víctimas de graves vulneraciones a sus derechos, entre estos, abusos sexuales. Así en la encuesta del 2011 se registraron 409 casos de abuso sexuales en NNA por parte de personas adultas (de las residencias o por adultos en las visitas a las familias) o por parte de otros niños, niñas y adolescentes.

“En el grupo de los niños de 7 a 12 años que encuestaron en todo Chile y que respondieron cuestionarios que no eran anónimos, el 7,8% (157 niños), afirmaron que alguien (no se precisa si un adulto de la residencia u otro niño) les había tocado partes íntimas de su cuerpo, mientras “un 5,2%, (105 niños), señalan que le han hecho tocar las partes íntimas del cuerpo de otra persona”. Respecto de los niños entre 13 y 18 años, el 4,1% (81 niños), señalaron que alguien le tocó las partes íntimas de su cuerpo, mientras un 3,3% (66 niños), afirmaron que le han hecho tocar las partes íntimas del cuerpo de otra persona”¹³¹.

¹³⁰ Citado por Soledad Larraín, consultora de maltrato Infantil para la Unicef, en la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename. Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013.

¹³¹ Diputado René Saffirio, información citada en la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename, Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013. Información disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmID=744

Además, durante la investigación que llevó a cabo la Comisión Investigadora del Sename en la Cámara de Diputados, se revisaron casos donde las familias daban cuenta de la gran cantidad de barreras que encontraron en el mismo Servicio cuando ellos quisieron alertar a las autoridades del abuso sexual del que habían sido víctima sus niños, mientras estuvieron internos en las residencias del Servicio. También, cuando interpusieron la denuncia respectiva, haciendo no solo todo el proceso más engorroso de lo necesario, sino además con la angustia asociada a saber que los niños seguían internos y expuestos a que se mantuviera la situación de abuso sexual¹³².

Luego de analizar toda la información, la Comisión definió que *“el abuso sexual de niños y adolescentes dentro de las residencias no sólo existe, sino que es una realidad instalada en el sistema residencial, mientras los responsables y autoridades competentes no lo consideran un problema gravísimo requerido de urgente atención y resolución, sino que a juzgar por los testimonios recogidos, lo estiman como un hecho casi consustancial a la vida en residencia, como una especie de “normalidad” que no queda más remedio que padecer”*¹³³.

A razón de los resultados de las encuestas y a modo de prevenir e intervenir en casos de abuso sexual, en agosto de 2013, la Unicef recomendó al Ministerio de Justicia la intervención en las residencias definidas como de alto riesgo y la capacitación de todo el personal de las residencias en la implementación de protocolos de prevención, detección y denuncia de situaciones de maltrato y abuso sexual¹³⁴. Por su parte la jefa del Departamento de Protección de Derechos del Sename, dio cuenta a la Comisión Investigadora del Sename, que a partir de enero del año 2013 se estaba trabajando en una comisión interna para elaborar un documento denominado *“Prevención del Abuso Sexual en el Contexto Residencial”*, que servirá de apoyo a los centros residenciales para manejar el tema de abuso sexual.

¹³² Antecedentes entregados en el marco la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename, Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013-24 de Marzo 2014. Información disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmlD=744

¹³³ Conclusiones de la Comisión Especial Investigadora del Funcionamiento del Servicio Nacional de Menores, Sename, Cámara de Diputados. 31 de julio de 2013-24 de Marzo 2014. Información disponible en: https://www.camara.cl/trabajamos/comision_portada.aspx?prmlD=744

¹³⁴ Antecedentes entregados en el marco de la Comisión Especial..., Op. cit.

V. Violencia en los sistemas de justicia

Los NNA entran en contacto con los sistemas de justicia de muchas formas, ya sea como víctimas, porque están en conflicto con la ley o como partes en un proceso judicial. Sin embargo, muchos sistemas de justicia carecen de procedimientos, infraestructura y personal capacitado, dirigidos específicamente al trabajo con niñas, niños y adolescentes, debido a la falta de recursos o de voluntad política¹³⁵. Estas carencias se evidencian con especial fuerza para los casos de delitos sexuales que los afectan.

El objeto de este apartado es poner en evidencia la complejidad que encierra el proceso de denuncia, investigación, formalización y condena de los delitos sexuales contra NNA en Chile.

Las agresiones sexuales son delitos muy particulares, por los graves efectos que producen en las víctimas, sus familiares y la comunidad en general. Desde la victimología, es posible observar que las personas que han sufrido agresiones sexuales son víctimas en varios niveles. Los NNA, viven el ser víctima del delito sexual en sí, siendo confrontados a una sexualidad, para la cual no siempre poseen los elementos que les permiten elaborar lo que está pasando. Confusión que aumenta por la ambigüedad del abusador, quien intenta presentar el abuso como normal y legítimo en la relación entre adultos y niños en la familia¹³⁶. Posteriormente, sobreviene la confusión de sentimientos en el proceso de denuncia a un familiar o una persona que es querida, generando desunión y conflicto en la familia¹³⁷. Esto, en conjunto con que en muchos casos se van generando, directa o indirectamente, conductas y discursos tendientes a neutralizar los efectos de la divulgación, ya sea por parte de miembros de la familia o del entorno. A lo anterior se suma el hecho de que se suele estigmatizar a la víctima, responsabilizándola y avergonzándola por lo ocurrido¹³⁸.

¹³⁵ Unicef, *Protección infantil contra la violencia...*, Op. cit.

¹³⁶ Barudy, J., *El dolor invisible de la infancia: una lectura ecosistémica del maltrato infantil*. Barcelona. Editorial Paidós. 1999.

¹³⁷ Blanco, A., Rojas, M., *La retractación en el ámbito forense en casos de agresión sexual: Descripción a partir de un caso*. En: Navarro, C., Capella, C. (Comp.), *Agresiones Sexuales: Reflexiones acerca de las intervenciones psicológicas*. Universidad de Chile. Facultad de Ciencias Sociales. 2009.

¹³⁸ Barudy, J., *El dolor invisible de la...*, Op. cit.

Finalmente es el propio sistema judicial el que vuelve a victimizarlo, añadiendo una frustración respecto de las expectativas de protección y justicia (victimización secundaria). Esto, pues los NNA en el proceso de búsqueda de justicia frente a una agresión sexual se enfrentan muchas veces al desarraigo de su familia, a que se cuestione su testimonio, se les interrogue varias veces obligándolos a revivir el trauma, se le exponga a su agresor, se cierren las causas por falta de pruebas, entre otras tantas realidades que se les presentan¹³⁹.

Además, los NNA se enfrentan a un sistema judicial que llega a condenas con penas privativas de libertad en un porcentaje muy bajo de los casos, en un tipo de delito, donde la impunidad facilita, o al menos no inhibe, a agresores dispuestos a cometer este tipo de delitos¹⁴⁰.

Un fenómeno importante de considerar es la negación y retractación que se produce en las víctimas de violencia sexual.

El hecho de que el abuso sexual de niños se da principalmente en contextos familiares, hace que la mayoría de los niños se encuentre en una particular situación de vulnerabilidad e indefensión, que les dificulta develar la situación de abuso. El psiquiatra Roland Summit ha desarrollado un modelo, constituido por cinco categorías con el que intenta explicar esta situación. El niño es agredido por alguien en quien confía, y quien le impone de forma sutil o amenazadora el mantener el *secreto* de algo que el niño comprende como malo y peligroso. Seguido por la *indefensión* y subordinación dentro de figuras autoritarias, que llevan a que el niño se vea a sí mismo *atrapado* en una situación que parece inescapable, donde se siente indefenso, pero a la cual debe acomodarse.

En este marco, la mayoría de las agresiones sexuales infantiles nunca son develadas por parte de las víctimas, y si lo hacen es una *develación tardía* y con relatos poco convincentes. Una vez que lo hacen, descubren que los miedos y amenazas que sustentaban el secreto, se tornan reales. A menos de que la víctima se encuentre

¹³⁹ Policía de Investigaciones de Chile, Centro de Asistencia a Víctimas..., Op. cit.

¹⁴⁰ Ver: National Sexual Violence Resource Center (NSVRC). [fecha de consulta: septiembre 2015]. <http://www.nsvrc.org/>

con un sistema de apoyo al momento de develar, seguirá el camino normal y se retractará “como un intento de deshacer el daño y restaurar el equilibrio”¹⁴¹.

El modelo de Summit, ha sido resistido por variados autores, quienes argumentan que tiene limitaciones técnicas, ya que hasta el momento no se ha podido demostrar científicamente, con información contrastable, que todos los niños victimizados pasen por dichos estados. A través de un estudio realizado en Sorensen y Snow se postula otro modelo, que incluye cuatro fases progresivas para la develación. El primero de ellos es la *negación*, ya que al menos tres cuartos de los niños examinados (72%) habrían negado la situación abusiva. Esta fase era más frecuente cuando los niños eran interrogados inicialmente por un padre o figura significativa o interrogados en un proceso investigativo formal. Sólo el 7% de los niños que pasaba por la fase de negación, hacía un movimiento directo a la segunda fase de *develación activa*, la que implica la disposición de los niños a dar un relato detallado, coherente y en primera persona respecto a la situación abusiva. Sin embargo, la mayoría de ellos pasaba por una etapa intermedia de *develaciones tentativas*, cuyas principales formas de manifestación fueron: olvidar, distanciarse, minimizar y disociarse.

Pese a que se realizaba una develación, en un 22% de los casos los niños se retractaron de sus dichos. En varios casos negaron tener responsabilidad por sus develaciones previas, diciendo que alguien más les dijo que realizaran esas declaraciones. Finalmente, de los niños que se retractaron, un 92% pasó a la siguiente fase de *reafirmación* de su relato¹⁴².

5.1. Sobre la denuncia de los delitos sexuales en Chile

A nivel internacional, los delitos de abuso sexual y violación, son los más denunciados e investigados de los delitos sexuales contra NNA. Por su parte los delitos como la trata y explotación sexual, así como la elaboración y difusión de

¹⁴¹ Summit, R., *The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome*. *Child Abuse & Neglect*, 7, 177-193, 1983. Citado en: Gutiérrez, C. y Steinberg, M., *Caracterización del proceso de develación de niños, niñas y adolescentes chilenos víctimas de agresiones sexuales. Memoria para optar al Título de Psicóloga. Universidad de Chile, [en línea], Julio 2012. [fecha de consulta: agosto 2015]. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112620/cs39cgm1045.pdf?sequence=1>*

¹⁴² Sorensen, T., Snow, B. *How children tell: The process of disclosure in child sexual abuse*. *Child Welfare League of America*, 70 (1), 3-15, 1991. Citado en: Gutiérrez, C. y Steinberg, M., *Caracterización del proceso de develación...*, Op. cit.

material pornográfico - a pesar de lo frecuentes que son -, solo son denunciados e investigados en una pequeña proporción, y pocos autores son finalmente procesados, generando una sensación de impunidad¹⁴³.

En Chile, casi el 70% de los delitos de connotación sexual contra menores de edad denunciados en el período 2008-2014 corresponde al delito de abuso sexual. En particular al abuso sexual a menor de 14 años (con contacto), que representa un 24% de la denuncias.

TABLA 1. TIPOS DE DELITOS SEXUALES DENUNCIADOS CON VICTIMAS MENORES DE EDAD (AÑOS 2008 - 2014)			
TIPO DE DELITO	N°	%	
Abuso sexual impropio mayor 14 años/menor 18 (sin contacto corporal) Art. 366 inc 4	4.016	8,9	
Abuso sexual mayor 14 años/menor 18 con circunstancias de estupro. Art.366 inc 2	3.658	8,1	
Abuso sexual calificado (con objetos o animales) Art. 365 bis	321	0,7	
Abuso sexual de mayor de 14 años (con circunstancias de violación) Art. 366	2.774	6,2	
Abuso sexual impropio de menor de 14 años. Art. 366 quáter	8.464	18,8	
Abuso sexual menor de 14 años (con contacto) Art. 366 bis	10.937	24,3	
Adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil. Art. 374 bis inc 2	377	0,8	
Comercialización mat. pornográfico elaborado utilizando menores de 18 años	26	0,1	
Estupro	2.501	5,6	
Obtención de servicios sexuales de menores. Art. 367 ter	178	0,4	
Producción de material pornográfico utilizando menores de 18 años	499	1,1	
Promover o facilitar prostitución de menores. Art. 367	8	0,0	
Promover o facilitar entrada o salida del país para prostitución	689	1,5	
Violación de mayor de 14 años. Art. 361	3.967	8,8	
Violación de menor de 14 años. Art. 362	6.648	14,8	
TOTAL DELITOS	45.063	100	

Fuente: Elaboración propia, en base a datos Ministerio Público.

¹⁴³ Naciones Unidas, Informe del experto independiente para el estudio de..., Op. cit.

Desde el punto de vista de la edad de la víctima, una primera mirada a las cifras muestra que del total de denuncias, se verifica un mayor número de denuncias de delitos sexuales contra menores de 14 años (casi el 60%). Parece interesante entonces poder profundizar, en futuras investigaciones, respecto de las razones que explicarían el menor número de denuncias de estos delitos que tienen por víctima a los adolescentes. Finalmente, cabe destacar que los delitos menos denunciados corresponden a la promoción o facilitación de la prostitución de menores, la obtención de servicios sexuales de menores, la comercialización de material pornográfico, y la adquisición o el almacenamiento de material pornográfico infantil.

Según los datos entregados por el Ministerio Público, el perfil de los delitos que se verifica a nivel nacional, no presenta grandes diferencias a nivel de las regiones del país. Un caso particular es el de abuso sexual a menor de 14 años (con contacto), delito que siendo el que con mayor frecuencia se denuncia, varía entre el 20% en la Tercera Región y el 34% en la Primera Región.

5.2. Sobre el término de las causas por delitos sexuales en el sistema judicial chileno

Dadas las características de los delitos sexuales contra menores, donde: a) mayoritariamente el perpetrador es un familiar o cercano de la víctima; b) el acto cometido en la mayoría de los casos no deja evidencias físicas (y por tanto no se dispone de una prueba directa del abuso); c) por lo general, son casos que ocurren en lugares privados como el hogar de la víctima o del agresor (por lo que no existen testigos presenciales de los hechos), muchas veces se cuenta solo con una única prueba, que es el propio relato de las víctimas, quienes, en su mayoría, son menores de edad. Este tipo de delito se constituye en un gran desafío y una gran dificultad para el sistema judicial, acostumbrado a la prueba material como única evidencia, lo que lleva muchas veces, al cierre de las causas y a que el niño siga en contacto con el agresor, manteniendo un estado de vulnerabilidad, y una alta posibilidad de que ocurra un nuevo abuso¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Blanco, A., Rojas, M., *La Retracción en el ámbito forense en casos de agresión sexual: Descripción a partir de un caso*. En: Navarro, C., Capella, C. (Comp.), *Agresiones Sexuales: Reflexiones acerca de las intervenciones psicológicas*, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 2009.

En Chile, según datos entregados por la Fiscalía, entre los años 2008 y 2014, hubo 63.798 causas terminadas por delitos de connotación sexual contra menores de edad. De estas el 55,6% tuvo “término facultativo”, es decir no intervino un tribunal, y fue el fiscal quien tomó la decisión de no perseverar con la causa, ya sea por no contar con los antecedentes suficientes, o simplemente porque debido a determinadas circunstancias, se decide su archivo en forma provisoria. Del resto, solo el 34,3%, un poco más de un tercio del total de causas terminadas, llegan a salida judicial¹⁴⁵.

De estas últimas, casi 22 mil causas terminadas con salida judicial, solo 9.500 llegaron a sentencia definitiva condenatoria. Dicho de otro modo, solo el **15%** del total de las causas terminadas en el periodo 2008-2014 llegó a una sentencia definitiva condenatoria, y por tanto hubo alguna pena asignada al agresor.

Según los datos entregados por Fiscalía, algunos delitos, por sus características, tienen mayores probabilidades de obtener condena. Entre ellos se encuentran, promover o facilitar la prostitución, donde el 41% de las causas terminadas por este delito, tiene sentencia definitiva condenatoria. Del mismo modo, de las causas por comercialización de material pornográfico terminadas, el 33% obtiene sentencia definitiva condenatoria. Finalmente, en relación a la obtención de servicios sexuales de menores, el 28% de las causas terminadas tiene sentencia definitiva condenatoria.

Sin embargo, estos altos porcentajes de condena, pueden estar dados por la baja cantidad de causas tramitadas en estos delitos, por lo que sería necesario hacer un seguimiento a más largo plazo para verificar esta tendencia. En cambio, entre los delitos que tienen menos probabilidades de obtener sentencia definitiva condenatoria se encuentran el estupro 6%; el abuso sexual impropio en mayores de 14 y menores de 18 (sin contacto físico) 10%; y la violación a mayor de 14 años, también con un 10%.

¹⁴⁵ Un 10% está clasificado por Fiscalía como causas terminadas con “otros términos”.

TABLA 2. PORCENTAJE DE CAUSAS TERMINADAS CON SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA EN DELITOS SEXUALES CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD (AÑOS 2008-2014)

TIPO DE DELITO	Total causas terminadas	Causas terminadas con Sentencia condenatoria	%
Abuso sexual impropio mayor 14 años/menor 18 (sin contacto corporal)	5.034	530	10,5%
Abuso sexual mayor 14 años/menor 18 con circunstancias de estupro	4.467	523	11,7%
Abuso sexual calificado (con objetos o animales)	324	68	21,0%
Abuso sexual de mayor de 14 años (con circunstancias de violación)	3.284	361	11,0%
Abuso sexual impropio de menor de 14 años	13.078	2.018	15,4%
Abuso sexual menor de 14 años (con contacto)	17.435	2.910	16,7%
Adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil	356	53	14,9%
Comercialización material pornográfico elaborado utilizando menor de 18 años	27	9	33,3%
Estupro	3.313	191	5,8%
Obtención de servicios sexuales de menores	168	48	28,6%
Producción de material pornográfico utilizando menores de 18 años	478	98	20,5%
Promover o facilitar prostitución de menores	5	2	40,0%
Promover o facilitar entrada o salida del país para prostitución	650	65	10,0%
Violación de mayor de 14 años	4.980	529	10,6%
Violación de menor de 14 años	10.199	2.133	20,9%
TOTAL DELITOS	63.798	9.538	15,0%

Fuente: Elaboración propia, en base a datos Ministerio Público.

Si bien el marco legal chileno ha avanzado para dar respuesta a las víctimas de estos delitos, a la luz de los datos analizados, los procedimientos investigativos que se han desarrollado no son suficientes. En la actualidad las distintas instituciones que participan del sistema judicial registran de manera independiente los datos, organizando la información bajo criterios diversos. Es importante avanzar hacia un mecanismo de registro en línea, que permita hacer el seguimiento individualizado

de los casos desde su denuncia hasta su término, y que permita su actualización permanente, durante las distintas etapas del proceso de investigación y juzgamiento.

Una base de datos con estas características, permitiría obtener información hoy no disponible, tales como: relación entre víctima y agresor, duración de la causa en el sistema, desde su ingreso a través de denuncia hasta su cierre, si ha existido retractación de la víctima durante el proceso, si se ha presentado más de una denuncia o nuevas denuncias respecto de un mismo agresor, etc. Ello ayudaría a dar cuenta de mejor forma del fenómeno de la violencia sexual contra NNA en nuestro país, lo que conllevaría entonces, a desarrollar políticas de prevención y de reparación adecuadas a las necesidades de nuestra población. Además, nos permitiría realizar un proceso de evaluación y seguimiento de las mismas en el tiempo, lo que contribuiría a su actualización y mejora, de acuerdo a la realidad en un momento y contexto dado.

Por otra parte sería necesario desarrollar protocolos de cooperación entre las diversas entidades que trabajan en la temática, para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y seguimiento de los casos de violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, con el fin de mejorar la respuesta que el sistema ofrece a los NNA víctimas de violencia sexual, agilizando los trámites y haciéndolos más efectivos, disminuyendo la *revictimización*.

En este sentido vale considerar las sugerencias que se hacen en el Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas respecto de los sistemas de justicia, donde se recomienda asegurar que estos sean sensibles a las necesidades de los niños, las niñas y de sus familias, siendo fundamental que todos los procesos de investigación y procesales tengan en cuenta las necesidades de estos niños y niñas en función de su edad, sexo, capacidad y nivel de madurez, así como que respeten plenamente su integridad física, mental y moral¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Naciones Unidas, *Informe del experto independiente para el estudio de...*, Op. cit.



Del secreto y la desprotección a la develación, el impacto social y la acción legislativa

Lautaro Muñoz Tamayo*

I. Introducción

La historia del perfeccionamiento de la legislación chilena sobre violencia sexual en contra de niños, niñas y adolescentes se ha dado en un marco social de develación de un tema que el país tuvo durante mucho tiempo escondido bajo la alfombra. Es la historia de la luz que entra en el terreno de oscuros secretos de familia, de la irrupción de lo históricamente sometido al ámbito privado para aparecer en lo público como una vergüenza colectiva de la sociedad.

Este camino fue acompañado por el abrupto ingreso del tema en la agenda pública y en la de los medios de comunicación. La prensa acompañó el proceso legislativo y muchas veces hizo públicas preocupaciones ciudadanas antes que éstas se concretaran en proyectos de ley.

La relación entre la labor legislativa y la cobertura mediática no siempre ha sido amable, pero en el caso de las iniciativas punitivas, la prensa acompañó la tramitación en el Congreso sin ocultar su respaldo a que se endurecieran las sanciones. La difusión de los testimonios de víctimas y familiares ayudó a crear mayor conciencia social en la comunidad nacional sobre la necesidad de tener un mejor sistema para la sanción de la violencia sexual que afectaba a la infancia.

Aunque no siempre fue cuidadosa en respetar el interés superior de las víctimas, la prensa sí tuvo un rol relevante en apurar los procesos y mantener al país al tanto del trabajo legislativo sobre esta materia.

* *Periodista de la Universidad de Chile, Postulado en Criminología (Pontificia Universidad Católica de Chile) y en Comunicación y Políticas Públicas (Universidad de Chile). Fue Jefe Nacional de Comunicaciones del Ministerio Público. Actualmente se desempeña como periodista de la Sección de Difusión de Contenidos Legislativos del Departamento de Servicios Legislativos y Documentales de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Docente en Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez.*

II. El retorno a la democracia

En 1990, la democracia emergente tenía muchísimas urgencias, luego de más de dieciséis años en los que el Congreso Nacional estuvo clausurado. En ese contexto, la ausencia de una preocupación por la infancia se mantuvo, lo que pareciera obedecer a las lógicas de la transición. Las demandas que sirvieron de plataforma para el triunfo del No, en el plebiscito de 1988, y la victoria presidencial de Patricio Aylwin Azócar en 1989, tenían más que ver con la justicia en el ámbito de los derechos humanos y el desarrollo de una democracia estable que pudiera hacer realidad la promesa de superar el autoritarismo. No eran tareas fáciles y así lo asumió tanto el primer gobierno de la nueva democracia como los que vinieron.

Sobre las columnas del Congreso Nacional, inaugurado en Valparaíso, había un tremendo peso del cual hacerse cargo. La alegría que se había anunciado debía traducirse en leyes que recogieran los grandes anhelos nacionales. Era también un Congreso especial, con nueve senadores designados, que alteraban su representación democrática.

En este contexto, durante los primeros años de la democracia revivida, el tema de la violencia sexual contra la infancia estuvo prácticamente ausente del debate parlamentario, hasta que en 1993 el Presidente de la República Patricio Aylwin, presentó un proyecto de ley que planteaba una revisión general de los delitos sexuales. El foco del texto no estaba orientado a los niños, niñas y adolescentes, sino que apuntaba a revisar la legislación sobre violación en su globalidad¹. Esa iniciativa sólo se convirtió en ley el 17 de septiembre de 1999.

Había en el mensaje presidencial de aquel proyecto un reconocimiento de que se trataba de un asunto que la sociedad chilena no había asumido y una clara alusión a la percepción social que existía entonces de los delitos sexuales, que los ubicaba en el ámbito de los agresores en serie, lejanos a la víctima.

“Los resultados de los estudios permiten concluir, fundadamente, que existen graves errores en la percepción y apreciación pública del fenómeno de la violencia sexual en Chile, atribuyéndose ésta, de modo determinante, a ofensores

¹ Ver: Boletín N° 1048-07 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación. Fecha de ingreso: 03 de agosto de 1993.

extraños, antisociales y marginales y suponiéndose circunstancias infrecuentes en la comisión de los delitos, como la extrema y necesaria violencia y su ocurrencia en lugares y horarios en sí peligrosos”².

En efecto, el imaginario social al comenzar la última década del siglo XX, ubicaba a los agresores sexuales como personas lejanas al entorno de las víctimas, las que eran identificadas como mujeres. El caso de los llamados psicópatas de Viña del Mar, que remeció al país en los ochenta, era quizás el emblema de esa percepción: hombres desconocidos por las agredidas que cometían violaciones en lugares solitarios. Las medidas de resguardo eran claras y se sugerían especialmente a las mujeres: “no andes sola en lugares oscuros”, “protégete de los psicópatas”. La experiencia internacional, sin embargo, daba cuenta de que en la familia y los cercanos radicaba el mayor peligro.

“La mayoría de los abusos sexuales de niños se produce en el seno de la familia o grupo conviviente. En ese sentido cabe recordar que haber considerado históricamente como “privados” a la mayoría de los hechos producidos en el seno de la familia, significó un notable factor de impunidad”³.

Esa distinción entre lo público y lo privado se ve también en otros fenómenos delictuales como la violencia intrafamiliar. La frase “no meterse en pelea de casados” reflejaba por completo la disposición de la sociedad a no involucrarse en ciertos ámbitos que se entendían atinentes al mundo de lo “privado”. Mujeres y niños vivieron frecuentemente la indiferencia social ante las agresiones que sufrían. La sociedad asumía que quien tenía el poder en el hogar detentaba ciertas prerrogativas respecto de las cuales otras personas no podían intervenir.

Esa nefasta mezcla entre poder y privacidad se traducía muchas veces en violencia al interior de las familias que no era denunciada. La indefensión era casi total en el caso de los niños.

La deuda del Estado de Chile con los niños, las niñas y los adolescentes era enorme. La democracia nueva debía partir desde lo más básico en materia de infancia, como era eliminar de las leyes expresiones arcaicas y discriminatorias

² Boletín N° 1048-07, op. cit.

³ Rozansky, Carlos Alberto, *Abuso sexual infantil: ¿Denunciar o silenciar?*, Buenos Aires, Ediciones B, 2003, p. 42.

como el concepto de “hijo ilegítimo” con el cual se identificaba a los hijos nacidos fuera del matrimonio⁴. La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al ordenamiento jurídico nacional en septiembre del mismo año 1990, se encontró con muchas normas que no sólo no recogían sus directrices y contenidos, sino que derechamente eran opuestas a ella. A eso se unía la práctica habitual del castigo como elemento fundamental para la disciplina, y el ejercicio del poder sin contrapeso sobre la infancia. El proceso de adecuación normativa recién comenzaba, e incluso hoy, a veinticinco años de aquello, continúa plenamente vigente.

El proyecto de ley presentado por el Presidente de la República, que contaba también con la firma del ministro de Justicia, Francisco Cumplido, y la ministra directora del Servicio Nacional de la Mujer (Sernam), Soledad Alvear, se hacía cargo, por primera vez en una iniciativa de ley, de que la gran amenaza estaba más bien en el entorno de las víctimas.

Los primeros años del regreso a la democracia mostraban a una sociedad que ocultaba una terrible historia, la de muchos niños que no eran escuchados y la de secretos de familia que se guardaban dentro de las paredes del hogar. Había una infancia violentada que no salía en los medios, relatos en los que el ejercicio del poder de los adultos caía con todo su peso sobre niños, niñas y adolescentes. Había una deuda no sólo del sistema político, sino de la sociedad en general que por formación seguía considerando a los niños como objetos, como pertenencias de sus padres o cuidadores y no como sujetos de derechos.

III. La prensa irrumpe

La prensa de aquellos años comenzaba a informar cada vez con mayor frecuencia de los delitos sexuales cometidos contra niños por personas pertenecientes a su entorno. Sin embargo, el enfoque de los medios se movía en el viejo paradigma de la crónica roja, en el cual importa más la historia particular que las implicancias

⁴ Cabe recordar que uno de los avances más significativos que se produjeron en el Derecho de Familia chileno con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, fue la Ley N° 19.585 que introdujo importantes reformas en materia de filiación. Ver: Chile, Ley N° 19.585, modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación. Publicada en Diario Oficial de 26 de octubre de 1998. [fecha de consulta: 30 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m3w5>

sociales de los hechos. Así los medios se limitaban a privilegiar el relato atractivo del caso particular sin detenerse en el análisis del fenómeno desde lo social.

El estilo periodístico utilizado entonces se caracterizaba además por exaltar la figura del victimario como una persona digna de atención y por la poca relevancia que otorgaba a la víctima, salvo para mostrar relatos desgarradores que acumularan audiencias o lectores.

La visión de los medios acerca de los fenómenos delictuales como problemas sistémicos sólo se comenzó a presentar a mediados de los años noventa, con lo que puede denominarse como el enfoque de “seguridad ciudadana”, fuertemente influido por la decisión editorial del diario El Mercurio, cuyo propietario Agustín Edwards Eastman creó, en 1992, la Fundación Paz Ciudadana⁵.

Es materia de análisis si este nuevo enfoque realmente ha aportado a la comprensión social de los fenómenos criminológicos. Hay visiones críticas respecto al efecto que el nuevo paradigma trajo en la percepción social del delito. El aumento del temor ha sido una constante desde que los medios tomaron este enfoque sistémico. Sin embargo, lo claro es que más allá del debate acerca de si la cobertura mediática aumenta el temor o si lo que ocurre es que hay más delitos o mayor violencia, lo cierto es que la sociedad se informa a través de los medios de comunicación y sabe hoy mucho más acerca de los delitos que lo que conocía hace algunas décadas. Esto se acompaña con abundantes cifras, encuestas de victimización y el desarrollo de varios centros de estudios que evalúan constantemente el fenómeno delictual, sus consecuencias, lo que ocurre con las víctimas y las medidas de control social adoptadas.

En ese contexto, el impacto mediático de la violencia sexual contra la infancia también se fue incrementando en los noventa y se comenzó a informar cada vez con mayor frecuencia de las denuncias por abusos en las que los victimarios eran conocidos de las víctimas, muchas veces familiares directos.

⁵ *Fundación Paz Ciudadana se define como “una institución sin fines de lucro cuya misión es aportar con conocimiento (información, metodologías, herramientas) al diseño y evaluación de las políticas públicas para la seguridad ciudadana”. Desde su creación, ha sido tomada como autoridad en el diseño de las iniciativas para el control de la delincuencia, lo que incluye una participación relevante en el diseño de la Reforma Procesal Penal.*

Pero el homicidio del niño Víctor Zamorano Jones, ocurrido el 30 diciembre de 1992 en Lo Curro, daba cuenta de que también el peligro seguía presente en los círculos lejanos a las familias. Una banda delictual preparó un robo. Eran “monreros”, es decir, ladrones de casas. Pero en la ejecución del delito se toparon con el pequeño que dormía en su cama. Cupertino Andaur, un ya tradicional residente en los penales chilenos, violó al menor y lo mató.

El caso Zamorano tuvo de todo, entre errores en la investigación, filtraciones policiales a los medios que tergiversaron los hechos y el indulto conmutativo con el que el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle impidió la aplicación de la pena de muerte al homicida. Cupertino Andaur cumple presidio perpetuo, luego de más de 22 años en la cárcel sin haber recibido hasta hoy beneficios de cumplimiento extra penitenciario. Cuando fue sentenciado no existía el presidio perpetuo calificado. Eso implica que Andaur ya puede pedir la libertad condicional.

La pena de muerte fue durante la primera década de la nueva democracia uno de los grandes temas del debate público y parlamentario. En casos como éste, en que había violación con homicidio de niños, la polémica se encendía aún más.

El gobierno del Presidente Frei se topó con otra controvertida petición de indulto, cuando Juan Zenón Soto Campos fue condenado a muerte. El hombre residente en Talcahuano había violado y asesinado en 1996 a Elena Yáñez, de cinco años. Ubicaba a la niña a través de su abuelo, a quien había conocido en la cárcel. El condenado recibió el indulto conmutativo y mientras cumplía su pena de presidio perpetuo, murió como consecuencia de un cáncer en el año 2013.

Pero, más allá de esos casos emblemáticos, había una realidad que aún no era dimensionada por la opinión pública. En el mensaje del proyecto de ley presentado por el Gobierno en 1993, se daba cuenta de las cifras arrojadas por un estudio encargado por el Sernam a la Dirección de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile (DESUC). El análisis de sus resultados mostraba que se podía estimar que entre el 75% y el 90% de los casos de violencia sexual no eran denunciados, y que la mayor cantidad de víctimas en esa cifra negra eran niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, se revelaba que en el 71% de los casos había relaciones de parentesco, amistad o al menos conocimiento entre la víctima y el victimario. Es decir, se estaba frente a hechos en los que el peligro se encontraba principalmente en el entorno más cercano de los niños y no sólo en agresores externos.

Esta realidad ponía dificultades para probar los hechos, puesto que muchas veces las víctimas dependían física, emocional o económicamente del victimario, o bien, el hechor recibía protección de la familia de la víctima. En algunos casos, derechamente no se creía el testimonio del niño o sencillamente era muy difícil para el menor denunciar a una persona estimada por su familia o que era el sostén económico de la casa. Además, no existían los mecanismos para que el niño pudiera deducir directamente la denuncia cuando las personas encargadas de su cuidado no lo hacían.

La Ley N° 19.617, publicada en 1999, siguió considerando los delitos de connotación sexual como delitos contra el orden de la familia y contra la moralidad pública. No obstante ello, la norma amplió el concepto de violación entonces limitado a que la víctima fuese de sexo femenino. Se extendió al acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal de cualquier persona⁶. Asimismo, cambió la expresión *abusos deshonestos* por *abusos sexuales*.

La extensa tramitación del proyecto dio inicio a los debates no sólo sobre los delitos sexuales, sino que también a la discusión de asuntos que hasta hoy no están del todo resueltos, como los referentes a las minorías sexuales. De hecho, uno de los temas más discutidos en el marco del proyecto de ley fue el de la derogación del tipo penal que consideraba delito las relaciones sodomíticas, aun cuando se tratara de adultos y mediara consentimiento. Se escucharon entonces en el Congreso posiciones radicalmente contrarias al reconocimiento de la homosexualidad como una orientación sexual válida y legítima. Finalmente, se aprobó la despenalización de la sodomía entre adultos, pero se mantuvo para las relaciones en las que participaran menores de 18 años.

⁶ Chile, Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. Publicada en Diario Oficial de 12 de julio de 1999. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mkzs>

El debate sobre la pena de muerte cruzó la discusión de esta iniciativa en el Congreso, pero no fue resuelto con ella⁷. Adquirió más fuerza en 2000, cuando la Corte Suprema debió decidir si aplicaba la pena capital a Carlos Rubén Silva Valenzuela, quien violó y asesinó a Carlos Valverde Sanhueza, de 10 años, en la comuna de Coelemu. El tribunal máximo optó finalmente por aplicarle la pena de presidio perpetuo.

En los años de la larga tramitación, se presentó un caso que desnudó los vicios de discriminación presentes en el sistema penal y en la sociedad chilena. Los crímenes de las adolescentes de Alto Hospicio, campamento cercano a Iquique que se fue poblando hasta convertirse en una nueva ciudad.

Julio Pérez Silva violó y mató a 14 mujeres, en su mayoría adolescentes, entre 1998 y 2001, pero el caso se investigó durante meses con la tesis de que las adolescentes habían huido de sus casas voluntariamente, probablemente para ejercer el comercio sexual. Esa línea investigativa fue también presentada por los medios como probable. Al caer preso el llamado psicópata de Alto Hospicio, la sociedad chilena debió enfrentarse cara a cara con su peor imagen: la de la discriminación y la desprotección de la infancia y adolescencia vulnerable.

El autor de los crímenes, fue uno de los primeros condenados a la pena de presidio perpetuo calificado. Pero más allá del resultado del caso, lo que no se puede olvidar fue la tremenda indefensión en la que estuvieron por años las mujeres y adolescentes de Alto Hospicio cuando la policía no creía que había un homicida en serie involucrado.

Al final de la tramitación de la ley sobre violación el Presidente de la República envió un veto aditivo, aprobado por el Congreso. Eso permitió que se eliminara la posibilidad de que los condenados por los delitos de violación de menores de 12 años y de violación con homicidio de un menor de 12 años se pudieran acoger a penas sustitutivas como las de libertad vigilada, remisión condicional o reclusión nocturna. Además, para postular a la libertad condicional se exigió a los

⁷ *La pena de muerte fue objeto de otro proyecto que terminó en 2001 con la promulgación de la Ley N° 19.734, que eliminó la pena capital y estableció el presidio perpetuo calificado, pena que ya se ha aplicado a varios casos de violación con homicidio y que sólo permite aspirar a la libertad condicional luego de que el condenado cumple 40 años de presidio efectivo. Ver: Chile, Ley N° 19.734, deroga la pena de muerte. Publicada en Diario Oficial de 05 de junio de 2001. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1nhmk>*

condenados por violación de menores de 12 años el cumplimiento de al menos dos tercios de la pena.

La Ley N° 19.617 tuvo varios logros importantes. En primer lugar, extendió al varón la condición de víctima de violación, siguiendo una tendencia internacional que apunta a sancionar tal conducta y a romper el silencio de la sociedad en torno a este tema.

El Congreso Nacional acordó también el cambio de la ubicación en el Código Penal del delito de incesto, que quedó fuera de los delitos sexuales. Hubo parlamentarios que estuvieron derechamente por la despenalización del incesto consentido entre adultos, pero finalmente se le mantuvo como delito, pero apartado de aquellos que afectan la integridad sexual, puesto que se trata de un tipo penal vinculado a la protección del orden de las familias. Asimismo, se eliminó el concepto de corrupción de menores de edad y quedó sólo el de prostitución de menores.

Otro punto abordado por la ley fue el perfeccionamiento de las sanciones civiles por delitos sexuales. La nueva ley también incluyó la eliminación del tipo penal del rapto, puesto que se consideró que se trataba de una forma de secuestro.

Un mes después de que se publicara la ley en el Diario Oficial (julio de 1999), el Ministerio del Interior daba cuenta de un aumento en las tasas de denuncias de delitos sexuales en el país. Se hablaba entonces de un incremento del 13,9% respecto del año 1998⁸. Las cifras del año 1999 señalaban que el 47% de los denunciados convivía habitualmente con las víctimas. Lo más impactante era que el 19,7% de los imputados eran padres de los niños o niñas⁹.

El Congreso Nacional abordó en los años noventa el tema del maltrato a niños, niñas y adolescentes, también producidos especialmente en el seno de las familias. Los legisladores aprobaron dos leyes al respecto, la Ley N° 19.304¹⁰ y

⁸ Ver: *El Mercurio, Delitos sexuales: víctimas se atreven a denunciar a agresores*, [en línea], Nacional, sábado 7 de agosto de 1999. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={81c736b2-0c36-489c-b0bf-08198e332cd8}>

⁹ Ver: *El Mercurio, Abuso sexual: Infancia arrancada*, [en línea], Portada, sábado 3 de junio de 2000. [fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={0ca67d-fe-dcdd-46ab-97cb-f8277c31d126}>

¹⁰ Chile, Ley N° 19.304, *modifica artículo 8° del Código de Procedimiento Penal y artículo 66 de la Ley N° 16.618, que fija texto de la Ley de Menores*. Publicada en *Diario Oficial de 29 de abril de 1994*. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1nadh>

la Ley N° 19.324¹¹. A través de esos cuerpos legales, se estableció un tipo penal de maltrato al menor, no contemplado con anterioridad y se reguló el deber de denuncia de jueces, profesores y otros profesionales.

IV. Reacción parlamentaria

No obstante los avances alcanzados por la Ley N° 19.617, ésta dejó debates inconclusos, lo que quizás puede explicarse por ser la primera vez en un siglo que se abordaba la materia en el Congreso Nacional. Sin perjuicio de ello, la ley permitió que a partir del año 2000, los parlamentarios tomaran la decisión de hacer un esfuerzo especial para abordar los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes.

Se inició, entonces, en el Parlamento un esfuerzo por actualizar la legislación chilena al fenómeno del abuso sexual infantil, que era cada vez más visibilizado por la opinión pública, tras un largo silencio. Junto con destapar el tema, la sociedad fue conociendo las nuevas formas en que se concretaba el abuso, la aparición de redes mundiales de pederastas y de una verdadera industria internacional clandestina que agredía a niños, niñas y adolescentes.

Al tiempo que lo hacía la sociedad, el Congreso fue tomando conciencia de la gravedad del fenómeno. La prensa por esos días describía a Chile como un paraíso para la pedofilia, en especial por los vacíos que tenía el ordenamiento jurídico en herramientas para investigar estos casos, sanciones efectivas para los autores de los delitos y el enfrentamiento del tema con políticas que consideraran al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño¹².

A nivel internacional, la llamada “Operación Catedral” significaba la caída de una gigantesca red de pederastas en Europa, que distribuía pornografía infantil por todo ese continente. Entretanto, en Chile en junio de 2001 era detenido un ciudadano norteamericano, Thomas Arthur Bertinuson, quien tenía en su poder miles de

¹¹ Chile, Ley N° 19.324, introduce modificaciones a la Ley N° 16.618, en materia de maltrato de menores. Publicada en *Diario Oficial* de 26 de agosto de 1994. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1r8mz>

¹² Ver: *El Mercurio*, ¿Un paraíso para abusar?, [en línea], Nacional, martes 9 de julio de 2002. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={d3429b0a-7e1c-43c7-98dc-78301cb38ae1}>

imágenes de pornografía infantil. El hombre – prófugo de la justicia norteamericana por abuso de menores – pudo salir de Chile, cuando un tribunal le concedió la libertad por falta de méritos¹³.

Al iniciarse el nuevo siglo, Chile firmó en Ginebra el Protocolo Internacional contra la Explotación Sexual Infantil y la Venta de Niños. El Estado tomaba entonces posición frente a un tema que no había causado gran impacto en el país, pero que era ya un secreto a voces en la sociedad chilena: la oferta de niños para ser explotados en el marco de los servicios de prostitución¹⁴. Había una alerta clara de que era necesario enfrenar el tema de la protección de los niños desde lo legislativo.

Fue así que los entonces Diputados Patricio Walker y Pía Guzmán presentaron el 10 de abril de 2002 el proyecto de ley que buscaba que el país tuviera herramientas para el nuevo estatus que estaba adquiriendo la acción de los pederastas con la extensión de internet y las nuevas redes mundiales de explotación sexual de la infancia¹⁵. La moción parlamentaria señalaba:

“Los niños han sido particularmente vulnerables a las conductas realizadas por los adultos a través del empleo de las tecnologías señaladas. Se han multiplicado considerablemente los casos de niños utilizados en la producción de material pornográfico, el cual es posteriormente difundido, reproducido, intercambiado o vendido en diversas formas y medios, incluyendo Internet”¹⁶.

Advertía además acerca de los vacíos e imperfecciones que habían quedado con la Ley N° 19.617. Preocupaba a los parlamentarios que no había una definición clara acerca de qué se entiende por pornografía infantil. Asimismo, se cuestionaba que la configuración del delito se limitara a que la víctima fuera menor de 12 años, salvo

¹³ Ver: *Emol*, Corte procesa a pedófilo norteamericano que vivió en Maipo, [en línea], Nacional, martes 16 de marzo de 2004. [fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2004/03/16/141791/corte-procesa-a-pedofilo-norteamericano-que-vivio-en-maipo.html>; *Cooperativa*, Corte de Apelaciones inició proceso por pedofilia contra estadounidense, [en línea], 16 de marzo de 2004. [fecha de consulta: 18 de agosto de 2015]. <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/corte-de-apelaciones-inicio-proceso-por-pedofilia-contra-estadounidense/2004-03-16/133111.html>

¹⁴ Ver: Chile, Decreto N° 225 de 2003, Relaciones Exteriores, promulga Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, con su corrección a la letra b) del artículo 7. Publicado en Diario Oficial de 06 de septiembre de 2003. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1s3vh>

¹⁵ Boletín N° 2906-07 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Fecha de ingreso: 10 de abril de 2002.

¹⁶ *Ibid.*

que un mayor de 12 y menor de 18 años fuera objeto de violencia, intimidación o engaño para hacerlo participar en la producción de material pornográfico.

Ese vacío legal era relevante, puesto que podía llevar a los pederastas a usar niños mayores de 12 años que tuvieran un cierto vínculo de dependencia. El entonces diputado Rodrigo Álvarez, admitió que la ley promulgada en 1999, tenía debilidades que podrían convertir a Chile en un atractivo para pedófilos extranjeros¹⁷.

Tampoco se sancionaba en la ley el tráfico de pornografía infantil, es decir, su distribución, difusión o transmisión y el texto no era claro respecto de la posesión de material pornográfico hecho con niños, niñas y adolescentes.

Los diputados que presentaron el proyecto cuestionaban también las bajas penas que se estaban aplicando a la utilización de menores en la producción de pornografía, las que partían en presidio menor en su grado mínimo, lo que permitía que los condenados pudieran acceder a los beneficios de cumplimiento alternativo contemplados en la Ley N° 18.216 (como remisión condicional o libertad vigilada)¹⁸.

Otro punto conflictivo era que la normativa vigente entonces no daba herramientas para castigar a las organizaciones criminales dedicadas a cometer los delitos referentes a la pornografía infantil. Sólo se les podían aplicar, eventualmente, las disposiciones relativas a las asociaciones ilícitas. No había tampoco instrumentos para el comiso de bienes ni mecanismos que facilitaran la labor de fiscales y policías en la persecución de los delitos. Cabe hacer notar que el proyecto nació a las puertas de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal en las regiones más grandes del país.

También se estimó como una falencia la ausencia de normas sobre extraterritorialidad para sancionar a chilenos o residentes en Chile que hubiesen cometido delitos de pornografía infantil en el extranjero.

El consumo de pornografía infantil no sólo resulta preocupante por el hecho de que se violenta a niños para su producción, sino también porque la experiencia da

¹⁷ Ver: *El Mercurio*, *Diputados mejorarán ley de delitos sexuales*, [en línea], Nacional, jueves 9 de agosto de 2001. [fecha de consulta: 15 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={79ab9caa-56e7-4e8c-b55c-1da77aa9eae9}>

¹⁸ Chile, *Ley N° 18.216, establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad*. Publicada en *Diario Oficial* de 14 de mayo de 1983. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m2qd>

cuenta de que rara vez los usuarios se quedan en lo virtual y terminan buscando el acercamiento físico con los menores.

“Se estima que el usuario adulto de pedofilia en Internet más tarde o más temprano terminará abusando de un menor, ya que la pornografía infantil produce adicción y un elevado porcentaje, alrededor de un 30% de los consumidores, acaba poniendo en práctica lo que ha visualizado en foros, canales o páginas de Internet, intentando producir su propio material, para coleccionar, acopiar o intercambiar”¹⁹.

El proyecto de ley fue muy bien acogido por organizaciones vinculadas a la protección de la infancia y por abogados querellantes en este tipo de causas, que veían lo difícil que era lograr condenas ante la ausencia de definiciones claras en el Código Penal.

Mientras se tramitaba el nuevo proyecto, las denuncias seguían aumentando. Lo más preocupante del asunto era que el Centro de Atención a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) de la Policía de Investigaciones daba cuenta de que en las órdenes que recibía la institución para investigar delitos sexuales, en un 80% la víctima era un menor de 18 años. *“En general, las conductas de prevención de los padres apuntan a advertir al niño que no hable con desconocidos; pero, la realidad indica que la mayoría de los abusos son cometidos por personas del entorno social y familiar del niño”*, afirmaba Elías Escaff, entonces director del CAVAS²⁰.

Ese era el panorama en Chile, cuando en julio de 2002 estalló uno de los casos más emblemáticos en la materia: el descubrimiento de la conexión chilena de la red internacional de pornografía infantil llamada Paidos, cuya cara más visible era Rafael Maureira Trujillo, alias “Zakarach”. El impacto que produjo la caída de Maureira creció gracias a que en su captura participó un equipo del programa Contacto, de Canal 13 de televisión.

La sección chilena de Interpol y la Brigada del Ciber Crimen de la Policía de Investigaciones intervinieron en el operativo, en el marco de una investigación

¹⁹ Cornaglia, Carlos, *Abuso sexual de menores*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2011, p. 218.

²⁰ Ver: *El Mercurio*, *Qué esconde el fenómeno de la pedofilia*, [en línea], *Vida y Salud*, sábado 25 de Mayo de 2002. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={c47f804a-7f57-4cad-b126-52179a28e782}>

llevada por el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, bajo el antiguo sistema de justicia. Zakarach, que era chofer de un furgón de transporte escolar, fue detenido en Isla Negra, lugar hasta donde había llevado a dos niños de 10 años.

“Lamentablemente este caso de “Paidos” es solamente el hilo de la madeja. Hay muchas más personas que operan en “Paidos” y muchas más redes en Chile”, dijo el entonces diputado Patricio Walker, sobre el caso que mantuvo la atención pública durante varios años²¹.

Pero el tema de la violencia sexual volvió a llenar páginas de diarios y titulares de radios y televisión cuando a mediados de 2002 fue detenido Roberto Martínez Vásquez, conocido como “El Tila”. Un hombre que cometió violaciones contra mujeres adultas en dos asaltos y cuya historia impactó al país. Abusado y maltratado en su infancia, Martínez se convirtió en el nuevo símbolo del delincuente “psicópata”.

El Tila era un personaje de novela. Fue objeto de muchos programas de televisión en los que incluso dio extensas entrevistas. Además de los asaltos con violaciones, se estableció que asesinó a una joven de su población, Maciel Zúñiga Pacheco, con quien había tenido una relación. Su vida terminó cuando se suicidó en su celda al finalizar 2002, antes de concluir el proceso en su contra.

Los ataques de El Tila revivieron los temores de la población a los “psicópatas” en serie y el peligro de que la delincuencia común asociada a robos agregara a su actuación violenta los ataques sexuales. En medio de un clima de aumento progresivo del temor al delito, este caso causó un enorme interés público.

Pero el problema de los delitos no denunciados contra niños, niñas y adolescentes y el daño que se estaba produciendo a la infancia seguían sin solución. La entonces directora el Servicio Nacional de Menores, Delia del Gatto, estimaba que por cada denuncia había otros seis casos que no llegaban a conocimiento del sistema

²¹ Ver: Emol, Diputados Walker y Guzmán solicitan juez exclusivo para caso pedofilia, [en línea], Nacional, lunes 08 de julio de 2002. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2002/07/08/89541/diputados-walker-y-guzman-solicitan-juez-exclusivo-para-caso-pedofilia.html>

procesal penal. Pero la funcionaria admitía que la mayor difusión de casos como la red Paidos estaba incrementando la tendencia a llevar los casos a los tribunales²².

El gobierno de la época, encabezado por el Presidente Ricardo Lagos Escobar, se interesó en la tramitación del proyecto de ley que buscaba perfeccionar las figuras penales y participó activamente en los debates del Congreso. Además, el Ejecutivo puso urgencia simple a la iniciativa.

La propuesta buscaba equiparar la norma chilena con los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual aborda la pornografía infantil y el uso de menores de edad en espectáculos de índole sexual. En efecto, este instrumento en su artículo 34 letra c) señala que los Estados se comprometen a tomar todas las medidas necesarias, tanto de carácter nacional, bilateral y multilateral, para impedir todas las formas de explotación y abusos sexuales del niño, incluida su participación en espectáculos o en la producción de material pornográfico. Como la ley chilena a la fecha no definía con claridad la pornografía infantil, en el debate del proyecto se acordó utilizar la definición contenida en el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, el cual la entiende como *“toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”*²³.

Durante la tramitación de la iniciativa en la Cámara de Diputados, se planteó que se trataba no sólo de resguardar la integridad y libertad sexual de los menores de edad, sino también los derechos inherentes a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad y a la indemnidad de niños, niñas y adolescentes.

Los diputados Juan Bustos y Guillermo Ceroni advirtieron acerca de la ausencia en el proyecto de normativa para la rehabilitación y reinserción de los victimarios con el fin de evitar la reincidencia.

²² Ver: *El Mercurio*, Pedofilia: Delitos contra niños son una cifra negra, [en línea], Nacional, viernes 12 de julio de 2002. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={e1540def-55eb-41bc-bbc0-51e3252cf3d7}>

²³ Art. 2 letra c) del Protocolo Facultativo, op. cit.

Había que elaborar una definición de pornografía infantil que no diera la posibilidad que por la vía de la interpretación de la ley algunos victimarios fueran absueltos. La propuesta original planteaba la siguiente definición de pornografía infantil: *“todo material, cualquiera sea su soporte o medio empleado para producirlo, que represente a menores de 18 años participando en actos explícitamente sexuales o presenciándolos, o bien, exponga, con fines lascivos, las zonas genital o anal de dichos menores”*²⁴.

Los diputados Patricio Walker y Pía Guzmán presentaron una indicación para afinar la definición con el fin de que se pudiera sancionar de manera efectiva. Propusieron el siguiente texto: *“Para estos efectos se entenderá por pornografía infantil todo material que represente a menores de 18 años participando en actos sexuales o presenciándolos, o bien, que exponga las zonas genital o anal de dichos menores, con fines de explotación sexual”*. Se evitaba de esa manera que el productor del material señalara que sus fines no eran lascivos, sino comerciales y que se discutiera en tribunales el concepto de actos explícitamente sexuales.

Mientras se desarrollaba el debate parlamentario, Carabineros hablaba de un aumento de las denuncias de abusos sexuales contra la infancia. La policía uniformada llamó a los padres y a la comunidad en general a usar el Fono Familia 149 para poner los hechos en conocimiento del sistema procesal penal²⁵.

Se debatió también en el Congreso la creación de un registro público de las personas sentenciadas por delitos sexuales contra menores de 18 años y la prohibición de trabajar con niños, niñas y adolescentes para los condenados por este tipo de hechos.

Sometido el proyecto a la sala de la Cámara de Diputados el 11 de septiembre de 2002, fue aprobado en general por unanimidad. En la votación en particular de los artículos despachados por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia hubo casi total acuerdo. La Cámara fijó la edad de consentimiento para la actividad sexual en 13 años, a diferencia del proyecto original, que la establecía en los 14 años de edad.

²⁴ Boletín N° 2906-07, *op. cit.*

²⁵ Ver: *El Mercurio, Informe de Carabineros: Crecen abusos sexuales a menores*, [en línea], Nacional, domingo 28 de julio de 2002. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={198a4379-24e8-44bb-b570-b2a8bbfe9b89}>

En el debate, el diputado Marcelo Forni puso acento en que a su juicio el programa Contacto de Canal 13, sobre Zakarach, fue clave para que el Ejecutivo apurara la tramitación del proyecto. Lo cierto es que en esta iniciativa como en las que vinieron luego, los medios de comunicación siempre acompañaron el quehacer legislativo con nuevos reportajes que daban cuenta de la gravedad del problema del abuso sexual contra la infancia en Chile, tal como ya había ocurrido en los años noventa, cuando la cobertura del caso de Colonia Dignidad advirtió sobre su dolorosa desprotección.

La emisión del programa Contacto, dejaba al descubierto no sólo la vulnerabilidad de la infancia, sino también transparentaba lo lento que podía ser el sistema judicial para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes afectados. Impactó especialmente que el equipo de prensa siguiera a Rafael Maureira (Zakarach) hasta Isla Negra, lugar donde el hombre estuvo encerrado por horas con dos niños. El operativo policial no se realizó de inmediato, lo que mantuvo en grave riesgo a los menores, que fueron drogados por el agresor. Ese hecho motivó a los parlamentarios a poner acento en normas que permitieran la acción policial ante el peligro inminente, sin que se obstaculizara la protección de los derechos de los niños por trámites burocráticos.

Desde el norte del país surgió en esos meses un nuevo caso que volvió a plantear que el peligro podía estar en los entornos más cercanos a las víctimas. La desaparición de la pequeña Ivania Barraza, de 8 años de edad, movilizó a la policía. El hermano del conviviente de la madre, Miguel Luis Oyanedel, participó en la búsqueda. El cadáver de la niña apareció cuatro días después. El autor de la violación y homicidio había sido el mismo Oyanedel, que fue juzgado bajo el nuevo sistema procesal penal y condenado a presidio perpetuo.

En medio de este nuevo caso que golpeaba a la opinión pública, el proyecto de ley pasó entonces al Senado, donde la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitió su informe en general y en particular el 10 de septiembre de 2003.

Mientras se discutía el proyecto en la Comisión, la atención mediática volvió sobre la violencia sexual contra la niñez. Esta vez el imputado era un sacerdote que

ante las primeras denuncias, provenientes de su ejercicio en el sector oriente de Santiago, fue enviado a Honduras por la Iglesia Católica. Pero luego regresaría a Chile a instalarse como asesor espiritual de algunos colegios de la comuna de Quilicura. Era Juan Andrés Aguirre Ovalle, conocido como el “cura Tato”.

Las denuncias contra el cura Tato se acumularon, fue procesado y encarcelado. La investigación judicial comprobó que Aguirre ejercía su poder sobre las niñas y abusaba de ellas. La justicia lo condenó a doce años de presidio por abusos y estupro, pero en 2012 fue dejado en libertad, debido a múltiples problemas de salud. Murió en noviembre de 2013.

Había por esos años una ola de denuncias a nivel mundial por violencia sexual de sacerdotes contra niños, niñas y adolescentes. Si bien en Chile hubo denuncias anteriores contra sacerdotes, lo ocurrido con Aguirre causó gran impacto público al ser el primer sacerdote que era condenado a presidio efectivo.

En momentos en que en Chile se juzgaba al cura Tato, el Vaticano aprobaba el plan de los obispos de Estados Unidos para sancionar a los sacerdotes que abusaran de menores²⁶. La Iglesia Católica enfrentaba una crisis que ha cruzado los papados desde Juan Pablo II a Francisco.

Si lo del cura Tato fue una crisis para la Iglesia, vendría un nuevo terremoto, que esta vez golpearía a toda la sociedad chilena: el caso Spiniak.

V. Remezón en el Congreso

En diciembre de 2002, el empresario Claudio Spiniak Vilensky fue detenido por porte de drogas, lo que permitió descubrir una red de narcotráfico. El hecho pasó casi inadvertido, pero dio las pistas para hacer un descubrimiento mayor.

Spiniak integraba una red de pedofilia, de explotación sexual de menores y abuso sexual, que fue develada el 30 de septiembre de 2003²⁷. El caso daba cuenta de

²⁶ Ver: *Emol*, Vaticano aprueba plan para combatir abuso sexual en la iglesia, [en línea], Internacional, lunes 16 de diciembre de 2002. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://www.emol.com/noticias/internacional/2002/12/16/100485/vaticano-aprueba-plan-para-combatir-abuso-sexual-en-la-iglesia.html>

²⁷ Ver: *Emol*, Desbaratan banda de pedófilos, [en línea], Nacional, martes 30 de septiembre de 2003. [fecha de consulta: 19 de agosto de 2015]. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2003/09/30/124620/desbaratan-banda-de-pedofilos.html>

una realidad también encubierta, la del uso de pequeños por parte de redes de adultos y la participación de los niños, niñas y adolescentes en fiestas sexuales de personas mayores.

Sin embargo, las alusiones a la supuesta participación de parlamentarios en el caso, terminó sacando el foco de la responsabilidad de la sociedad e incluso de la propia responsabilidad de Spiniak y los otros imputados. Por meses, la prensa se centró en las acusaciones validadas por la testigo Gema Bueno, que aseguraba la participación de parlamentarios en el caso, pero que no tenían más respaldo en la causa. Spiniak fue finalmente condenado, aunque lo que quedó en la opinión pública fue más el impacto de la denuncia inicial contra políticos.

En medio de la tramitación del proyecto de ley que apuntaba precisamente al uso de menores para pornografía y la explotación sexual de la infancia, este caso cayó como una bomba.

La mención a parlamentarios ponía al propio Congreso en tela de juicio, en circunstancias que avanzaba el proyecto de ley que buscaba modernizar la legislación nacional. El entonces diputado Patricio Walker pidió que los políticos sacaran sus manos del caso Spiniak ante las sucesivas intervenciones de personeros de todo el espectro con declaraciones acusadoras.

Pía Guzmán, la otra diputada firmante del proyecto de ley contra la pornografía infantil y la explotación sexual de menores, se involucró directamente en las denuncias y al caerse éstas perdió respaldo en el sector político al que pertenecía. Al terminar su período, no volvió al Congreso. La testigo acusadora, en tanto, declaró que había mentido y fue condenada por falso testimonio.

En medio de ese momento duro para el Poder Legislativo, el Gobierno le puso suma urgencia al proyecto, en octubre de 2003. Desde el Ejecutivo se daba una señal de que el caso Spiniak constituía una alarma acerca de la desprotección legal de la infancia.

Durante la tramitación en el Senado, se debatió en especial la figura penal relacionada con el pago a menores de edad por actividades sexuales, puesto que la ley hasta entonces establecía que los mayores de doce años podían consentir una relación sexual si no había violencia ni intimidación, salvo que se tratara de un

caso de estupro, es decir, en que el consentimiento estuviese viciado por engaño o aprovechamiento del desconocimiento del menor en materias sexuales.

El Senado votó en forma unánime en la Sala para aprobar en particular el proyecto, un día después de que el ministro de Justicia, Luis Bates, le pusiera suma urgencia.

En el debate de los senadores, tuvo especial importancia la constatación de que las denuncias de este tipo de hechos aún eran bajas respecto del total de delitos efectivamente producidos. El senador Alberto Espina, que informó la iniciativa ante la Sala citó cifras del CAVAS de la Policía de Investigaciones de Chile. Los estudios de ese organismo señalaban que se denunciaba sólo uno de cada siete delitos y que cuando el agresor era un familiar, las denuncias sólo llegaban a uno de cada doce.

El senador Andrés Chadwick, entonces presidente de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, dijo en su intervención que la aprobación del proyecto era un mensaje a los jueces para que actuaran con decisión y sin debilidades aplicando justicia de la manera más drástica posible.

Para el senador Jaime Naranjo, el Congreso debía dar una demostración clara de que en Chile se protegía a los menores y que no habría impunidad. *“Los delincuentes sexuales deben saber que en nuestro país nunca más podrán cometer libremente esta clase de delitos sin ser sancionados”*, recalcó en la Sala²⁸.

En opinión del entonces senador y ex Presidente de la República, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, no sólo había que preocuparse de las penas, sino que también de establecer inhabilidades claras para que los sancionados no tuvieran la posibilidad de trabajar con niños.

El Senado aprobó el proyecto en particular, con algunas modificaciones, el 21 de octubre de 2003 en pleno boom mediático del caso Spiniak. La Cámara lo aprobó en tercer trámite, pero quedó para Comisión Mixta la discusión sobre la edad de consentimiento de la actividad sexual, fijada en 13 años por los diputados y en 14 por los senadores.

²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 19.927 modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, [en línea], Santiago, 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1145w>, p. 293.*

Finalmente, el 20 de noviembre de 2003 se despachó para su promulgación el proyecto al Ejecutivo, luego que la Comisión Mixta dejara en 14 años la edad de consentimiento, en una votación dividida. Ambas Cámaras ratificaron esa normativa, aunque en el debate algunos parlamentarios insistieron en que debió fijarse en 13 años. Una de las preocupaciones planteadas decía relación con las relaciones consentidas entre adolescentes que podían caer en la criminalización.

Con la aprobación de la Ley N° 19.927, se estableció el delito de producción y distribución de material pornográfico que incluya a menores, con mucha más claridad que lo que señalaba la legislación hasta ese momento vigente. Asimismo, creó tipos penales para sancionar tanto a quienes faciliten la explotación sexual de menores como a los clientes de esa actividad ilícita. Se estableció también la inhabilitación absoluta temporal para cargos y empleos en el ámbito educacional para los condenados por estos delitos.

El Congreso incrementó las penas para el delito de estupro, pasando de un rango que iba entre los 61 días a cinco años a penas entre los tres años y un día a 10 años de presidio.

En lo procedimental, se autorizó la interceptación de comunicaciones en la persecución de estos delitos, así como el uso de agentes encubiertos para desbaratar las redes. También se amplió la jurisdicción chilena para la persecución de algunos delitos sexuales contra la infancia en territorio extranjero.

Al promulgar la nueva ley con el número 19.927, en enero de 2004, el Presidente Ricardo Lagos valoró la labor realizada por el Congreso y destacó la legislación como un hito en la protección y desarrollo de los niños de Chile.

Si bien la labor legislativa daba un paso importante al definir nuevos tipos penales y elevar algunas de sus sanciones, un asunto relevante para la aplicación de las penas continuaba mostrándose deficitario. Un informe que envió la Corte Suprema al Senado daba cuenta de graves deficiencias en el despacho de los peritajes acerca de los delitos sexuales. El documento, emitido un año y medio antes de la puesta en marcha de la Reforma Procesal Penal en Santiago, destacaba que en las regiones en que ya operaba el nuevo sistema, un 50% de los peritajes psiquiátricos

y psicológicos encargados por las Fiscalías no se realizaban, por falta de recursos y personal²⁹.

Al año 2004, el nuevo sistema procesal penal ya operaba en gran parte del país. Los juicios atraían a los medios de comunicación, que podían ver en directo los testimonios de los imputados, de testigos, víctimas y peritos. En Curicó, por ejemplo, era condenado a veinte años de presidio un locutor radial por trece violaciones en contra de menores³⁰.

VI. La caída de los “secretos de familia”

La vigencia de la nueva ley sobre pornografía infantil entregó elementos para investigar y sancionar de mejor forma la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes en Chile. La sociedad estaba más madura para enfrentar de mejor forma el tema. La difusión mediática de los casos y el debate en el Congreso y en la agenda pública fue generando un destape silencioso de los secretos que escondía el país en esta materia.

En muchas familias, personas adultas que en su niñez habían vivido la experiencia de ser violentadas se estaban atreviendo a contar su verdad. Se destapaba el terrible secreto que guardaba la sociedad chilena. Chile, país solidario, que se volcaba a dar dinero en cada colecta o acción en favor de la infancia, hizo crecer a muchos niños, niñas y adolescentes en medio de la pesadilla de la violencia sexual. Los victimarios habían sido en su mayoría familiares u otras personas del entorno de los abusados.

En el Congreso esta realidad de los delitos antiguos, ya prescritos, que empezaba a destaparse motivó a dos grupos de diputados a presentar, al iniciar el año 2005, mociones para que los plazos de prescripción de la acción penal sólo se contaran a partir del momento que la víctima alcanzara la mayoría de edad, para evitar la impunidad. Ambos proyectos fueron fusionados bajo la firma de los diputados

²⁹ Ver: *El Mercurio*, *Crisis en servicios auxiliares: Delitos sexuales colapsan justicia*, [en línea], Portada, miércoles 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={6f4080ad-1444-4ec1-9de8-de295074d4fc}>

³⁰ Ver: *El Mercurio*, *Curicó: Locutor fue declarado culpable de violaciones*, [en línea], Nacional, sábado 06 de marzo de 2004. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id={c795a874-15ba-4096-bdb2-35718a077fc3}>

Rodrigo Álvarez, Francisco Bayo, Mario Bertolino, Roberto Delmastro, Pablo Galilea, René García, Arturo Longton, Nicolás Monckeberg, Alfonso Vargas, Carlos Vilches, Gabriel Ascencio, Jorge Burgos y Patricio Walker³¹.

Una de las mociones señalaba que *“frecuentemente el autor del abuso no es denunciado, pues las víctimas no han alcanzado aún su madurez emocional y el desarrollo cognoscitivo necesario para evaluar el contenido, intencionalidad y consecuencias de actos de esta naturaleza. Por lo mismo, y/o por temor al agresor no informan de esta situación a sus padres o tutores y, recién al ser adultos, toman cabal conocimiento que fueron sexualmente abusados”*³². Se proponía, en consecuencia, que en los casos de violación, la persona contara con diez años, desde el cumplimiento de los 18 años, para hacer la denuncia. Y si se trataba de un abuso sexual, que la víctima tuviera cinco años para denunciar desde que alcanzara la mayoría de edad.

La segunda moción presentada advertía que *“cuando un niño es víctima de un atentado sexual, la decisión de someter a la justicia al culpable, generalmente va a ser de los adultos que se encuentran a su cargo, en su calidad de representantes legales. Estos adultos muchas veces deciden no deducir denuncia para evitar la estigmatización del niño y el trauma psicológico que eventualmente puede significar enfrentar un proceso judicial. Más grave aún resulta la situación en que los propios padres son los agresores porque evidentemente se tratará de esconder los hechos quedando el menor en total indefensión”*³³.

Se designó como diputados informantes a Patricio Walker y Francisco Bayo, quienes debieron dar cuenta del proyecto ante la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Pese a que, en la anterior modificación de la Ley N° 19.927, se había establecido que el Ministerio Público podía ejercer la acción penal de oficio ante la ocurrencia de los delitos en que las víctimas fueran menores, la cifra negra seguía siendo

³¹ Ver: Boletín N° 3786-07 Señala que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad. Fecha de ingreso: 19 de enero de 2005; Boletín N° 3799-07 Suspende la prescripción de la acción penal en casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Fecha de ingreso: 03 de marzo de 2005.

³² Boletín N° 3786-07, op. cit.

³³ Boletín N° 3799-07, op. cit.

preocupante, puesto que no resultaba tan probable que las Fiscalías se enteraran de los delitos si no había denuncia de las víctimas o de un adulto.

También se había dispuesto la obligación de denunciar por parte de los jefes de establecimientos hospitalarios, de los profesionales de la salud y del personal de la educación. Pero seguía ocurriendo que muchas víctimas sólo al alcanzar la mayoría de edad o incluso años después, se atrevían a denunciar. En esa situación, las causas se cerraban por prescripción de la acción penal.

Estos procesos legislativos siempre estuvieron cruzados por acontecimientos inesperados e impactantes. Para el Congreso Nacional hubo un hecho que remeció el panorama en enero de 2005, cuando se hizo pública una denuncia penal contra el entonces senador Jorge Lavandero Illanes por abusos sexuales contra niños, niñas y adolescentes.

El Ministerio Público, institución clave del nuevo sistema procesal penal, encargada de la investigación de los delitos, enfrentó su prueba de fuego. La causa penal se había originado en agosto de 2003, pero la Fiscalía Regional de La Araucanía no había, hasta entonces, pedido audiencia para formalizar la investigación.

El caso transcurrió en la más absoluta reserva, hasta que en enero de 2005, el programa Contacto, de Canal 13, anunció la emisión de un especial denunciando los hechos y cuestionando seriamente la actuación de la Fiscalía. Guillermo Piedrabuena, Fiscal Nacional, le quitó el caso a la Fiscalía Regional, y nombró a cargo de la investigación a Xavier Armendáriz, ya designado Fiscal Regional de la Zona Metropolitana Oriente.

En el verano de 2005 Lavandero fue desaforado. La Fiscalía superó en parte una prueba dura, incluyendo un sumario que derivó en fuertes sanciones internas, y en la remoción de la Fiscal Regional, Esmirna Vidal, resuelta por la Corte Suprema.

Para el Congreso fue un tremendo golpe ver a un parlamentario enjuiciado por abusos contra niños y niñas, pero a nivel político se valoró que el nuevo sistema diera una potente señal de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En paralelo, otro hecho noticioso se destapaba. Nuevamente el programa Contacto obtenía un logro periodístico destacado. Los periodistas de Canal 13 descubrieron

el refugio del líder de Colonia Dignidad, Paul Schäfer, en la ciudad de Buenos Aires, Argentina. El buscado pederasta se había fugado de Chile en 1997 cuando era investigado por violaciones y abusos sexuales contra menores de edad. Fue apresado en la capital trasandina y enviado a Chile, donde fue procesado y condenado. Murió preso en 2010 dejando atrás una historia de casi 50 años de abusos, durante gran parte de los cuales tuvo una red de protección que impidió su juzgamiento, en especial tras el golpe de Estado de 1973, período en el que colaboró estrechamente con la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, aparato represivo del régimen.

Muy lejos de Chile, el 14 de junio de 2005, un jurado de los Estados Unidos declaraba no culpable al cantante Michael Jackson, imputado de abusos sexuales contra niños. El tema de la violencia sexual seguía en las primeras planas del mundo, ahora con un caso que aún después de la muerte del ícono del pop sigue generando controversia.

La tramitación del proyecto sobre suspensión de la prescripción continuó en ese clima convulsionado. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara emitió su informe el 15 de junio de 2005, horas antes de que el nuevo sistema procesal penal entrara en vigencia en la Región Metropolitana. Precisamente el 16 de junio fue el histórico día en el que todo el país ya pudo contar con un sistema acusatorio para garantizar de mejor forma los derechos de víctimas e imputados.

El nuevo sistema ya mostraba una tendencia al aumento de las denuncias de delitos sexuales, aunque no había total claridad si eso se producía por confianza en las nuevas instituciones o por la difusión pública de estas causas. Para el Ministerio Público la definición más clara en los delitos y los mejores instrumentos probatorios de la Ley N° 19.927 significaban un aporte relevante para su trabajo.

Jorge Lavandero Illanes fue finalmente, a través de un procedimiento abreviado, condenado a cinco años de presidio, sin beneficios de cumplimiento extra penitenciario. Quedó fuera del Congreso y cumplió su pena en Santiago por los delitos de abuso sexual contra menores.

VII. “Dolor en el alma y en la piel”

Se resaltó durante la discusión en general de los proyectos unificados sobre suspensión de la prescripción, que existían circunstancias que dificultaban mucho que los niños víctimas se atrevieran a contar lo que les había o estaba pasando. El entonces diputado Patricio Walker destacó que en muchos casos las víctimas *“no se representan tal conducta como algo ilícito, algo que solamente perciben como tal al llegar a la mayoría de edad”*³⁴.

La idea de legislar y el proyecto en particular fueron aprobados en la Comisión y luego en la Sala de la Cámara de Diputados por unanimidad el 6 de julio de 2005.

Al llegar el proyecto al Senado, la Cámara Alta hizo cambios y decidió incorporar un nuevo artículo al Código Penal, el 369 quáter. El punto en discusión se relacionaba con que lo aprobado por la Cámara de Diputados no abarcaba los delitos de explotación sexual de menores y el uso de niños, niñas y adolescentes para la producción de material pornográfico. Es decir, en esos casos no habría opción de las víctimas de querellarse más tarde. El cambio fue respaldado luego por la Cámara de Diputados y quedó aprobada la ley que permite que las víctimas puedan ejercer acciones penales al llegar a la edad adulta. De esa manera, el 31 de agosto de 2007 el proyecto ya se convertía en ley de la República.

Al promulgar la normativa, la Presidenta Michelle Bachelet, que ejercía su primer mandato, dijo que *“muchas veces los delitos se esconden, los niños y niñas crecen con dolor en el alma y en la piel, y los responsables gozan de una injusta impunidad”*³⁵.

Dentro de la regulación de las penalidades, hubo un aspecto que en la Ley N° 19.927 no fue advertido. Al elevarse la edad de consentimiento, se modificó el delito de violación, aumentando la edad de la víctima para calificar como tal la conducta, pasando de los 12 a los 14 años. Sin embargo, no se cambió en igual sentido el requisito de edad que existía para la concesión de la libertad condicional. De

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.207 establece que la prescripción en delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad*, [en línea], Santiago, 31 de agosto de 2007. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1smpz>, p. 12.

³⁵ Ver: Emol, *Promulgan ley que suspende prescripción de delitos sexuales contra menores*, [en línea], Nacional, jueves 23 de agosto de 2007. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/08/23/273030/promulgan-ley-que-suspende-prescripcion-de-delitos-sexuales-contra-menores.html>

manera, que se encontraba vigente la disposición que señalaba que los condenados por violación de un menor de 12 sólo podrían aspirar a salir de la cárcel al cumplir dos tercios de la condena. Pero al indicar la ley expresamente que esa limitación era para los sentenciados por violar a un menor de 12 años, hacía aplicable a los condenados por violación de un niño o niña de entre 12 y 14 años la norma general. Es decir, podrían lograr la libertad condicional con la mitad de la pena cumplida.

Esa anomalía motivó al entonces diputado y actual senador Patricio Walker a presentar en mayo de 2005 un proyecto para modificar el Decreto Ley N° 321 sobre Libertad Condicional³⁶. Propuso que quedara establecido que los condenados por violación de un menor de 14 años podrían aspirar a la libertad condicional sólo al cumplir dos tercios de la pena³⁷.

Asimismo, la moción proponía añadir un inciso al artículo 206 del Código Procesal Penal para que la Policía de Investigaciones pudiera ingresar a lugares cerrados con el fin de otorgar protección a un niño, niña o adolescente que se encontrara en situación de peligro grave, directo e inminente para su vida o integridad física. La norma existente entonces sólo permitía el ingreso sin orden judicial a la policía de menores de Carabineros.

Se aprobó en la Cámara de Diputados el cambio en el decreto ley sobre libertad condicional, pero la otra reforma sobre las facultades policiales, se rechazó luego de que el Ministerio de Justicia anunciara que la incluiría en un proyecto de cambios al Código Procesal Penal que se tramitaría con mayor celeridad.

El 5 de octubre de 2005, el proyecto pasó al Senado, como cámara revisora. Dos años después, el Senado aprobó por unanimidad la modificación al decreto sobre libertad condicional. De esa manera, el 10 de diciembre de 2007, se convirtió en ley³⁸.

A esas alturas, el tema de la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes ya estaba instalado en la pauta habitual de los medios como una constatación del

³⁶ Chile, Decreto Ley N° 321 de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. Publicado en *Diario Oficial de 12 de marzo de 1925*. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1me92>

³⁷ Boletín N° 3855-18 Complementa la Ley N° 19.927, sobre pornografía infantil. Fecha de ingreso: 10 de mayo de 2005.

³⁸ Chile, Ley N° 20.230, adecua el D.L. N° 321, de 1925, a la regulación vigente del delito de violación de menores. Publicada en *Diario Oficial de 10 de diciembre de 2007*. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mrgw>

peso que tenía esa temática en la agenda nacional. Pero eso no implicaba que no hubiese sorpresas, como cuando en marzo de 2006, la Corte de Apelaciones de Santiago otorgó la libertad provisional a Rafael Maureira Trujillo (Zakarach), cuyo proceso aún no terminaba.

El 5 de marzo de 2007, Maureira fue condenado en primera instancia a penas de 15 años de presidio por violación de un menor y cinco años por asociación ilícita. Pero el imputado se fugó de Chile. Pasaron 94 días en los que las víctimas de la red Paidos sintieron que todo el sacrificio que habían hecho para lograr justicia había sido en vano. Zakarach fue apresado en Florianópolis, Brasil, en junio de 2007 y extraditado a Chile al año siguiente. Su pena fue finalmente aumentada por la Corte de Apelaciones de Santiago y ratificada por la Corte Suprema. En 2010 comenzó a cumplir la pena de presidio perpetuo simple por violación y más 15 años de prisión por asociación ilícita. Otros dos implicados recibieron altas sanciones, mientras continuaban abiertos otros procesos judiciales contra la red.

Por aquellos días, la psicóloga Vinka Jackson hacía su personal ejercicio de resiliencia publicando “Agua fresca en los espejos” en el que relataba el camino que siguió tras la violencia sexual ejercida por su padre. Escribía:

“Sé que en el gran esquema de los dolores humanos, mi historia es un microátomo, así como un privilegio y un lujo en verdad, todas las oportunidades de sobrevivencia y de vida con las cuales he contado. Más de alguna vez me digo hasta cuándo, si no es para tanto, como puede ser tan demorosa o poco eficiente la cicatrización de ciertas heridas”³⁹.

El testimonio de Vinka Jackson daba cuenta de un trabajo que muchos adultos han realizado en estas últimas décadas para enfrentar sus dolores de infancia a sabiendas de que la respuesta judicial ya no llegaría. Ha sido para ellos un trabajo personal de sanación que, al menos en esta época, ha tenido a una comunidad nacional más dispuesta a escucharlos.

Paralelamente, en el Congreso Nacional, se mantenía en tramitación otra moción, presentada en 2005 por los Diputados Jorge Burgos, Juan Bustos, Guillermo Ceroni, José Antonio Galilea, María Eugenia Mella, Adriana Muñoz, Alejandro Navarro,

³⁹ Jackson, Vinka, *Agua fresca en los espejos: abuso sexual infantil y resiliencia*, Santiago, Editorial Aguilar, 2007, p. 302.

Oswaldo Palma, Jaime Quintana y María Antonieta Saa. El proyecto buscaba poner a Chile en sintonía con la tendencia global respecto de los delitos de tráfico de personas⁴⁰.

Durante la tramitación, se puso especial énfasis en que la experiencia internacional demostraba que los niños, niñas y adolescentes eran habitualmente las víctimas de esta práctica que se había hecho más frecuente a partir del proceso de globalización.

El proyecto demoró seis años en su tramitación y fue finalmente promulgado como ley en 2011 por el Presidente Sebastián Piñera Echenique⁴¹. La Ley N° 20.507 sustituyó el antiguo concepto de “trata de blancas” por la expresión “tráfico ilegal de migrantes y trata de personas”, e introdujo un nuevo artículo 411 quáter al Código Penal, por el cual se castiga al que *“mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”*.

En su inciso segundo y para el caso de víctimas menores de 18 años, la norma expresa que *“aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales”*.

⁴⁰ Boletín N° 3778-18 Tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución penal. Fecha de ingreso: 05 de enero de 2005.

⁴¹ Ver: Chile, Ley N° 20.507, tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Publicada en Diario Oficial de 08 de abril de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1myqk>

Además, se determinó que *“los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y la adolescencia deberán facilitar su acceso a las prestaciones especializadas que requieran, especialmente, aquellas tendientes a su recuperación integral y a la revinculación familiar, si fuere procedente de acuerdo al interés superior del menor de edad”*⁴².

Si bien la Ley N° 19.927 había significado un avance importante en tipificar la pornografía infantil, los medios de comunicación comenzaron a informar de un nuevo delito que no estaba considerado en esa legislación: el acoso a menores a través de internet.

En enero de 2008, la Comisión Defensora Ciudadana, dependiente del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, entregó a la Cámara de Diputados un anteproyecto de ley para castigar el *grooming*, denominación internacional del ciber acoso.

El 30 de abril de 2008, los diputados Juan Bustos, Guillermo Ceroni, Marcelo Díaz, Maximiano Errázuriz, Carolina Goic, Nicolás Monckeberg, Claudia Nogueira, Patricio Walker y Felipe Ward presentaron una moción para sancionar el ciber acoso⁴³. El proyecto señalaba que *“pedófilos y pederastas han buscado los vacíos legales de nuestro ordenamiento para buscar acercamientos sexuales con menores. En el derecho anglosajón se conoce como “child grooming” la práctica de contactar a menores en sitios de conversación mediante identidades simuladas para sostener con ellos conversaciones de carácter sexual con el objeto de conseguir que el menor envíe imágenes suyas para procurar su excitación sexual, o incluso encontrarse físicamente para abusar de ellos”*.

La iniciativa de ley planteaba también otras reformas para enfrentar de mejor manera la pornografía infantil virtual o simulada, especialmente aquella en que se graba al menor y luego se emplea su imagen y/o su voz en una producción pornográfica.

Para la opinión pública el tema había irrumpido cuando el programa Contacto, de Canal 13, denunció la práctica de los ciber acosadores. Uno de los casos mostrados por el espacio de denuncias periodísticas llegó a la justicia y se logró la

⁴² Ver: artículo 78 bis del Código Procesal Penal.

⁴³ Boletín N° 5837-07 Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil y la posesión de material pornográfico infantil. Fecha de ingreso: 30 de abril de 2008.

primera condena en Chile por *grooming*. En el caso, acusó la Fiscalía y se presentó como parte querellante la Fundación Pro Bono. Se estableció en la sentencia que el acusado usó dos identidades y que en ambos casos fingió ser menor de edad.

En el transcurso de la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se tuvo en consideración que si bien la legislación que se encontraba vigente sancionaba la realización de actos de connotación sexual ante un menor, esa figura podría no quedar clara si las acciones se hacían a través de un contacto virtual, vía internet.

Se trató también el uso habitual que los abusadores hacen de simular ser menores para conseguir la confianza de las víctimas.

La discusión en Sala del proyecto en general se realizó el 9 de julio de 2008 y la iniciativa fue aprobada por unanimidad. Uno de los puntos más discutidos fue la obligatoriedad de que los administradores de servicios de internet, gratuitos o pagados, llevaran un registro de identidad de los usuarios.

En medio de la discusión parlamentaria, en agosto de ese año la Corte Suprema aumentó de siete a doce años la condena para Claudio Spiniak por abusos sexuales, producción de material pornográfico con niños y por facilitar la explotación sexual infantil.

En octubre, Rafael Maureira Trujillo, alias Zakarach, fue extraditado a Chile desde Brasil, país donde se encontraba oculto. A su llegada a Santiago, fue trasladado a la Cárcel de Alta Seguridad a la espera de que se revisara la sentencia de primera instancia que lo había condenado a veinte años de presidio.

En enero de 2009, comenzó la tramitación en el Senado del proyecto sobre ciberacoso. Durante el debate, el entonces jefe de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos del Ministerio Público, Felix Inostroza, dijo que para el ente persecutor el *grooming* era una prioridad en materia de investigaciones penales.

El 29 de abril de 2009, el proyecto fue aprobado en la Sala del Senado por unanimidad. Días después de su aprobación, el programa de reportajes Informe Especial, de TVN, emitió un capítulo en el que desenmascaró a chilenos que practicaban el *grooming*. La denuncia periodística alcanzó 30 puntos de sintonía, mostrando el alto interés que el tema generaba en el país.

Se presentaron varias indicaciones en el Senado a la iniciativa y el 19 de mayo de 2010 el proyecto pasó a su discusión particular en Sala.

El senador Alberto Espina cuestionó la idea del registro de los usuarios de internet en locales gratuitos o pagados. En su opinión, se podría prestar para que personas que hicieran uso de los computadores se inhibieran de denunciar delitos por esa vía, porque quedaría registro de su identidad. Por aquellos años, se incentivaba que las personas usaran medios electrónicos para hacer denuncias criminales manteniendo su anonimato.

Se inició el tercer trámite constitucional en la Cámara de Diputados en junio de 2010. En esa instancia, se aprobó casi en su totalidad las enmiendas remitidas por el Senado al proyecto, con excepción de las introducidas al texto que regulaba la obligación para los establecimientos cuya actividad principal sea ofrecer al público servicios de acceso de internet, de llevar un registro de usuarios⁴⁴. Ello motivó que la iniciativa pasara a la Comisión Mixta. Ambas Cámaras lograron subsanar sus diferencias en torno a esta materia, aprobándose el referido registro de identidades. Sin embargo, con posterioridad, atendidas las observaciones realizadas por el Tribunal Constitucional al proyecto, se eliminó la norma sobre el registro de identidades en los locales que ofrecieran servicios de internet, porque la instancia revisora la consideró inconstitucional por afectar la vida privada⁴⁵.

Finalmente, el 13 de agosto de 2011, bajo la firma del Presidente de la República, Sebastián Piñera, se publicó la Ley N° 20.526⁴⁶. En lo principal, la legislación sanciona como conducta ilícita la solicitud a un o una menor de 14 años de enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad con significación sexual. Se incorporó también la producción

⁴⁴ Letra b) del artículo 3°, que modifica el inciso quinto del artículo 222 del Código Procesal Penal.

⁴⁵ “Que, en las condiciones anotadas y en atención a lo dispuesto en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental, puede concluirse - en definitiva - que ni aún los fines superiores que procura alcanzar el proyecto, así sea la prevención y el combate a delitos tan abyectos como aquellos de que trata en su texto, son bastantes para justificar la implementación de un medio como el “registro” señalado, por resultar su implementación, de la manera como se ha visto, lesiva para el legítimo ejercicio de los comentados derechos constitucionales”. Ver: Sentencia Tribunal Constitucional de 12 de julio de 2011 en autos Rol N° 1894-11-CPR, [en línea]. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2011>

⁴⁶ Ver: Chile, Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Publicada en Diario Oficial de 13 de agosto de 2011. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1n65o>

de material pornográfico con menores de 18 años. Conductas que además pasaron a ser sancionadas cuando se cometen a distancia a través de medios electrónicos. Se dispuso asimismo, el aumento de las penas en un grado cuando el ejecutor del delito falsea su identidad.

Para facilitar las investigaciones policiales, se dispuso que las empresas proveedoras de internet deberían mantener un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro de los números IP de las conexiones que sus abonados realicen. Este registro no debe ser de menos de un año y debe ser de carácter reservado.

Ya iniciada la segunda década del siglo XXI, el Congreso acometió finalmente la tarea de establecer un registro de personas condenadas por violencia sexual contra la infancia y la adolescencia, una idea que se había planteado en discusiones legislativas previas, pero que no había sido aprobada. La iniciativa comenzó su tramitación en la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados⁴⁷. En la Sala expuso sobre su contenido el diputado Pedro Browne, en calidad de informante del proyecto, señalando que *“resulta especialmente relevante la protección de la integridad sexual de las personas, lo que se potenciará si se fortalece el sistema actual de inhabilidades que contempla el Código Penal. De igual manera, estos objetivos se perfeccionarán al establecer una herramienta pública y de fácil consulta, disponible en forma gratuita, que permita a la ciudadanía, en primer lugar, disipar el temor o tomar las precauciones adecuadas frente a situaciones de potencial riesgo, y, además, a los órganos de control del delito identificar rápidamente a los reincidentes y agilizar los resultados de los procesos judiciales por ese tipo de ilícitos”*⁴⁸.

El gobierno puso suma urgencia al proyecto, por lo que su tramitación fue rápida. La Cámara de Diputados lo despachó al Senado el 7 de junio de 2011, donde se discutió en general. Uno de los puntos de mayor debate decía relación con quiénes

⁴⁷ Boletín N° 6952-07 Crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades. Fecha de ingreso: 20 de mayo de 2010.

⁴⁸ Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.594 crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades, [en línea], Santiago, 19 de junio de 2012. [fecha de consulta: 27 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1sj9h>, p. 35.

tendrían acceso al listado de personas inhabilitadas para trabajar con menores y qué sanción tendría el mal uso del registro.

La prensa en esos días daba cuenta de la iniciativa, pero más atención acaparaba los detalles del caso de Fernando Karadima. Esta vez no era sólo un sacerdote el denunciado, sino un religioso del sector oriente de Santiago, considerado uno de los más relevantes formadores de sacerdotes. La Fiscalía mandó sus antecedentes al sistema antiguo dada la fecha de comisión de los hechos. En el proceso canónico fue declarado culpable de los abusos, pero en lo penal el caso se sobreseyó, porque los delitos estaban prescritos. La impronta del caso, sin embargo, quedó marcada en la Iglesia Católica como un duro golpe.

La posibilidad de que las personas abusadas pudieran denunciar a sus victimarios al alcanzar la mayoría de edad permitió por esos días que las hermanas actrices María José y Ángela Prieto logaran la condena de su padrastro. Esa causa fue una muestra de lo que estaba sucediendo en muchas familias, en las que quienes fueron de niños abusados se atrevían a contar la dolorosa verdad.

En mayo de 2012, la iniciativa para crear el registro de condenas de pederastas fue despachado del Congreso y el 19 de junio de ese año ya era ley⁴⁹. La norma creó una nueva pena de inhabilitación absoluta (perpetua o temporal) para los condenados por delitos sexuales contra menores de 18 años *“para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad”*.

Asimismo, se estableció la creación por parte del Servicio de Registro Civil de una sección especial, accesible telemáticamente, en la cual deben quedar registradas todas las penas de inhabilitación a que se ha hecho referencia y que hayan sido impuestas por sentencia ejecutoriada. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar que se le informe o informarse por sí misma si una persona se encuentra afecta a este tipo de inhabilidades. Se fijó una multa de dos a diez unidades tributarias mensuales por el mal uso del registro.

⁴⁹ Chile, Ley N° 20.594, crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades. Publicado en Diario Oficial de 19 de junio de 2012. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mmbq>

Una nueva propuesta del Ejecutivo, presentada el 12 de noviembre de 2012, terminó en la Ley N° 20.685, publicada el 20 de agosto de 2013⁵⁰. La normativa estableció que los condenados a la pena de inhabilitación temporal para trabajar con menores sólo podrán borrar sus antecedentes luego de diez años de cumplir el total de la pena impuesta⁵¹.

VIII. Tarea para hoy y mañana

La labor parlamentaria en materia de penalización de los abusos sexuales contra niños, niñas y adolescentes ha sido fructífera. Sin embargo, se mantiene una importante cifra negra de casos no denunciados y de causas en las que habiendo denuncia no se logra un resultado condenatorio.

Este proceso en el que la sociedad chilena se ha involucrado está lejos de haber concluido, y cada día aparecen nuevas preocupaciones a las que es necesario atender.

Las entidades que trabajan en el país en el tema de violencia sexual contra la infancia manifiestan su preocupación por la ausencia de un sistema integral de protección a la infancia. Preocupa que en los casos de violencia sexual cuando el sistema penal no llega a resultados condenatorios, los niños, niñas y adolescentes puedan quedar en peor situación que previo a la denuncia.

Chile ha dado pasos importantes para lograr sanciones, pero sin perjuicio de la necesidad de estar revisando y mejorando la ley penal, queda mucho por hacer en cuanto a un sistema de protección que vaya más allá de lo criminal.

Es previsible que la prensa nos siga sorprendiendo con nuevas historias impactantes. Pero más allá de los grandes titulares de la televisión y las portadas de diarios, hay una infancia que sigue sufriendo. En esta materia, el Congreso Nacional tiene tarea para el presente y el futuro.

⁵⁰ Boletín N° 8677-07 Agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad. Fecha de ingreso: 12 de noviembre de 2012.

⁵¹ Chile, Ley N° 20.685 agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad. Publicada en Diario Oficial de 20 de agosto de 2013. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m86e>



Capítulo IV

Evolución legislativa en la protección de niños, niñas y adolescentes en Chile: perspectiva histórica y aportes de la Ley N° 19.927

Hernán Fernández Rojas*

I. Introducción

El análisis que a continuación se presenta busca situar algunos de los recientes cambios legislativos realizados a favor de la protección de niños, niñas y adolescentes en Chile, en una perspectiva histórica de valoración de las normas que se incorporaron, o bien, se modificaron por la Ley N° 19.927, conocida como la ley que sanciona la pornografía infantil, cuyo contenido va más allá de los tipos penales así referidos, especialmente por los nuevos marcos procesales que introduce¹.

La referida ley marca un gran paso evolutivo en la legislación chilena, por corregir los efectos generados por leyes previas y por responder a una nueva realidad que se manifiesta a través de las tecnologías de obtención de imágenes y de soportes audiovisuales para su transmisión, que no solo son los medios comisivos de nuevas figuras delictuales, sino también se constituyen en importantes medios probatorios de otros delitos que antes se cometían sin dejar tales evidencias materiales. En definitiva, la Ley N° 19.927 representa un hito a través del cual se construyen nuevos tipos penales necesarios y se aprueban modernas normas procesales de investigación.

Sin embargo, el camino para su aprobación no fue fácil, pues hubo que enfrentar a algunas de las ideologías manifestadas en el derecho penal tradicional, que se oponían a su avance. La dogmática penal debió entonces ceder espacio a las

* Abogado (Universidad de Concepción), litigante especializado en materias de infancia.

¹ Chile, Ley N° 19.927, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Publicada en Diario Oficial de 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mh5w>

decisiones de política criminal del Estado, asumidas para proteger a los niños, niñas y adolescentes ante las nuevas y peligrosas amenazas que emergen como una apremiante realidad concreta, y no como meras hipótesis teóricas o abstractas que se debían considerar a la luz de la legislación comparada.

No podemos dejar de decir que en este avance legislativo fue fundamental el compromiso de los legisladores, siendo por ello muy justo reconocer el valioso esfuerzo del diputado Patricio Walker Prieto uno de los autores de la moción que dio origen a la Ley N° 19.927², la cual supo representar fielmente en el Congreso, y quien hasta ahora, como senador de la República, ha seguido trabajando por nuevas leyes a favor de la infancia. Es justo mencionar también el destacado rol del ministro de Justicia de la época, don José Antonio Gómez Urrutia, quien hizo aportes jurídicos significativos durante el proceso de tramitación de la iniciativa y supo dar el necesario respaldo técnico y político para lograr la aprobación de la misma, sin ceder ni renunciar al estándar normativo al cual se aspiraba alcanzar.

II. Contexto histórico del proyecto de ley

A comienzos de la primera década del nuevo siglo, la pornografía infantil se observaba desde Chile como una realidad lejana, que afectaba a niños y niñas de países europeos o asiáticos, como un problema asociado a los denominados “explotadores sexuales” o “turistas sexuales” que buscaban menores en países en vías de desarrollo, o como un nuevo fenómeno que se manifestaba en las “comunidades o redes” que comenzaban a construirse a través de internet en Estados Unidos o en países europeos para los mismos propósitos criminales. La llamada “Operación Orquídea” en Estados Unidos, conecta ambas realidades: el abuso sexual infantil y las redes de pederastas organizados a través de las nuevas tecnologías para la transmisión de imágenes en tiempo real. Se identifican en ese caso las víctimas para lograr su protección y se descubren decenas de integrantes de tales redes criminales, de las más diversas profesiones, oficios, condiciones económicas, sociales y con vidas en apariencia normales.

² Ver: *Boletín N° 2906-07 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Fecha de ingreso: 10 de abril de 2002.*

En Europa, Canadá y Estados Unidos se aprobaban leyes que sancionaban severamente la pornografía infantil en todas las etapas de su cadena criminal (producción, distribución y adquisición), y se facultaba a los servicios policiales para utilizar nuevas formas de investigación más apropiadas y eficaces para identificar a los autores y para proteger oportunamente a las víctimas.

Las primeras manifestaciones sobre la realidad de la pornografía infantil en Chile surgen con la denuncia que, en el año 2001, hacen los padres de niños que asistían a las enseñanzas informales de idioma inglés que impartía en Santiago un ciudadano norteamericano, quien había creado un sitio web sospechoso por la encriptación de las imágenes allí contenidas y por tener el sugestivo título de “Barrio Treasures”. Las operaciones policiales posteriores permitieron incautar miles de imágenes de pornografía infantil de origen no precisado y otras que habían sido creadas en Chile, sin embargo, el Tribunal del Crimen de la época en escaso tiempo, otorgó al imputado la libertad por falta de méritos, argumentando que las conductas realizadas no eran constitutivas de delito en la legislación chilena³. Meses después se descubre que la denominada red internacional de pornografía infantil “Paidos-otra” tenía integrantes en Chile⁴, cuyos datos de posible identificación habían sido entregados desde Costa Rica a las autoridades policiales de Chile, sin que se activaran oportunamente los correspondientes procesos judiciales de investigación. La razón nuevamente era que la pornografía infantil no tenía sanción en la legislación chilena⁵.

Se suele decir que se legisla ante la presión de los medios de comunicación. En este caso sin embargo no fue así, las noticias solo confirmaban la realidad a la que

³ En enero del año 2001 los medios de comunicación difundieron profusamente la noticia de la detención y posterior libertad del ciudadano norteamericano Thomas Bertinuson, quien al salir del lugar de detención se puso a disposición de las autoridades del FBI en Chile, y a su retorno a Estados Unidos fue detenido por las autoridades judiciales de dicho país con motivo de diversos procesos penales pendientes por delitos sexuales contra niños y adolescentes. Fue condenado a extensas penas que aún cumple en cárceles norteamericanas.

⁴ Este nombre fue autoasignado por los integrantes de la Red Paidos original que no fueron detenidos en las operaciones policiales europeas y latinoamericanas de comienzos del 2000 y los nuevos miembros que se incorporaron. Con esta denominación sus integrantes buscaban reconocer a la red anterior pero diferenciándose de ésta en su pretensión de impunidad.

⁵ Los integrantes chilenos de la Red Paidos-otra fueron detenidos posteriormente en una compleja investigación de la Policía de Investigaciones y de la destacada periodista Carola Fuentes del Programa Contacto de Canal 13. Asociación ilícita, violación y abusos sexuales fueron algunos de los delitos imputados. Los jueces Mario Carroza y Verónica Sabaj cumplieron un rol muy importante en el serio compromiso con la sociedad chilena en la investigación de estos delitos, y en la protección de las víctimas.

se buscaba dar, desde antes, una respuesta legislativa apropiada. El proyecto de ley, anterior a la revelación de estos hechos por los medios de comunicación, se sustentaba en amplios estudios de legislación comparada, y tenía el serio propósito de corregir las deficiencias existentes en la legislación nacional⁶.

III. La Ley N° 19.617: un intento imperfecto previo de legislar sobre pornografía infantil en Chile

El delito de producción de pornografía infantil fue creado por la Ley N° 19.617 de 12 de julio de 1999⁷, la que incorporó al Código Penal el artículo 366 quáter, que en su inciso segundo sancionaba con reclusión menor en cualquiera de sus grados *“al que empleare un menor de 12 años en la producción de material pornográfico”*. Para víctimas mayores de 12 y menores de 18 años la pena siendo la misma, exigía para su imposición como requisito la concurrencia de *“cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363”*.

En efecto, para que la conducta constituyera delito debía concurrir alguno de los requisitos de fuerza o intimidación sobre la víctima (contemplado en el N° 1 del artículo 361), o alguna de las circunstancias previstas en el artículo 363 (anomalía o discapacidad psíquica que no constituya enajenación o trastorno, abuso de una condición de dependencia de la víctima, abuso de una condición de grave desamparo, o engaño a la víctima abusando de su ignorancia o inexperiencia sexual). Como se desprende de las exigencias señaladas, quedaban muchas situaciones en las cuales producir pornografía con adolescentes estaba en una zona de atipicidad penal. En la legislación comparada no se imponían estos requisitos, siendo la producción de pornografía con niños, niñas y adolescentes siempre un grave delito.

Esta regulación penal de la pornografía infantil era claramente insatisfactoria desde la perspectiva de valoración del bien jurídico, de los requisitos del delito y de la

⁶ Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 19.927 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, [en línea]. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1145w>*

⁷ Chile, *Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. Publicada en Diario Oficial de 12 de julio de 1999. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mkzs>*

baja extensión de la pena asignada (la que iba entre 61 días a 5 años de reclusión). Asimismo, no sancionaba la difusión de la pornografía infantil ni su posesión. En el contexto de la legislación comparada, Chile contaba en ese entonces con una de las regulaciones penales más primitivas y precarias en la materia.

Con la Ley N° 19.617, se crea un nuevo tipo penal pero con tantos requisitos para configurarse, que se hacía aplicable solo a víctimas de corta edad (menores de 12 años). Respecto de los adolescentes, muchas víctimas quedaban fuera del ámbito de aplicación de la norma penal, como por ejemplo sucedía con aquellos que sin encontrarse en situación de grave desamparo aceptaban sin engaño, ser utilizados en la producción de pornografía.

Se debe reconocer que la Ley N° 19.617 significó un aporte significativo en otras materias, tales como la ampliación de las figuras penales del delito de estupro, que en el Código Penal estaban restringidas exclusivamente al estupro por fraude, o en los aspectos procesales, al prohibir la práctica del denominado “careo” con las víctimas, diligencia altamente nociva en el antiguo sistema de procedimiento penal.

Se cuestionó sin embargo, que esta ley rebajara a cinco años y un día de reclusión la pena mínima del delito de violación con víctimas menores de doce años, que hasta entonces tenía asignado un mínimo de diez años y un día. No obstante ese mínimo alto original, las penas por delitos de violación, en la práctica, en un porcentaje cercano al 60%, eran inferiores a 5 años. Esto permitía medidas alternativas al cumplimiento efectivo, existiendo un porcentaje sobre el 30% de reincidencia en tales condenas, lo que a su vez podría explicar las penas superiores a los 5 años, al suprimirse en tales casos la posibilidad de aplicación de la circunstancia atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal referida a la irreprochable conducta anterior⁸.

Es por esto que resulta discutible que se afirme que las penas altas en la legislación penal chilena inciden en criterios de absolucón, teniendo particularmente en consideración las reglas de aplicación de penas de los artículos 68 y siguientes del Código Penal, que permiten rebajar en uno, dos o tres grados la pena desde el

⁸ Según cifras del Anuario de Estadísticas Judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) del año 1996.

grado inferior si existen dos o más circunstancias atenuantes sin agravantes o luego de compensada alguna de éstas últimas si hubiera existido.

Con delito único es altamente probable la obtención de penas bajas en delitos sexuales, aun respecto del delito de violación, siendo más bien la regla legal de reiteración de delitos, prevista en el artículo 351 del Código Procesal Penal actual⁹, la que permite tener la expectativa para las víctimas de una pena más alta, y en delitos como el abuso sexual o el estupro, que asegure un cumplimiento efectivo de la pena. En este mismo sentido se vuelve muy relevante la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema que excluye de la doctrina del delito continuado a los delitos sexuales contra víctimas menores de edad (que eludía la aplicación de la norma del artículo 351 del Código Procesal Penal) precisando dicha sentencia que basta la diferenciación temporal de al menos dos hechos para considerar la reiteración de delitos¹⁰.

Otro aspecto cuestionado a la Ley N° 19.617 fue la derogación de la norma que establecía la consumación del delito de violación desde que existía principio de ejecución, que la jurisprudencia de la Corte Suprema había entendido como conjunción genital (presión encaminada a la penetración genital), norma particularmente relevante para víctimas pre-púberes, para las cuales la violación no se consuma, generalmente, por la incompatibilidad anatómica entre agresor y víctima, o si se produce tal consumación provoca mutilaciones y desgarros genitales graves. La falta de esta norma expresa (anterior texto del artículo 362 del Código Penal) lleva a que se califiquen hoy como tentativa del delito de violación hechos que podrían haber sido considerados como conjunción genital y, por tanto, principio de ejecución del delito de violación bajo la norma previa del Código Penal y por consiguiente como delito consumado con la pena respectiva¹¹.

⁹ Antigua artículo 509 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁰ Sentencia de 09 de marzo de 2011, Rol N° 3065-2010.

¹¹ Ver: Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco en causa RIT 039-2004, que aplica la norma sobre tentativa del delito de violación en el caso de una víctima de 11 años de edad.

IV. Los aportes de la Ley N° 19.927

La Ley N° 19.927, del año 2004, responde responsablemente a una realidad manifestada en la época en que se dicta, e intenta corregir los vacíos e imperfecciones que surgen de su predecesora en la materia, la Ley N° 19.617, que no había considerado la particularidad de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes alejándose al hacerlo, de la moderna tendencia de la legislación comparada. A continuación se analizan algunos de sus principales e históricos aportes.

4.1. Incorporación de una definición legal de pornografía infantil

El artículo 366 quinquies incorporado al Código Penal por la Ley N° 19.927 señala: *“El que participe en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de 18 años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo”*. Agrega su inciso segundo: *“Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales”*.

La Ley N° 19.927 introduce un concepto concordante con la legislación comparada más moderna. Se debe advertir sin embargo, la restricción interpretativa que existe del concepto ante situaciones dudosas, como podría ser encontrar una imagen que no cumpla los requisitos señalados en la norma, pero que en su contexto pueda ser indiciaria de un delito de naturaleza sexual cometido o en preparación respecto a una víctima determinada, por ejemplo, al no existir ninguna razón lícita por la cual el adulto que obtuvo la imagen pudo tener acceso al niño o niña en el contexto circunstancial revelado por la imagen descubierta o incautada. Creemos que en tales hipótesis los servicios policiales deben informar al Ministerio Público de los hallazgos respectivos, y los fiscales responsables deben realizar las diligencias de indagación penal necesarias, que en todo caso deben suponer acciones encaminadas a la identificación y protección de los niños, niñas y adolescentes involucrados.

4.2. Establece el delito de producción de pornografía infantil sin diferenciar rangos de edad de las víctimas y eliminando las exigencias previstas en los artículos 361 N° 1 y 363 del Código Penal

De esta forma, la Ley N° 19.927 establece el delito de producción de pornografía infantil en un nuevo artículo 366 quinquies del Código Penal, en los términos expuestos precedentemente al examinar el concepto de pornografía infantil. La norma eleva además la pena asignada al delito, de un mínimo de 61 días de reclusión, que establecía la Ley N° 19.617, a un mínimo de 3 años y un día (reclusión menor en su grado máximo).

4.3. Se tipifica penalmente el delito de distribución de pornografía infantil a través de la incorporación del artículo 374 bis del Código Penal

La disposición establece en su inciso 1° que: *“El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo”*.

La norma contempla múltiples hipótesis alternativas, quedando cubiertas penalmente las situaciones respectivas sin que sea necesario un fin de lucro u otro propósito determinado, salvo la hipótesis de comercialización que allí se señala. Es relevante que para el legislador no existe ningún móvil lícito que justifique jurídicamente la difusión o exhibición de pornografía infantil, por lo cual para los fines investigativos se deberán observar estrictamente las reglas y condiciones establecidas en la norma especial del artículo 369 ter del Código Penal (que es analizado más adelante) y del artículo 113 ter del Código de Procedimiento Penal.

La inspiración del legislador volcada en el texto claro y explícito del artículo 374 bis del Código Penal indica el serio resguardo que se otorga a las imágenes de niños, niñas y adolescentes víctimas de estos delitos, lo que es concordante a su vez con la tipificación penal de la adquisición o almacenamiento de la pornografía infantil, contemplada en el inciso 2° del mismo artículo.

4.4. Se penaliza la adquisición y posesión de pornografía infantil

Con la Ley N° 19.927, el legislador cumple su propósito de sancionar todos los eslabones en la cadena criminal de la pornografía infantil, distinguiendo en este delito dos hipótesis fácticas claramente establecidas: la adquisición y el almacenamiento, ambas con reproche penal. En la adquisición existe siempre un acto dirigido de la voluntad, conociendo el autor el contenido de la imagen adquirida, no exigiéndose una cantidad determinada de imágenes para la configuración del ilícito; en el almacenamiento en cambio, lo que se sanciona es el acto de acumular las imágenes aun cuando solo exista una recepción pasiva pero consciente (por ejemplo, en el caso de recibir imágenes en un archivo adjunto abierto a través de un correo electrónico). El legislador no sanciona esta recepción accidental, pero exige la conducta inmediata de desprenderse de la imagen sin exhibirla ni difundirla, deseablemente a través de la denuncia a la policía o al Ministerio Público la que permitirá investigar la difusión que ha motivado dicha recepción.

La tipificación penal de la adquisición y almacenamiento de pornografía infantil fue uno de los aspectos más intensamente debatidos en la tramitación del proyecto de ley. Un sector del mundo académico y de la dogmática penal opinaba que no existía “lesividad” en la conducta de adquirir o almacenar pornografía infantil, y que tales actos estaban en el ámbito de la vida privada de las personas. Al respecto, los argumentos para sostener la penalización, se basaron en la ilicitud ética y jurídica de la adquisición o posesión de imágenes de niños o niñas, que no han consentido o no han podido consentir válidamente en su elaboración o producción, y respecto de hechos que innegablemente afectan su dignidad personal. Una de las circunstancias de mayor dificultad que marca los procesos terapéuticos de las víctimas, es la incertidumbre respecto al destino de las imágenes de las situaciones abusivas que en algún momento fueron captadas, reproducidas o difundidas. Es una constante repetición de la vulneración a la integridad psíquica de las víctimas. El daño existe, independientemente de la individualización posible de las víctimas o de la falta de un nexo directo con quienes adquieran o almacenan las imágenes. Existe un derecho de las víctimas a esas imágenes para su localización y posterior destrucción, una vez cumplidas las indagaciones de la justicia penal. El sistema

penal debe adoptar todas las medidas posibles de resguardo para evitar cualquier tipo de quiebre o afectación en las respectivas cadenas de custodia de las imágenes. Existe un verdadero “objeto ilícito” que merece el reproche legal a través de la tipificación penal de la conducta. Las imágenes de niños que atentan contra su intimidad e integridad no pueden estar jamás en ningún mercado de transacciones o intercambios, en ninguna forma posible, ni puede aceptarse o tolerarse ninguna forma de exhibición o difusión, tal como lo hace el legislador chileno¹².

4.5. Normas especiales de investigación de los delitos de pornografía infantil

La Ley N° 19.927 incorpora normas especiales para facilitar la investigación de los delitos de pornografía y otros delitos sexuales relacionados con la explotación sexual infanto-juvenil, que pueden ser cometidos en el contexto de la criminalidad organizada¹³. Al respecto el artículo 369 ter incorporado al Código Penal, señala:

“Cuando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hubiere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 ter, 374 bis inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal.

Igualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente, podrá el tribunal, a petición del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización, y con el objeto exclusivo de

¹² Las operaciones policiales para descubrir las cadenas criminales de la pornografía infantil dan cuenta de imágenes de niños, niñas y adolescentes en situaciones denigrantes, manifestando las formas más horribles de la crueldad humana.

¹³ El artículo 411 octies del Código Penal incorporado por la Ley N° 20.507, permite la aplicación de estas normas especiales de investigación a los delitos de trata y tráfico de personas, lo que demuestra su importancia, y la necesaria complementación de la norma penal con los aspectos procesales, para permitir la eficacia de la ley en el cumplimiento de sus objetivos de sanción. Ver: Chile, Ley N° 20.507, tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Publicada en Diario Oficial de 08 de abril de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1myqk>

facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte”.

Con esta disposición legal Chile tiene una de las normas más avanzadas para la investigación de delitos de pornografía infantil y de explotación sexual en contra de niños, niñas y adolescentes (artículos 366 quinquies, 374 bis, 367 y 367 ter del Código Penal). Al efecto, se siguió el modelo de la legislación italiana (Ley N° 269 de 3 de agosto de 1998¹⁴) que otorga en dicho país facultades al Ministerio Público y a la policía, imprescindibles para la investigación oportuna y eficaz de estos delitos. Surge aquí uno de los grandes méritos de la Ley N° 19.927: su aspiración al más alto estándar posible para la protección oportuna de las víctimas, y su necesaria conexión con los medios más idóneos para la investigación.

De esta forma, la ley permite investigar a la persona individual involucrada en pornografía infantil (imágenes que podrían corresponder a otros delitos de naturaleza sexual cometidos), y para ello no es necesario que la causa se haya iniciado por pornografía infantil. Aun cuando parece obvio, no es tan frecuente esta posible asociación, y han existido reiteradas constataciones de la falta de activación de estas facultades especiales de investigación en causas por delitos de violación o abuso sexual infantil, en las cuales las víctimas han relatado haber sido fotografiadas o registradas sus imágenes en videos, que incluso, les han sido exhibidos. Debe existir responsabilidad exigible a investigadores policiales y a los fiscales para dirigir diligencias relacionadas con la pornografía infantil producida en el contexto de otros delitos investigados, activando estos últimos las facultades establecidas en el artículo 369 ter del Código Penal, con los debidos resguardos de reserva en dichas indagaciones.

Si el imputado tiene acceso a la declaración de la víctima destruirá rápidamente todos los soportes físicos en los cuales han podido estar las imágenes producidas.

¹⁴ Ver: Italia, Legge 3 agosto 1998, n. 269, Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù. Gazzetta Ufficiale n. 185 del 10-8-1998. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1998-08-10&atto.codiceRedazionale=098G0337¤tPage=1>

Se debe investigar del mismo modo la difusión de las imágenes a través de correo electrónico y otras formas de telecomunicación, lo cual implica también las respectivas autorizaciones de los jueces de garantía. Este es un gran desafío pendiente en Chile, la aplicación eficaz de las normas legales de investigación especial en los delitos asociados a pornografía infantil. La omisión o retardo en la aplicación de estas apropiadas técnicas investigativas provoca la pérdida de las posibilidades de recuperación de las imágenes en todos sus soportes incluidos los virtuales (que es prueba material además de los delitos de violación, abuso sexual, corrupción u otros).

Una especial consideración debe tener, para los mismos fines de recuperación de imágenes y protección de las víctimas, la investigación de las imágenes obtenidas y posteriormente difundidas en el contexto del denominado delito de grooming tipificado en Chile en el artículo 366 quáter del Código Penal. Es responsabilidad del Ministerio Público y de los servicios policiales obtener oportunamente la autorización de los tribunales de garantía para ejercer las facultades que otorga el artículo 369 ter, y utilizar las técnicas investigativas para identificar y establecer probatoriamente la responsabilidad penal de todos los que hayan podido difundir las imágenes de niños, niñas o adolescentes.

V. Otros aspectos relevantes a considerar en la implementación de la Ley N° 19.927

Al tenor de los avances alcanzados por la Ley N° 19.927 a los que se ha hecho referencia, es necesario considerar para su eficaz implementación los siguientes aspectos:

a) La importancia de aplicar la norma de reserva del artículo 182 del Código Procesal Penal

Se debe tener en consideración que el sistema procesal penal restringe a cuarenta (40) días el plazo máximo para que el Ministerio Público pueda disponer la reserva de determinadas partes de la investigación, plazo que puede resultar insuficiente para investigaciones que implican el uso de tecnologías no siempre disponibles de manera inmediata. Se advierte en este aspecto un ámbito de necesaria reforma legal, al menos de manera restringida a delitos de pornografía infantil, por cuanto

implica la posibilidad de lograr de manera efectiva la identificación de víctimas, su protección, y la identificación de los autores de estos delitos, quienes podrían integrar incluso extensas redes criminales con relaciones complejas y sofisticadas para esconder sus propósitos y sus acciones. La investigación de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes puede implicar la conexión de sus autores con redes criminales organizadas relacionadas con pornografía infantil, y es en consecuencia siempre, una obligación ética y legal, emplear el mayor esfuerzo para lograr los resultados esperados. Es una responsabilidad política también dotar a los organismos policiales y al Ministerio Público de los más actualizados recursos humanos y tecnológicos para cumplir estas tareas, de modo eficaz.

b) Norma especial para la protección de niños, niñas o adolescentes víctimas que puedan encontrarse en peligro grave e inminente para su vida o salud

Durante la tramitación del Proyecto de Ley una indicación del diputado Patricio Walker permitió otorgar a la policía facultades de ingreso a lugar cerrado en situaciones de riesgo o peligro inminente para la vida o salud de un niño, niña o adolescente, sin necesidad de esperar la existencia de delito flagrante, texto incorporado al artículo 15 letra e) de la Ley N° 16.618¹⁵. Esta norma permite intervenir preventivamente ante situaciones fundadas de riesgo, y es una importante contribución para la protección de las víctimas. En la discusión legislativa de la norma se contó con el apoyo del diputado Juan Bustos Ramírez, quien destacó su valor y la importancia de su aprobación.

En casos muy dramáticos con riesgo grave o resultado de muerte de las víctimas, la negativa o el injustificable retardo en el ingreso policial a lugares cerrados, se basaba en la exigencia legal de la orden judicial previa o la configuración de los elementos fácticos del delito flagrante, todo lo cual impedía o demoraba el auxilio oportuno. La nueva norma aprobada tiene el propósito claro de la protección de

¹⁵ *La norma incorpora entre las finalidades de la Policía de Menores, “e) Otorgar protección inmediata a un niño, niña o adolescente que se encuentre en situación de peligro grave, directo e inminente para su vida o integridad física. Para ello, concurriendo tales circunstancias, podrá ingresar a un lugar cerrado y retirar al niño, niña o adolescente, debiendo en todo caso poner de inmediato los hechos en conocimiento del Juez de Menores, del Crimen o Fiscal del Ministerio Público, según corresponda”. Ver: Chile, Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2000, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.334, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de Menores, de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Publicado en Diario Oficial de 30 de mayo de 2000. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m087>*

niños, niñas y adolescentes en riesgo inminente, y otorga la facultad legal necesaria para lograrla y por lo tanto, es preciso su adecuada y permanente difusión, especialmente, entre los agentes policiales encargados de aplicarla.

VI. Conclusiones

No basta con que exista la norma legal, ésta debe ser *eficiente* en el sentido de estar a la altura de la necesidad social que la motiva, materializando el más alto estándar en el contexto de los imperativos constitucionales y de la legislación comparada. La norma también debe ser *efectiva*, pero esta dimensión no depende del legislador, pues implica su conocimiento y adecuada valoración por los agentes encargados de su aplicación. La norma finalmente debe ser *eficaz* para lograr sus objetivos y propósitos, lo cual también depende de quienes deben conocerla y aplicarla.

La Ley N° 19.927 es una norma de alta eficiencia normativa, tanto sustantiva como procesal, representando el fruto de un serio y responsable trabajo legislativo. Falta sin embargo, que se difunda más la importancia de su aplicación, y es necesario que los servicios policiales y el Ministerio Público tengan los recursos para obtener eficazmente los resultados de protección de niños, niñas y adolescentes, con una clara y comprometida voluntad en valorar y aplicar esta ley.



Los delitos sexuales tradicionales y sus principales modificaciones

María Elena Santibáñez Torres*

I. Introducción

El área de la criminalidad que ha experimentado mayores modificaciones, en términos normativos, en las últimas décadas es el de los delitos sexuales. Ello obedece, sin duda, a una serie de cambios vinculados a distintos factores, entre otros, el mayor respeto de los derechos de las personas y de la dignidad de las mismas, la creciente protección de los derechos de los niños, hallazgos criminológicos y reformas culturales asociadas a las concepciones y hábitos sexuales, todos los cuales han significado una nueva mirada a la sanción de estas conductas de carácter sexual, dejando de lado consideraciones morales¹ y fundando más bien la incriminación de estos hechos en la auténtica lesión de bienes jurídicos individuales.

Las reformas tendientes a erradicar criterios morales en la fundamentación de los delitos sexuales, así como en la construcción de los tipos penales mismos, se convirtieron en una aspiración más o menos generalizada de la dogmática penal, que se encargó de promoverlas en los distintos ordenamientos jurídicos. De esta manera en nuestro país los delitos que han experimentado mayor cantidad de variaciones en las últimas décadas son precisamente los de carácter sexual, inspirados en este movimiento reformista².

* Abogada. Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Práctica Conjunta de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ La exclusión de criterios morales se basa en el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación del ser humano y busca evitar que se imponga a la ciudadanía ciertas formas de comportamiento consideradas deseables desde la perspectiva de los valores morales imperantes, contrarrestando de esta forma la excesiva ideologización que mostraban los textos penales vigentes.

² Al hablar de "reformismo" la doctrina contemporánea alude específicamente a un vasto movimiento internacional en pro de la renovación del ordenamiento punitivo, que se desarrolla a partir de la década de los años cincuenta del siglo XX. Ver: Rodríguez C., Luis, *Delitos sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, reimpresión 2015, p.119.

Este modelo de sistematización de los delitos sexuales busca despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso en el ámbito de la sexualidad de una persona por parte de otra persona. Se recalca el hecho que tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo deben ser personas, así no se consideran relevantes las afectaciones a otros valores que no sean el atentar contra un ser humano, es decir, en definitiva busca una estrategia reduccionista. En él se han inspirado los movimientos de reforma de la criminalidad sexual en la mayoría de los países, así ocurrió en el nuestro principalmente con las leyes N° 19.617 del año 1999³ y N° 19.927 del año 2004⁴, que introducen reformas transversales en el sistema de los delitos sexuales recogiendo en gran medida los postulados de este modelo. Junto a estas modificaciones existen otras muy importantes pero más acotadas como son las que se realizan por medio de la Ley N° 20.207 del año 2007⁵, Ley N° 20.480 del año 2010⁶, Ley N° 20.526 del año 2011⁷, Ley N° 20.594 de 2012⁸

³ La Ley N° 19.617 fue publicada en julio del año 1999 e inició su tramitación por Mensaje Presidencial el año 1994. Se trata de una de las reformas más completas efectuadas al ámbito de los delitos sexuales, aún cuando originalmente tenía por objeto sólo la reforma del delito de violación. Ver: Chile, Ley N° 19.617, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. Publicada en Diario Oficial de 12 de julio de 1999. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mkzs>

⁴ Esta ley inició su tramitación por moción parlamentaria de los entonces diputados Patricio Walker y Pía Guzmán y aún cuando perseguía cambios principalmente en los delitos asociados a la pornografía infantil, terminó modificando el sistema completo de los delitos sexuales, entre otras reformas, al aumentar la edad para prestar consentimiento en el ámbito sexual de 12 a 14 años. Ver: Chile, Ley N° 19.927, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Publicada en Diario Oficial de 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mh5w>

⁵ Esta ley introdujo una norma especial en materia de prescripción de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Ver: Chile, Ley N° 20.207, establece que la prescripción en los delitos sexuales contra menores, se computará desde el día en que éstos alcancen la mayoría de edad. Publicada en Diario Oficial de 31 de agosto de 2007. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1makg>

⁶ Ley que efectúa algunas modificaciones de los delitos sexuales, cambiando la redacción de la modalidad segunda del delito de violación y de la norma especial sobre delitos sexuales cometidos entre cónyuges o convivientes e incorporando ciertas circunstancias agravantes de responsabilidad penal de estos delitos en el artículo 368 bis. Ver: Chile, Ley N° 20.480, modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas del parricidio. Publicada en Diario Oficial de 18 de diciembre de 2010. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1ma0v>

⁷ Ley que incorpora en el artículo 366 quáter del Código Penal una nueva modalidad del delito de abuso sexual impropio conocida como "child grooming" y amplía el concepto de pornografía infantil. Ver: Chile, Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Publicada en Diario Oficial de 13 de agosto de 2011. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1n65o>

⁸ La Ley N° 20.594 modifica la pena de inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad, otorgándole carácter perpetuo tratándose de delitos contra menores de catorce años y temporal cuando son mayores de esa edad, creando un registro público de esta pena. Ver: Chile, Ley N° 20.594, crea inhabilitaciones para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilitaciones. Publicada en Diario Oficial de 19 de junio de 2012. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mmbq>

y Ley N° 20.685 del año 2013⁹.

Todos estos cambios han transformado en forma sustancial la regulación de los delitos sexuales. Sin embargo, no todos ellos obedecen al modelo reformista al que se ha hecho referencia, observándose en algunas de las mencionadas modificaciones legislativas más bien consideraciones asociadas a la peligrosidad que parecen tener este tipo de conductas y que han llevado a establecer verdaderas medidas de seguridad para los condenados por delitos sexuales. En este mismo sentido, existe una tendencia creciente en el último tiempo ha aumentar el ámbito de la criminalidad sexual, a endurecer las penas que llevan asociadas estos delitos y a restringir las posibilidades de penas sustitutivas o de beneficios intrapenitenciarios, lo que responde a lo que se ha denominado el modelo sistemático del expansionismo¹⁰.

Por otro lado, siguen existiendo junto a conductas delictivas verdaderamente lesivas para los bienes jurídicos de carácter sexual, como la integridad, la libertad o la indemnidad sexual, otras que mantienen una fuerte inspiración de carácter moral asociadas a bienes jurídicos como las buenas costumbres, la moralidad pública o el orden de las familias, las que a nuestro parecer deberían salir de los ordenamientos jurídico penales.

Así las cosas, los delitos sexuales tradicionales, que son los que motivan en esta oportunidad nuestro análisis, han experimentado cambios profundos, lo que no sólo ha ocurrido en este país sino que es una constante en el derecho comparado.

Es importante señalar que si bien todas las legislaciones tienden a establecer diferentes formas de regular estos delitos, parece existir cierto consenso a lo menos en tres ideas centrales que son recogidas en mayor o menor medida por los distintos ordenamientos jurídicos. Lo primero que parece ser una constante, es la mayor incriminación de aquellas conductas que suponen empleo de violencia

⁹ *Ley que amplía la agravante del artículo 368 del Código Penal a transportistas escolares y a quienes se desempeñen en establecimientos educacionales a cualquier título, aumenta la pena de la comercialización de material pornográfico infantil equiparándola con la de producción, establece modificaciones en cuanto al plazo para borrar antecedentes penales tratándose de la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad e introduce modificaciones a la libertad condicional. Ver: Chile, Ley N° 20.685, agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad. Publicada en Diario Oficial de 20 de agosto de 2013. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m86e>*

¹⁰ Véase: Rodríguez C., Luis, *op.cit.* p.130 y ss.

física por sobre aquellas en que el delito se funda más bien en la existencia de una situación de aprovechamiento o engaño; en segundo lugar, existe acuerdo en que son conductas más graves y merecen mayor reproche jurídico-penal aquellas que suponen el traspaso de límites corporales de la víctima con significación sexual por sobre aquellas en que la conducta tiene una naturaleza distinta y, el último consenso que parece existir, a lo menos en la civilización occidental, es la especial protección que debe darse a los menores de edad atendidas las características especiales de los mismos. Todas estas directrices han sido recogidas de alguna manera por las distintas modificaciones que han experimentado los delitos sexuales durante las dos últimas décadas en nuestro país.

En este entendido, la finalidad de este breve estudio es dar una visión panorámica acerca de las características generales de los delitos sexuales tradicionales, esto es, los delitos de violación, estupro y abuso sexual y de las modificaciones más importantes que han experimentado. Para ello comenzaremos haciendo una breve descripción del bien jurídico protegido por estos tipos penales para luego referirnos a cada uno de ellos en particular.

II. Bien jurídico protegido

Independiente de la importancia sistemática que pueda tener el estudio de los bienes jurídicos protegidos por los distintos tipos penales, usualmente se plantea que su relevancia radica en que sirven como límites al poder punitivo del Estado y que son un freno a la inclusión de conceptos morales al derecho penal. Sin embargo, nos parece que la utilidad más manifiesta de la noción de bien jurídico protegido es aquella que nos permite utilizarlos como herramientas a la labor hermenéutica, a la delimitación de los distintos tipos penales y, especialmente en este caso, a determinar las conductas sexualmente relevantes para el derecho penal.

Los delitos de connotación sexual, como también se les denomina, se encuentran regulados en el párrafo VII del Libro II del Código Penal (C.P.), originalmente bajo el epígrafe de “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la

moralidad pública”¹¹, sin que históricamente se hiciese alusión alguna a un bien jurídico individual de protección en esta clase de delitos.

La incorporación de un auténtico bien jurídico de protección en esta clase de delitos se produjo recién el año 2004 con la Ley N° 19.927, que cambia el epígrafe del título VII del Libro II del C.P., quedando del siguiente tenor: “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual”. No obstante hacer la referencia a un bien jurídico individual, lo que nos parece muy positivo, se siguen considerando otros bienes jurídicos cuya pertenencia al ámbito del derecho penal parece a lo menos discutible.

De esta forma nuestro Código Penal toma partido por el bien jurídico *integridad sexual* tratándose de estos delitos, entendiendo por tal un concepto que, al igual que los de incolumidad o indemnidad sexual, hace referencia al derecho del individuo a no sufrir detrimento en el plano de la sexualidad, partiendo de la premisa innegable, a nuestro juicio, que estos delitos apuntan a la protección de la víctima frente al daño psíquico y emocional que ésta puede experimentar a consecuencia del comportamiento sexual abusivo tanto en forma coetánea a su realización como en un momento posterior¹².

No obstante ello, una somera revisión de la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales permite darnos cuenta que se sigue echando mano de los bienes jurídicos tradicionales de libertad de autodeterminación sexual e indemnidad sexual para la fundamentación de esta clase de delitos y que el concepto de integridad sexual, aún cuando podamos considerarlo como sinónimo de indemnidad, no se ha asentado aún en el discurso jurídico.

En cuanto al bien jurídico *libertad de autodeterminación sexual* que se protege por estos delitos se refiere a su aspecto negativo o estático, es decir el derecho

¹¹ La referencia a bienes jurídicos con un fuerte componente moral obedece a las tendencias imperantes en la época de dictación de nuestro Código Penal, inspiradas en el llamado modelo de la codificación. Al respecto véase Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 135-142. Todos los proyectos de Código Penal elaborados durante el siglo pasado, que intentaron adecuar nuestro añoso código punitivo a las modernas tendencias que venían desarrollándose en el derecho comparado, a la hora de referirse a los delitos de connotación sexual seguían utilizando criterios morales de fundamentación. Sólo el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por la Comisión Foro Penal del año 2005 se refiere a estos delitos como Delitos contra la Integridad Sexual, sin referencia a criterios morales, recogiendo el ideario reformista en estas materias y contemplando un auténtico bien jurídico de carácter personal como criterio de fundamentación de estos delitos.

¹² Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 175.

que tenemos a no vernos involucrados en contextos sexuales no deseados. En cambio la libertad sexual positiva o dinámica entendida como el derecho que tenemos a relacionarnos libremente en este ámbito más bien ha sido tomada en consideración a través de una progresiva despenalización de ciertas conductas sexuales, reconociendo con ello el carácter fragmentario del derecho penal¹³.

En el caso de la *indemnidad sexual*, a pesar de ser un bien jurídico que puede predicarse respecto de adultos y menores pues alude al carácter lesivo de las conductas, tiende más bien a restringirse su utilización como criterio de fundamentación respecto de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Se pone énfasis, nos parece, en la afectación al desarrollo y bienestar del menor, que es implícita a la realización de las conductas sexualmente abusivas.

Todavía hay un tercer bien jurídico que suele ser utilizado que es la *intangibilidad sexual*, más propia de sujetos que no están en condiciones de manifestar voluntad alguna respecto a la realización de un acto sexual, por ejemplo, personas en estado comatoso. En estos casos el énfasis está en la prohibición de instrumentalización de estos sujetos y en el respeto a su dignidad humana.

Todos estos bienes jurídicos parecen seguir conviviendo al momento de fundamentar la criminalidad sexual, en todo caso el énfasis que se ponga en uno o en otro permitirá interpretar de una manera más coherente estos tipos penales.

III. Delito de violación

El delito de violación constituye el atentado sexual más grave que existe en nuestro ordenamiento jurídico. La delimitación de las conductas que son comprendidas por esta figura, constituye un imperativo para poder determinar, con la mayor precisión posible, en qué casos las conductas de significación sexual consistentes en acceso carnal son constitutivas de delito y en qué casos en cambio son conductas atípicas.

¹³ Ello se ve reflejado con la despenalización de los delitos de adulterio y amancebamiento en 1994 y de la sodomía consentida entre adultos, el año 1999. En cambio, uno de los delitos que subsiste en el que parece haber afectación a esta libertad es el de incesto, que no tiene a nuestro juicio un bien jurídico real de protección.

3.1. Reseña sobre su evolución

El delito de violación aparece recogido en el artículo 361 de nuestro Código Penal desde su dictación¹⁴. La conducta originalmente sancionada se cometía yaciendo con una mujer en ciertos casos señalados por la ley, todos los cuales evidenciaban la falta de voluntad de la víctima. El delito era bastante restringido, pues sólo podía ser sujeto pasivo de la violación la mujer. Además, existía cierto consenso doctrinario, en entender que la conducta se realizaba únicamente a través del coito heterosexual vaginal, quedando excluido del ámbito de la violación el coito anal o cualquier forma de introducción de objetos¹⁵. Por su parte, las modalidades comisivas eran relativamente similares a las de la figura actual, pues contemplaban la fuerza o intimidación, la privación de sentido o razón de la víctima y la minoría de doce años de la mujer.

La primera modificación que sufre este delito fue en el año 1972, con la creación del delito de violación sodomítica¹⁶, permitiendo que el hombre también pudiese ser sujeto pasivo de un delito similar al de la mujer. Casi al final de esa década,

¹⁴ La disposición original era la siguiente: “Art. 361: La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.

Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.

3º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aún cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.

¹⁵ En este sentido Garrido M., Mario, *Derecho Penal: parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. III, p. 350; Künsemüller, Carlos, “Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno”, en *Gaceta Jurídica*, 1993, No.152, p.43; Muñoz C., Francisco, *Derecho Penal: parte especial*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 6a edición, 1985, p. 344. Etcheberry en cambio, era partidario de una posición más amplia, en favor de considerar la cópula anal con la mujer como constitutiva del delito de violación, ver: Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal: parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. IV, p. 57. Sobre la necesidad de ampliar la conducta original a otro tipo de penetraciones, véase Alonso de Escamilla, Avelina, “El delito de violación: la conducta típica”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, Tomo XLII, pp. 571-591.

¹⁶ La figura fue creada por la Ley N° 17.727. Antes de su creación el coito anal no consentido de un hombre con otro hombre sólo podía ser castigado a título del delito de abusos deshonestos. El delito llamado delito de violación sodomítica se incorpora en el artículo 365 del Código Penal, que hasta ese entonces se refería sólo a la sodomía simple, quedando a partir de esa fecha del siguiente tenor:

“Art. 365. El que se hiciere reo del delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo algunas de las siguientes circunstancias:

1º Cuando se use de fuerza o intimidación sobre la víctima.

2º Cuando se halle la víctima privada de razón o de sentido por cualquier causa, y

3º Ser el ofendido menor de catorce años cumplidos, aún cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores”.

Ver: Chile, Ley N° 17.727, introduce modificaciones que indica al Código Penal. Publicada en *Diario Oficial* de 27 de septiembre de 1972. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1sh7q>

se crea el delito complejo de violación con homicidio y se aumenta la pena de los delitos de violación y violación sodomítica en los casos que tuvieran como víctimas a mujeres menores de doce años u hombres menores de catorce años¹⁷.

El cambio más significativo que experimenta el delito de violación se produciría sin embargo, muchos años más tarde, con la dictación de la Ley N° 19.617 el año 1999. Esta normativa modifica sustancialmente el tipo penal de la violación en cuanto a los sujetos pasivos del delito, la conducta incriminada y las modalidades comisivas. A partir de esta modificación se equiparan los sujetos pasivos del delito, pudiendo ser hombres o mujeres, con lo cual desaparece el delito de violación sodomítica. Asimismo, se elimina la diferencia que hasta ese entonces se hacía en cuanto a la edad para prestar consentimiento en materia sexual, estableciéndose en doce años cualquiera sea el sexo de la víctima. Por otra parte se describe y se amplía la conducta punible, indicándose claramente que ella consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, de esta manera el delito se extiende en el caso de la mujer al coito anal y bucal y en el caso del hombre al coito bucal.

Del mismo modo, las modalidades comisivas experimentan algunos cambios, modernizándose la nomenclatura utilizada por el Código para referirse a la privación de razón de la víctima, que ahora denomina como enajenación o trastorno mental de la misma y exigiendo expresamente, en este caso, la existencia de abuso para estar en presencia del delito. Además se agrega, en el numeral segundo del artículo 361 del Código Penal, junto a la privación de sentido de la víctima, el aprovechamiento de la incapacidad para oponer resistencia de la misma, que años más tarde cambiaría su redacción.

Esta ley introduce también un cambio en la ubicación del delito de violación de menor de doce años de edad, que pasa a ocupar un artículo independiente al de la violación de mayores de esa edad, ubicándose ahora en el artículo 362 del código punitivo¹⁸.

¹⁷ Esta modificación se efectúa a propósito del conocido Caso Anfruns. Ver: Chile, Decreto Ley N° 2.967 de 1979, introduce modificaciones al Código Penal. Publicado en Diario Oficial de 11 de diciembre de 1979. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1seah>

¹⁸ Hasta esa fecha el artículo 362 contenía una norma relativa al itercrimín del delito de violación considerándolo como consumado desde que había principio de ejecución. Esta disposición legal desaparece regulándose desde entonces la tentativa de este delito de acuerdo a las normas generales sobre la materia.

Habían transcurrido pocos años desde esta modificación tan importante en el ámbito de la criminalidad sexual, cuando se produce una nueva gran reforma por la Ley N° 19.927 el año 2004, la que si bien no introduce cambios en la conducta del delito de violación, produce una verdadera revolución en prácticamente todos los ilícitos de esta índole al aumentar en dos años la edad para prestar consentimiento en materia sexual, fijándola en catorce años sin distinción de sexo¹⁹. Esta misma ley aumentó la pena del delito de violación del artículo 361, eliminando el grado inferior de la pena, que ahora queda con una extensión de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Con posterioridad, y aún cuando no se trató de una modificación directa del Código Penal, debe destacarse en la evolución que ha tenido el delito de violación, la norma contenida en el artículo 4° de la Ley N° 20.084, dictada el año 2005 y que estableció un sistema de responsabilidad penal adolescente²⁰. La norma tiene incidencia directa en el delito que se analiza pues deja fuera del ámbito penal las relaciones sexuales consentidas con menores de catorce años²¹, siempre que entre el sujeto activo y pasivo de la conducta exista una diferencia de edad no superior a dos años en el caso de las conductas consistentes en accesos carnales que pueden dar lugar al delito de violación, o

¹⁹ *Es importante recordar que la fijación de la edad en catorce años para prestar consentimiento en materia sexual obedeció en gran parte a la presión social y mediática existente considerando que en la época de discusión de la ley había estallado el llamado caso Spiniak. Sobre el particular véase la Historia de la Ley N° 19.927 que da cuenta precisamente que la discusión acerca de este punto se centraba en fijar la edad en 12 o 13 años, no en 14 como finalmente se hizo producto de las razones ya señaladas.*

²⁰ *Chile, Ley N° 20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Publicada en Diario Oficial de 07 de diciembre de 2005. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m0pj>*

²¹ *El artículo 4° de la norma dispone: “Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quater y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos”.*

La incorporación a esta regla especial sobre delitos sexuales del delito de producción de material pornográfico infantil, contemplado en el artículo 366 quinquies del Código Penal, es posterior a su creación y fue agregado por Ley N° 20.526, de 13 de agosto de 2011.

tres años tratándose de conductas que pueden constituir otros delitos señalados por la misma disposición²².

La última modificación producida en la descripción típica del delito de violación, es la que realiza la Ley N° 20.480 del año 2010, que elimina la voz resistencia de la circunstancia contenida en el art. 361 N° 2 segunda parte.

3.2. Características y modalidades comisivas del delito de violación

En cuanto al sujeto activo del delito la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la redacción de los tipos penales de violación y estupro, sólo permiten que estas conductas se realicen por quién accede carnalmente a la víctima, es decir sólo puede tratarse de un hombre, y no por quien se hace acceder por otro²³.

En cambio tratándose de los sujetos pasivos o víctimas de este delito, como ya se ha señalado, la ley equipara a hombres y mujeres sin distinción alguna.

²² *La naturaleza jurídica de la norma es objeto de discusión por parte de la doctrina, inclinándose en el último tiempo más bien por apreciar un carácter justificante en la disposición, toda vez que la conducta ejecutada dentro de los márgenes establecidos por la norma parece estar completamente autorizada por el legislador, de manera que no habría ningún indicio de ilicitud en la misma, con las consecuencias que ello trae consigo en diferentes instituciones del derecho penal, v.gr. en materia de participación criminal.*

La existencia de una norma de estas características en nuestro ordenamiento jurídico permite en parte solucionar los problemas que acarrea la fijación de una edad tan alta, a nuestro juicio, para prestar consentimiento en materia sexual. Con ella nuestro derecho sigue la tendencia existente en otras legislaciones que establecen reglas similares, así por ejemplo en el Código austríaco, el límite etario está fijado en los 13 años y la diferencia de edad con el hechor, en tres años (§§ 206, 207 y 208), lo mismo que en el italiano (art. 609 quáter); en el suizo, en cambio, la edad límite son los 16 años de edad, y la diferencia de edad con el hechor es de tres años (art. 186.2). Sin embargo, de lege ferenda sería aconsejable bajar la edad fijada para prestar consentimiento a 13 o 12 años, como por lo demás lo hace el art. 99 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal del año 2005 que vuelve a establecer los 12 años, o bien, aumentar la diferencia de edad establecida en esta regla especial para delitos sexuales a cuatro o cinco años en todos los casos.

Sobre el particular es relevante tener en cuenta que el DSM-IV TR (2003) acuña una diferencia de edad de tipo clínica cuando realiza la definición de pedofilia, estableciendo que “el individuo con este trastorno debe tener 16 años o más y ha de ser por lo menos 5 años mayor que el niño”, en el criterio de su diagnóstico. Por otro lado, como concepto de asimetría de edad, está la definición que realizan Cantón y Cortés quienes establecen que “el contacto sexual entre un adolescente y un niño más pequeño también se puede considerar abusivo cuando exista una disparidad significativa de edad (cinco o más años), de desarrollo o de tamaño que haga que el niño más pequeño no esté en condiciones de dar un consentimiento informado”, ver: Cantón D., José, Cortés A., María, Guía para la evaluación del abuso sexual infantil, Madrid, Ediciones Pirámide, 2000, p. 11.

²³ *En igual sentido Sentencia de la Corte Suprema (SCS) de 7 de enero de 2009 (Rol 7823-2008), N° Legal Publishing: 41559. Aceptando la posibilidad de que el sujeto activo de la violación o el estupro puede ser tanto quien accede carnalmente como quien se hace acceder por otro están: Carnevali R., Raúl, “La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”, en*

La conducta de acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a otra persona constituye un acto propio y cotidiano en la vida sexual de todos, de manera que sólo nos encontraremos frente a un ilícito penal, en la medida que no exista consentimiento por parte del sujeto pasivo de tal conducta.

Al momento de efectuar la descripción típica del delito, el legislador no señala expresamente la ausencia de consentimiento de la víctima sino que decide describir las circunstancias de realización de la conducta que la transforman en delito, precisamente por esa falta de voluntad²⁴. La fórmula elegida por el legislador para tipificar el delito acarrea como consecuencia que sólo se estará en presencia de una violación si concurre alguna de las circunstancias señaladas por el Código, de otro modo la conducta es atípica y no es dable a la víctima alegar falta de consentimiento pues sólo constituyen situaciones de esta naturaleza las que ha señalado la ley. Como puede observarse entonces, la determinación de los límites de cada una de las circunstancias del delito de violación, constituye una cuestión de la mayor relevancia.

3.2.1. Uso de fuerza (Art. 361 N° 1 C.P.)

El acceso carnal mediante el uso de fuerza en la víctima constituye la forma más tradicional del delito de violación y era lo que la hacía merecedora del calificativo de delito de barbarie²⁵.

Lo primero que se debe distinguir en relación con esta circunstancia, es diferenciar el uso de fuerza connatural al acto sexual de aquella que es constitutiva de delito. En este sentido, parece ser que lo determinante no es la gravedad de la fuerza ejercida²⁶

Gaceta Jurídica, 2001, N°250, pp. 13-18; Garrido M., Mario, *op.cit.*, p. 350. En el mismo sentido, *Sentencia de la Corte de Apelaciones (SCA) de Valparaíso de 5 de septiembre de 2003 (Rol 23952-2001)*, N° Legal Publishing: 28969. *Sobre la problemática en general del sujeto activo del delito de violación, véase además Carrasco J., Edison, "El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales", en Revista Ius et Praxis*, 2007, N°2, pp. 137-155.

Es importante señalar que al hablar de autoría del delito de violación, nos referimos sólo a la ejecutiva o de propia mano, pues tratándose de coautores o autores mediatos – para quienes aceptamos esta forma de autoría en los delitos sexuales – nada obsta que ésta se realice por parte de mujeres.

²⁴ En este sentido sería aconsejable una referencia expresa a la ausencia de consentimiento de la víctima, como lo hace el Anteproyecto de Nuevo Código Penal del año 2005 en su artículo 98 que señala: "El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal constituye violación y será castigado (...)"

²⁵ "El adulterio es un delito de refinamiento; la violación lo es de barbarie. La grosería, la brutalidad, es lo que lo caracteriza". Ver: Pacheco, Joaquín, *El Código Penal: concordado y comentado*, Madrid, Editorial Edisofer s.l., 2000, p. 1057.

²⁶ Ello permite dejar fuera del ámbito delictivo aquellos casos de relaciones sexuales plenamente consentidas en que la utilización de violencia física es deseada por los intervinientes en el acto.

la que puede consistir en casos de vis absoluta o simples vías de hecho²⁷, sino que la ausencia de voluntad del sujeto pasivo en la relación sexual llevada a cabo. La fuerza es ejercida sobre el cuerpo de la víctima precisamente con el fin de vencer o anular su voluntad.

La exigencia de resistencia no es requerida por el tipo penal, de manera que el delito se configura cuando se emplea fuerza física para anular la voluntad sin que sea necesario ningún otro requisito²⁸. Lo básico es la falta de adhesión voluntaria de la víctima y que el hechor ejerza vías de hecho, la resistencia de la víctima sólo puede servir para efectos de prueba, pero no como elemento del tipo. Esta aseveración nos parece válida para la interpretación del tipo penal desde sus orígenes, sin embargo hoy en día cobra mayor fuerza al eliminarse precisamente la voz resistencia de la modalidad segunda del artículo 361 N° 2²⁹.

La fuerza en la violación debe estar dirigida a lograr el acceso carnal, sin embargo no requiere que se emplee durante toda la realización del acto sexual, vale decir, que sea permanente.

Por su parte, la fuerza puede manifestarse luego de iniciada la actividad sexual y frente a la negativa del sujeto pasivo de querer seguir manteniéndola, toda vez que

²⁷ En los casos de vis absoluta el sujeto pasivo es reducido a la condición de simple objeto, viéndose anulada tanto su voluntad como su capacidad defensiva, en cambio en el caso de simples vías de hecho se trata de actos que sin llegar a suprimir completamente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra. Ver: Rodríguez C., Luis, *op.cit.*, p. 191.

²⁸ En la posición contraria, en el sentido de exigir que la víctima oponga resistencia se encuentran Pacheco, Joaquín, *op.cit.*, p. 1061; Garrido M., Mario, *op. cit.*, p. 360; Etcheberry, Alfredo, *op.cit.*, p. 58; Sproviero, Juan, *Delito de violación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, p.148; Donna, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 28; Tieghi, Osvaldo, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1983, p. 236. En favor de la posición aquí defendida: SCS de 29 de marzo de 2005 (Rol N° 809-2005), N° Legal Publishing: 31921; SCS de 16 de enero de 2008 (Rol N° 6614-2007), N° Legal Publishing: 38143; SCS de 4 de agosto de 2008 (Rol N° 3589-2008), N° Legal Publishing: 39695 y SCA de Santiago de 20 de mayo de 2010 (Rol N° 445-2010), CL/JUR/2939/2010.

²⁹ La Historia de Ley N° 20.480 da cuenta que la mayoría de las intervenciones que se producen en relación específicamente a esta modificación legal, señalan que aún con la redacción original no era exigible la resistencia de la víctima en las hipótesis de uso de fuerza. En este sentido se pronuncia el profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, señor Jaime Vera Vega en la Comisión de Familia de la Cámara de Diputados al exponer: "Ambas proposiciones parecen innecesarias, puesto que la interpretación que ha venido haciendo la doctrina (...), equipara fuerza con violencia y no exige resistencia de parte de la víctima, sino una voluntad contraria a la realización del acto sexual. Este mismo criterio, entendemos, se ha impuesto a nivel jurisprudencial". Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.480 Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre parricidio, [en línea]. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1b1ni>, p. 96.

el consentimiento en esta materia no es indivisible, sino fraccionable, renovándose minuto a minuto. De esta manera, si no concurre la voluntad de la víctima y se emplea fuerza para lograr el acceso carnal u otra circunstancia comisiva, se configura el delito³⁰.

3.2.2. Uso de intimidación (Art. 361 N° 1 C.P.)

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria entienden la intimidación como sinónimo de vis compulsiva o violencia moral que se verifica mediante una amenaza efectuada al sujeto pasivo del delito y que permite lograr el acceso carnal sin que concurra su consentimiento³¹.

Respecto a los requisitos que debe tener tal amenaza, se tiende a exigir que sea seria, verosímil, grave e inmediata³². Además se requiere la existencia de un vínculo de causalidad entre la amenaza y el logro del objetivo perseguido por el agresor.

En relación a esta modalidad somos partidarios más bien de un concepto más amplio como el que promueve el profesor Rodríguez Collao, considerando que el efecto intimidatorio se da en la víctima del delito y puede provenir de la existencia de una amenaza, con las características exigidas por la posición mayoritaria, como también de otras circunstancias conocidas por el hechor y la víctima que provocan este efecto intimidatorio en esta última³³. Por supuesto que este estado de temor de la víctima debe ser grave, al punto de ser permanente en el tiempo y que se verifica a veces ante la sola presencia del agresor, como en ciertos casos de violaciones en contextos intrafamiliares.

³⁰ SCS de 19 de abril de 2005 (Rol N° 956-05).

³¹ En este sentido, entre otros: Garrido M., Mario, *op.cit.*, p. 361; Etcheberry, Alfredo, *op.cit.*, p. 59; Politoff, Sergio; Matus, Jean Pierre; Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno: parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.245.

³² SCS de 9 de enero de 2003 (Rol N° 4422-02); SCS de 10 de marzo de 2003 (Rol N° 4115-2002), N° Legal Publishing: 26680; SCS de 3 de mayo de 2004 (Rol N° 5695-2003), N° Legal Publishing: 30142; SCS de 5 de enero de 2005 (Rol N° 3640-05).

³³ Rodríguez C., Luis, *op.cit.*, p. 197; Sproviero, Juan, *op. cit.*, p. 130 y 131, quien señala "(...) la intimidación no puede ceñirse a una amenaza, sino que surte su efecto por el resentimiento o debilitamiento psicológico de la víctima", agrega que "la norma se pronuncia por las secuelas psicológicas que provoca la actitud del autor y que no es otra cosa que la propia intimidación, que responde a la mutabilidad psicológica del sujeto pasivo". Acogiendo este concepto amplio de intimidación: Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal (STOP) de La Serena de 17 de enero de 2003 (RUC 0200043504-2); STOP de La Serena de 22 de marzo de 2003 (RUC 0200050551-2); STOP de La Serena de 9 de agosto de 2003 (RUC 0200130656-4), en todas ellas se toman en consideración para fundamentar la intimidación aspectos como el carácter violento del agresor, episodios de maltrato previo, antecedentes penales y el manejo de armas por el mismo.

3.2.3. Privación de sentido de la víctima (Art. 361 N° 2, primera parte C.P.)

El sentido natural y obvio de la expresión “privación de sentido de la víctima” es sinónimo de inconsciencia. Según lo ha entendido la doctrina, el fundamento de la norma es el hecho que la víctima se encuentra incapacitada para comprender el significado del acto o para adquirir el conocimiento de las cosas³⁴. Señala Rodríguez Collao “(...) la privación de sentido alude a una perturbación de las facultades cognitivas y volitivas del sujeto pasivo, que no obedezca (como único factor desencadenante) a una causa de orden patológico. Se trata, en efecto, de un estado en que la víctima se halla en la imposibilidad de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia acerca de la realidad”³⁵.

Se entiende que la protección de esta persona es total, pues se la considera como un sujeto intocable en el plano sexual, por lo mismo aquí se señala como bien jurídico protegido la *intangibilidad sexual*. Si se quiere reconducir esta figura a la protección de la libertad de autodeterminación sexual, queda en evidencia que lo que se está impidiendo por el legislador es la realización de actos de significación en ambientes carentes de libertad.

El principal problema de esta circunstancia es determinar la intensidad que debe revestir la privación de sentido para que permita efectivamente comprobar la existencia de un aprovechamiento por parte del otro³⁶. La tendencia en esta materia es considerar no sólo los casos de supresión total de conciencia, sino también situaciones de afectación importante de la misma que inhabiliten las facultades cognitivas y volitivas en relación a la significación del acto. Se entiende que están en esta condición las personas en estados comatosos³⁷, inconscientes producto de golpes, anestesiadas, profundamente dormidas a consecuencia de la ingesta de fármacos, hipnotizadas, en estado de embriaguez o drogadicción profunda, etc.

³⁴ Donna, Edgardo, *op. cit.*, p. 33; Sprovierio, Juan, *op.cit.*, p. 142; Garrido M., Mario, *op. cit.*, p. 362.

³⁵ Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 199.

³⁶ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*, p.248.

³⁷ SCS 21 de septiembre de 2004 (Rol N° 1.788 2.383- (04))

Por otro lado, el origen de la inconsciencia puede haberse producido voluntariamente por la víctima o bien ser provocado por el agresor o un tercero³⁸.

3.2.4. Aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima (Art. 361 N° 2, segunda parte C.P.)

Esta circunstancia fue incorporada el año 1999 a nuestro Código Penal por la Ley N°19.617 y su redacción fue el resultado de distintas modificaciones que se le hicieron a la norma originalmente propuesta por el Ejecutivo³⁹.

Por otro lado, la modalidad fue objeto de una nueva modificación, en el año 2010, por la Ley N° 20.480 que crea el delito de femicidio, eliminando de la redacción original de la norma la voz “resistencia”⁴⁰.

La mayoría de la doctrina ha entendido que la modalidad se refiere exclusivamente a situaciones de incapacidad física de la víctima⁴¹. Los ejemplos tradicionales que se dan respecto a esta circunstancia son precisamente casos en que existe esta incapacidad, como cuando la víctima está amarrada, es tetrapléjica o se encuentra

³⁸ *Quedan fuera de esta hipótesis en todo caso, las situaciones en las que la víctima busca quedar en este estado para ser accedida de esta manera porque forma parte por ejemplo de un juego sexual.* Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, op. cit., p.247.

³⁹ *El mensaje original del Ejecutivo incluía esta modalidad en el numeral tercero del artículo 361, en los siguientes términos: “...3° Cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiese resistir...”. Luego de diversas modificaciones en la tramitación parlamentaria se le da la redacción final a esta modalidad en el numeral segundo del artículo 361. Interesa destacar como un elemento histórico de interpretación de este numeral el Informe de la Comisión Mixta que enfatiza que esta modalidad alude a incapacidad corporal o mental para resistir el ataque “(...) pero tratándose de otro tipo de incapacidad para resistir, **sea física o mental** [el destacado es nuestro], debe haber un abuso o aprovechamiento de esa condición”. Comisión Mixta, Sesión 19ª, 18 de Noviembre de 1998. El proyecto aprobado por la Comisión Mixta corresponde en definitiva a la redacción final de la norma: “Art. 361... 2° Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia...”.*

⁴⁰ *Esta eliminación a nuestro juicio refuerza nuestra posición en aras de dar una interpretación más amplia a esta modalidad comisiva, sin reducirla exclusivamente a los casos de incapacidad física de la víctima para oponer resistencia.*

⁴¹ *Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, op. cit., p. 248; Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 201; Bullemore, Vivian; Mackinon, John, Curso de Derecho Penal: parte especial, Santiago, Lexis Nexis, 2005, t. III, p.187; Aguilar, Cristián, Manual de delitos sexuales: Legislación chilena, doctrina y jurisprudencia, Santiago, Editorial Metropolitana, 2006, p. 20; Sproviero, Juan, op. cit., p.144.*

inmovilizada por cualquier causa⁴². En todas estas situaciones el sujeto activo no requiere desplegar más fuerza que la inherente a una relación sexual.

El origen del estado en que se encuentra la víctima puede ser natural, provocado por ella, por un tercero o por el mismo agresor.

La ley exige aprovechamiento de esta circunstancia porque la fundamentación es la ausencia de voluntad, por lo tanto en el caso que la persona consiente el acto no es punible.

A partir de la incapacidad física de la víctima para oponerse al acto, nos parece que encuentran cabida en esta modalidad aquellas hipótesis en las que la incapacidad proviene de la forma sorpresiva en que procede el agresor, lo que sin duda debilita la capacidad de defensa y reacción de la persona ofendida posibilitando el acceso carnal sin que concurra la voluntad de la víctima en ello. Así, creemos que las llamadas violaciones o abusos sexuales por sorpresa, que pueden darse en ciertos contextos, como por ejemplo un examen médico y que tradicionalmente han sido señalados como una situación de laguna legal en nuestro ordenamiento jurídico penal⁴³, encuentran cabida precisamente en esta circunstancia de comisión del delito de violación⁴⁴.

Fuera de estos casos, estimamos que la modalidad admite incluso una interpretación más amplia permitiendo incluir aquellos supuestos en que el agresor no ejerce fuerza física en la persona de la víctima, tampoco hay una amenaza de un mal grave (como lo exige la mayoría de la doctrina), no se trata de una víctima inconsciente ni que padece de una enajenación o un auténtico trastorno mental, sin embargo se encuentra en una situación de abuso sexual crónico que la ha hecho adaptarse

⁴² El diputado Bustos señala como ejemplos casos conocidos jurisprudencialmente de personas sometidas a operación quirúrgica o intervención dental y que son víctimas del delito. Ver: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia en tercer trámite constitucional. Ver: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.617 Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación, [en línea]. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1r9i3>. Por su parte, Rodríguez Collao se refiere a situaciones de disminución de la capacidad física del sujeto pasivo que pueden estar motivadas por la edad, por algún accidente o por razones estrictamente patológicas, ver Rodríguez C., Luis, op. cit, p. 201.

⁴³ Sobre el particular véase Matus, Jean Pierre, "Abusos sexuales por sorpresa: ¿un caso de atipicidad en el Código Penal reformado por la Ley N° 19.617 de 12 de julio de 1999?", en Gaceta Jurídica, 2000, N° 243, pp.14-19.

⁴⁴ En este sentido STOP de Calama, de fecha 1° de junio de 2007, RUC 0600188547-0 y SJC de Antofagasta, RUC 0600175675-1.

al abuso como estrategia de sobrevivencia. Nos referimos a hipótesis de víctimas que padecen lo que se conoce como síndrome de acomodación al abuso sexual⁴⁵, que las ponen en una situación de incapacidad psicológica para oponerse al abuso pues su voluntad para consentir en el acto se encuentra anulada⁴⁶, en una situación similar podrían estar también casos extremos de sometimiento psicológico propio de sectas⁴⁷.

La dificultad que plantea esta posición radica probablemente en el deslinde de esta circunstancia con los casos de intimidación del art. 361 N° 1 y con los de abuso de una relación de dependencia con el hechor que pueden dar lugar al delito de estupro. Creemos en todo caso, que se trata de hipótesis que pueden diferenciarse, pues acá se trata de situaciones en que no existe temor por parte de la víctima, no obstante lo cual hay una verdadera anulación de su voluntad que también la hace incapaz de oponerse al acceso carnal⁴⁸.

3.2.5. Abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima (Art. 361 N° 3 C.P.)

La redacción anterior de esta circunstancia transformaba a las personas que padecían de enfermedades mentales en sujetos intocables, por lo mismo se

⁴⁵ Este síndrome ha sido descrito por Ronald Summit, M.D. y está compuesto por cinco categorías (1) el secreto, (2) el desamparo, (3) el entrapamiento y acomodación, (4) la revelación tardía y no convincente y (5) la retractación.

⁴⁶ La Historia de la Ley N° 19.617 que introduce esta modalidad, da cuenta precisamente que en la Comisión Mixta se señaló que la incapacidad para oponer resistencia podía ser física o mental "(...) pero tratándose de otro tipo de incapacidad para resistir, **sea física o mental** [el destacado es nuestro], debe haber un abuso o aprovechamiento de esa condición". Comisión Mixta, Sesión 19ª, 18 de Noviembre de 1998.

⁴⁷ Recientemente la Corte Suprema en fallo Rol 9470-2015, de fecha 1° de septiembre de 2015, rechaza recurso de nulidad interpuesto por la parte querellante en un caso de abuso sexual por parte de un juez en que se alega justamente errónea aplicación del derecho por no considerar la imposibilidad psicológica de la víctima para oponerse considerando la investidura del agresor, sin embargo se sostiene que ello se debe a que no se acompañaron antecedentes suficientes que permitiesen probar tal condición, en cambio el voto disidente del Ministro Haroldo Brito y el abogado integrante Jean Pierre Matus estuvieron por acoger el recurso sosteniendo precisamente que la incapacidad para oponerse puede ser no sólo de carácter físico sino que también psicológico.

⁴⁸ Véase Santibáñez T., María Elena, "Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación", *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15, 2013, pp. 43-60.

incorporó la exigencia de abuso, de manera que estas personas puedan mantener actividad sexual con otras en la medida que no se trate de un contexto abusivo⁴⁹.

Las expresiones que utiliza la norma actual parecen referidas a casos de disfunción de procesos psíquicos que en la mayor parte de los casos tienen un carácter permanente, aún cuando podría tratarse de situaciones de carácter transitorio^{50,51}, lo importante es que atendida su intensidad impiden a la víctima entender el significado del acto sexual⁵².

El concepto de enajenación o trastorno mental parece mejor que el término privación de razón. Sin embargo, respecto a su delimitación éste no es enteramente igual al del artículo 10, N° 1 del Código Penal, pues dice relación no con la capacidad de distinguir entre lo justo y lo injusto del actuar, sino que con la falta de libertad sexual porque el sujeto es incapaz de entender la naturaleza y significado del acto sexual, incluiría sin embargo, a nuestro juicio, las mismas patologías que se encuadran en el concepto de loco o demente, por ejemplo, trastornos psicóticos, retardos mentales profundos y graves, etc.

Debe acreditarse la patología y su carácter lesivo de la capacidad abstracta de obrar en materia sexual, siendo deseable que se verifique la presencia de esa incapacidad en razón del prevalimiento (abuso) que se exige, de otra manera resulta difícil decir que se ha abusado de la enajenación o trastorno si éstas no se materializan en la inhibición de la capacidad de consentir en la realización del acceso carnal.

⁴⁹ “La anterior disposición, implicaba para la mujer privada de razón una suerte de prohibición a lo menos indirecta, de ejercitar la sexualidad en forma compartida (...) Es precisamente esta exigencia, la de abusar de esta circunstancia, la que va a permitir al enajenado relacionarse sexualmente, sin riesgo de que su pareja incurra en responsabilidad criminal, salvo si conoce el estado de aquél y se prevalece de ello”. Ver: Primer trámite constitucional. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Historia de La Ley N° 19.617.

⁵⁰ “Se produce un «trueque» entre «privada de razón» y «enajenación». La expresión privada de razón sugería no pocas dificultades de cara a depurar su significado, ya que para muchos era sinónimo de enfermedad mental a secas. Por enajenación, en cambio, ha de entenderse el estado de inimputabilidad en que se encuentra una persona substancialmente, pero no necesariamente, a raíz de una enfermedad mental”. Ver: Primer trámite constitucional. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Historia de La Ley N° 19.617.

⁵¹ “El añadido del trastorno tiene por objeto cubrir otras situaciones de perturbación de la capacidad de autodeterminación sexual. El Ministerio de Justicia manifestó que entendía comprendidos los casos de embriaguez ética, el efecto de estupefacientes, enfermedad u otras causas similares idóneas para hacer perder a la persona el dominio de sus actos y hacerla ajena a sí misma, sea en forma transitoria o sostenida en el tiempo”. Ver: Tercer trámite constitucional del proyecto, Historia de La Ley N° 19.617.

⁵² Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 203.

3.2.6. Víctima menor de catorce años (Art. 362 C.P.)

Como ya se ha señalado la ley ha fijado en catorce años la edad para prestar consentimiento, de manera que cualquier acceso carnal con una persona menor de esa edad es constitutivo de violación aún cuando no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo 361. El consentimiento que el menor de catorce años pueda prestar es irrelevante, sin perjuicio de lo señalado por la regla especial para delitos sexuales a la que nos referimos con anterioridad. A contrario sensu, se presume la libre voluntariedad de la persona mayor de catorce años en la realización de la cópula, debiendo acreditarse la presencia de alguna de las circunstancias del artículo 361 para que exista delito.

Al igual que en todos los delitos dolosos debe comprobarse el conocimiento por parte del autor de los elementos integrantes del tipo penal, en este caso en particular el autor debe saber que está accediendo carnalmente a una persona menor de catorce años, siendo suficiente a nuestro juicio que se represente esta posibilidad y la acepte en su voluntad, es decir que en cuanto a la edad de la víctima bastaría el dolo eventual del autor.

Desde un punto de vista político criminal nos parece que el límite de edad que se ha fijado debería ser objeto de un análisis más detenido y más adecuado con las características etarias de nuestra sociedad, distinguiendo tal vez entre hombres y mujeres.

IV. Delito de estupro

Este tipo penal ha sufrido modificaciones sustanciales transformándose en uno completamente distinto al original. Si bien se trata de una figura de menor aplicación en relación al resto de los delitos sexuales tradicionales - probablemente entre otras causas por los límites etarios que deben tener los sujetos pasivos del mismo - sus circunstancias comisivas sirven muchas veces para la calificación del delito de abuso sexual, de manera que por esa vía tiene bastante aplicación.

Nos referiremos en primer lugar a las modificaciones que ha experimentado este tipo penal para luego analizarlo brevemente.

4.1. Principales modificaciones experimentadas por el delito

El delito de estupro se encuentra recogido en el artículo 363 de nuestro Código Penal desde su dictación, tratándose además de uno de los delitos sexuales de más antigua data. Su formulación original no describía la conducta y se asociaba a conceptos hoy en día completamente obsoletos, como la doncellez de la víctima. No obstante ello, se entendía que el delito se refería a accesos carnales obtenidos mediante engaño de jóvenes mujeres ignorantes o carentes de experiencia sexual.

Hasta la promulgación de la Ley N° 19.617 ya mencionada, el estupro no tuvo mayores modificaciones, salvo las relativas a la edad de la víctima, cuando se rebajó de 21 a 18 años la mayoría de edad y a la pena asociada a la misma⁵³. Con esta normativa en cambio se transformó completamente el tipo penal ampliándolo muchísimo y despojándolo de las consideraciones morales que tenía aparejado el uso del adjetivo “doncellez”.

De esta forma se describió la conducta del mismo modo que la violación, restringiendo la edad de la víctima al rango entre los 14 y los 18 años de edad, quien puede ser hombre o mujer indistintamente.

Al mismo tiempo el delito pasó a tener cuatro modalidades de comisión, caracterizándose todas ellas por la existencia de una situación abusiva del sujeto activo respecto de la víctima, lo que evidencia en todos los casos la existencia de un consentimiento viciado que es precisamente lo que tiñe de ilicitud la conducta.

Con posterioridad la Ley N° 19.927 también le introduce modificaciones, pero en este caso los cambios sólo se refieren a un incremento en la penalidad del delito y al aumento en el rango inferior de la edad del sujeto pasivo que, en concordancia con lo que sucede en el delito de violación, se eleva de 12 a 14 años⁵⁴.

⁵³ Ver: Chile, Ley N° 19.221, establece mayoría de edad a los 18 años y modifica cuerpos legales que indica. Publicada en Diario Oficial de 01 de junio de 1993. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1md23>

⁵⁴ El delito actualmente se encuentra regulado de la siguiente manera:
 “Art. 363: Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:
 1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.
 2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.
 3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
 4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual”.

4.2. Características y modalidades comisivas del delito

En cuanto a la conducta ella es igual que en el delito de violación por lo que le son aplicables todas sus características, que damos por reproducidas. La diferencia fundamental con ese delito viene dada por sus modalidades comisivas, de manera que nos centraremos en ellas.

4.2.1. Abuso de una anomalía o perturbación mental de la víctima (Art. 363 N° 1 C.P.)

La diferencia con la modalidad tercera del delito de violación es de entidad o intensidad, por lo tanto deberá acreditarse en el caso concreto si nos encontramos frente a esta hipótesis o la de enajenación o trastorno mental, lo que sin duda quedará entregado en manos de los peritos psiquiatras o psicólogos que concurran al juicio.

Generalmente esta anomalía o perturbación mental dice relación con víctimas que padecen de retardo mental moderado o leve, en cambio tratándose de retardos mentales profundos o graves la conducta se desplaza hacia la violación.

Nos parece que la perturbación mental puede provenir también de causas exógenas, asociadas por ejemplo al consumo de fármacos o de ciertas drogas, así como ciertas perturbaciones asociadas a diagnósticos psiquiátricos propios de los adolescentes.

Lo importante es que el estuprador debe conocer la condición de la víctima y querer aprovecharse de la misma, precisamente eso es lo que le da el carácter delictivo a su conducta.

4.2.2. Abuso de la relación de dependencia de la víctima (Art. 363 N° 2 C.P.)

Ésta es la más común de las causales de estupro y supone ciertas relaciones de subordinación y dependencia de la víctima con el agresor. Hay absoluto consenso en que la enumeración de estas relaciones efectuada por el legislador, es meramente ejemplar, de modo que se pueden encontrar otras hipótesis delictivas distintas a las señaladas si se trata de situaciones similares a las descritas.

En cuanto al tipo de relación existente con la víctima, puede consistir en relaciones de cuidado, educación o custodia con ella, de carácter laboral, guía espiritual como el sacerdocio u otras semejantes. No se requiere un vínculo de parentesco o la existencia de un contrato, basta que de hecho se den estas circunstancias.

Muchos de estos casos pueden deslindar con la modalidad de la intimidación propia de la violación, sin embargo, se trata de situaciones de menor entidad que aquella, en que existe consentimiento de la víctima pero éste se encuentra viciado.

4.2.3. Abuso del grave desamparo de la víctima (Art. 363 N° 3 C.P.)

Se trata de casos de necesidad o carencia de la víctima que la ponen en una posición de especial vulnerabilidad. Hay consenso en que el delito se refiere a casos de cierta gravedad, de forma tal que el desamparo resulte condicionante para la víctima al momento de consentir en el acceso carnal. La entidad del desamparo es un elemento normativo del tipo que deberá ser determinado por los jueces.

Probablemente esta circunstancia es la que tradicionalmente resulta más difícil de acreditar, pues no basta con la mera constatación de una situación de desamparo, sino que debe comprobarse un aprovechamiento de la situación señalada.

En esta hipótesis probablemente se encuentren los adolescentes que se prostituyen, sin embargo muchas veces es difícil probar los elementos de esta causal de estupro. En todo caso, aunque no logre acreditarse respecto de ellos esta circunstancia existe el delito que sanciona al cliente de prostitución infantil, de manera que siempre su conducta será constitutiva de delito una vez acreditada la obtención del servicio sexual por parte del mismo.

4.2.4. Engaño de la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual (Art. 363 N° 4 C.P.)

El engaño debe recaer sobre la significación y trascendencia del acto sexual y supone por otro lado ciertas características de la víctima, ignorante o inexperta en este ámbito, para que efectivamente pueda ser engañada.

Por las características de esta modalidad tal vez sea la única en que se justifica la mantención del límite de edad del tipo penal. Tratándose de las otras en cambio

creemos que no se justifica esta limitación y que el legislador debiese proteger a las personas que se encuentran en estas situaciones de especial vulnerabilidad sin distinción de edad, con tal de que se prueben las circunstancias de prevalimiento (abuso) grave que vician la voluntad de la víctima.

V. Delito de abuso sexual

Aun cuando aparentemente no se trata del delito más grave dentro de los delitos sexuales, aunque algunas de sus formas tienen la misma penalidad del delito de violación, se trata en todo caso del delito sexual de mayor ocurrencia en nuestro país. Debe considerarse además, desde una aproximación más empírica, que este delito es el que ofrece mayores dificultades probatorias, ya que, por regla general, se realiza privadamente, sin testigos y no deja huellas físicas⁵⁵.

Para efectos de su análisis nos aproximaremos en primer lugar al concepto de *abuso sexual* para luego referirnos al delito propiamente tal, su evolución y sus principales características.

5.1. Concepto de abuso sexual

En términos generales el significado del concepto de abuso sexual supone una situación de aprovechamiento, de sometimiento de una persona al poder que sobre ella ejerce otro individuo al hacerlo participar en un contexto sexual no deseado, cuyo contenido puede ser sumamente amplio, incluyendo hipótesis de acceso carnal, tocaciones impúdicas u otras conductas semejantes. Por otro lado, el carácter abusivo de la conducta no necesariamente viene dado por la falta de voluntad del sujeto pasivo, sino que de la aptitud corruptiva de la conducta, en el sentido de su capacidad para lesionar la integridad física, psíquica o emocional de la persona en contra quien se dirige⁵⁶.

Desde un punto de vista jurídico el significado del delito de abuso sexual y de su predecesor, el delito de abuso deshonesto, se identifica en ciertas legislaciones

⁵⁵ La dificultad probatoria se traduce en la práctica que la mayoría de estos casos se resuelvan sólo a partir del testimonio de la víctima y, dependiendo de la edad de la misma, de la pericia de credibilidad de relato que se le practique. Esto explica el alto porcentaje de casos de esta clase que no son llevados a juicio oral y el nivel mayor de absoluciones en estos delitos si se lo compara con el resto de la criminalidad.

⁵⁶ En este sentido el concepto de abuso no puede identificarse con el de agresión sexual, más bien vinculado con el empleo de violencia. Ver: Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 242.

con la totalidad de la criminalidad sexual, sin distinguir el tipo de acto de que se trata⁵⁷. No obstante, la mayoría de las legislaciones tiende a circunscribir el concepto sólo para cierto tipo de criminalidad sexual, así por ejemplo, en España lo más importante para definir el delito es la ausencia de consentimiento de la víctima unido al no empleo de violencia por parte del agresor, con independencia de la naturaleza misma del acto sexual de que se trata⁵⁸. En otras legislaciones, como la nuestra, el concepto de abuso sexual se opone al acceso carnal o cópula sexual, circunscribiéndose a aquellas hipótesis de involucramiento de un individuo en un contexto sexual, distinto al acceso carnal y sin su consentimiento, con independencia del empleo de violencia⁵⁹, la que en ciertos casos sólo podrá considerarse para efectos de agravar la pena⁶⁰.

5.2. Principales modificaciones experimentadas por el delito

La conducta en que consiste este delito era recogida hasta el año 1999 por el delito de abusos deshonestos, que castigaba a quien abusaba deshonestamente de otra persona, es decir, su delimitación típica quedaba enteramente en manos del juez sin que el legislador le entregase algún criterio para determinar que clase de conductas debían incluirse en el delito, más que la alusión al carácter deshonesto de las mismas. De esta manera se trataba de uno de los delitos más criticados por la doctrina y solía ponerse como ejemplo de vulneración al principio de alta determinación de los tipos penales, al que aspira el derecho penal moderno.

A partir de la Ley N° 19.617 cambia el nombre del delito al de abuso sexual, aunque no en forma expresa en el Código Penal, pero es la denominación con la

⁵⁷ Así es utilizado el concepto de abuso deshonesto por el Código Penal español de 1822. Éste cambia con el Código Penal español de 1848, que distingue entre las conductas de acceso carnal, que dan lugar a los delitos de violación y estupro y las figuras subordinadas de abusos deshonestos. Ver: Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 238. En el caso de Alemania se considera también el concepto de abuso sexual como género y la violación como una especie de abuso (art. 176, I y III).

⁵⁸ El Código Penal español de 1995 establece nitidamente la distinción del concepto de abuso con el de agresión, organizando las infracciones sexuales en torno a las categorías de agresión sexual, abuso sexual y acoso sexual, entendiendo el concepto de abuso como "cualquier actividad lúbrica impuesta a la víctima por medios no violentos o intimidativos" y siempre que la conducta del hechor supere los límites de la figura del acoso. Rodríguez C., Luis, op. cit., p. 240.

⁵⁹ En este mismo sentido se encuentra la legislación francesa que distingue actualmente entre la violación, otros actos distintos del acceso carnal y el acoso sexual.

⁶⁰ Puede ser considerada en la extensión del mal causado del artículo 69 del C.P., salvo que por sí misma sobrepase los límites del tipo penal de abuso sexual y pueda estimarse como un delito de lesiones graves, caso en el cual entran en concurso.

que se le conoce a partir de las descripciones de las conductas típicas contenidas principalmente en los artículos 366, 366 bis y 366 ter del Código Penal.

Las modificaciones que experimenta el delito son sustanciales, pues ahora se establecen ciertos criterios de determinación de la conducta indicando que la conducta en que consiste debe ser un acto de significación sexual y de relevancia que afecte corporalmente a la víctima, ya sea mediante contacto físico o afectación de genitales, ano o boca.

Por otro lado, la Ley N° 19.927 además de aumentar las penas de este delito, incrimina en forma independiente una forma de abuso sexual de especial gravedad, la contenida en el artículo 365 bis del C.P., que pasa a tener una pena igual a los delitos de violación o estupro según las circunstancias.

La modificación más reciente experimentada por este tipo penal incorporó al delito de abuso sexual impropio, regulado en el artículo 366 quáter del C.P., la figura del llamado delito de *grooming*, el año 2011.

5.3. Tipos penales que comprende el delito de abuso sexual

El delito de abuso sexual comprende diferentes figuras delictivas. Así, una gran clasificación que atiende a si existe o no afectación corporal de la víctima permite distinguir entre el abuso sexual propio o directo, regulado en los artículos 365 bis y siguientes y el impropio o indirecto descrito en el artículo 366 quáter, esta última figura también se ha denominado exposición de menores a actos de significación sexual⁶¹ y corresponde al antiguo delito de corrupción de menores.

Por su parte el abuso sexual propio contempla una figura simple y una calificada, la primera está regulada en los artículos 366⁶² y 366 bis⁶³, distinguiendo en uno u otro

⁶¹ Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*

⁶² “Artículo 366. El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de 14 años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de algunas de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años”.

⁶³ “Artículo 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”.

caso si se trata de abuso sexual contra una persona mayor o menor de 14 años⁶⁴ y la segunda en cambio se tipifica en el artículo 365 bis⁶⁵.

En todos estos casos, de acuerdo al concepto que recoge el artículo 366 ter⁶⁶, la conducta consiste en la realización de actos de significación sexual y relevancia que afectan corporalmente a la víctima sin que concurra el consentimiento de esta última; en el caso del tipo penal calificado del art. 365 bis la conducta de significación sexual y relevancia consiste específicamente en la introducción de objetos por alguna de las vías de acceso especificadas para el delito de violación o la utilización de animales en ello.

5.3.1. Abuso sexual propio o directo

La conducta en la que consiste este delito, como ya se ha señalado, se encuentra descrita por la ley, utilizando para ello elementos de carácter descriptivo y normativo.

Son elementos de carácter descriptivo la exigencia de contacto corporal con la víctima o la afectación de genitales, ano o boca de la misma y la naturaleza de la conducta de ser distinta al acceso carnal, aun cuando el carácter de descriptivo de esta última puede resultar más discutible. En cambio cuando se refiere a la significación sexual y la relevancia que debe tener el acto, está echando mano de elementos de carácter normativo.

Sin perjuicio que la interpretación que se dé a los elementos normativos del tipo es la que ofrece mayores dificultades, no podemos dejar de señalar algunas

⁶⁴ *A partir de la Ley N° 19.927 ya no se hace distinción en la pena tratándose de personas que pueden prestar consentimiento (mayores de catorce años), si las circunstancias que concurren son las de la violación o el estupro, distinción que sí había efectuado el legislador de la Ley N° 19.617. En este sentido tratándose de las circunstancias de la violación parece existir un plus en el disvalor de la conducta que no queda reflejado en la pena del delito.*

⁶⁵ *“Artículo 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:*

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;
2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de 14 años, y
3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años”.

⁶⁶ *“Artículo 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella”.*

dificultades interpretativas que también presentan los elementos descriptivos del delito y que sirven para el adecuado entendimiento de los demás elementos.

5.3.1.1. Elementos descriptivos

a) Acción sexual distinta al acceso carnal

La conducta o acción sexual realizada debe ser distinta al acceso carnal. En este sentido se utiliza la técnica de la subsidiariedad expresa, de manera que el delito es residual y tiene lugar cuando no se den las conductas más graves de significación sexual, como lo son los accesos carnales vía vaginal, anal o bucal, que son constitutivos de los delitos de violación o estupro.

Este requisito que aparentemente es fácil de determinar, al interpretarse de manera literal deja fuera hipótesis de acceso carnal no constitutivo de violación o estupro, como aquellos casos en que el agresor lo que hace es hacerse acceder por la víctima y no ejecutar la conducta activa de penetrar o acceder carnalmente.

La consecuencia señalada parece impensable si consideramos que el acceso carnal es valorado como el más grave de los atentados sexuales. Por lo mismo, y a efectos de evitar la existencia de esta laguna de punibilidad, consideramos que la exigencia del tipo penal debe circunscribirse a las hipótesis de acceso carnal distintas de las constitutivas de violación o estupro, aún cuando la redacción legal no efectúa esa distinción.

De acuerdo a la posición señalada, que por lo demás es la absolutamente mayoritaria en la jurisprudencia⁶⁷, no todos los accesos carnales quedan fuera del campo de aplicación del delito de abuso sexual, sino sólo aquellos que son captados por los tipos penales más graves de violación y el estupro.

b) Afectación corporal de la víctima

La reforma legal del año 1999 optó por incorporar la descripción de la conducta de significación sexual, señalando que debe existir contacto corporal con la víctima o afectación de sus genitales, ano o boca⁶⁸.

⁶⁷ Existen muchos pronunciamientos de los tribunales tratándose de conductas en que mujeres se hacen acceder por varones (principalmente niños) que califican la conducta como constitutiva precisamente de abuso sexual, aun cuando nos encontramos frente a accesos carnales.

⁶⁸ La descripción de la conducta constituye una novedad frente a otras legislaciones en las que la necesidad de contacto físico es un requisito exigido por los autores, pero no un requerimiento legal. En este sentido encontramos el Código Penal español de 1989 y el de 1995.

No obstante ello, se ha criticado bastante la incorporación de este elemento en el tipo penal, ya que parece ser suficiente con la exigencia de que la conducta tenga connotación sexual y sea relevante, de manera que podría perfectamente prescindirse de esta descripción conductual⁶⁹.

La acción de significación sexual puede consistir en un contacto físico o roce efectivo con el cuerpo de la víctima, sin que sea necesario que la víctima esté desnuda o que haya un roce con su piel⁷⁰ o mediante la afectación directa de sus genitales, ano o boca⁷¹.

5.3.1.2. Elementos normativos

La significación sexual de la acción, así como la relevancia de la misma constituyen elementos normativos del tipo de carácter cultural, que por lo mismo requieren para su determinación de un juicio de valor, que deberá efectuar el juzgador. El sentido que éste le dé a cada uno de estos elementos normativos va a determinar qué conductas quedarán cubiertas por la figura típica y cuáles no.

Ambos elementos normativos del tipo suponen presupuestos distintos, aunque relacionados, que deberán ser fundamentados de manera separada por el juzgador a efectos de estimar acreditada la existencia del delito.

La utilización de elementos normativos, en especial los de carácter cultural, introducen cierta indeterminación a los límites típicos. De esta manera respecto de ciertas conductas existe consenso de su significación sexual y relevancia pero existen otras que llamaremos "límites", que quedan en una especie de limbo, pues su significación sexual o relevancia no pueden ser afirmadas de manera categórica, piénsese por ejemplo en los besos o en tocaciones efectuadas en zonas del cuerpo cuya significación sexual es dudosa.

⁶⁹ Es precisamente esa la opción que toma el Anteproyecto de Código Penal, elaborado por el Foro Penal el año 2005.

⁷⁰ Sobre la posibilidad de que el contacto sea sobre la ropa de la víctima ver: SCA de Punta Arenas de 16 de junio de 1989, en *Gaceta Jurídica* N°108, p. 90.

⁷¹ La incorporación de la boca fue objeto de mucha discusión al momento de legislar, ya que existían temores fundados de una ampliación excesiva del tipo penal, sin embargo, la correcta inteligencia de la norma debe llevarnos a interpretarla en conjunto con el resto de los elementos del tipo penal, significación sexual y relevancia, de esta manera quedarían dentro del ámbito típico sólo aquellos casos más graves tratándose de esta zona erógena.

a) Significación sexual de la conducta

Aún cuando ambos elementos normativos tienden a ser invocados de manera conjunta, parece ser que es la determinación de la significación sexual de la conducta, la que genera mayor discusión doctrinaria y jurisprudencial. La posición tradicional, que llamaremos en adelante subjetiva, es representada por destacados autores nacionales y extranjeros y aboga por exigir en el autor la existencia de un ánimo lascivo para entender que el acto tiene significación sexual. De acuerdo a esta posición conductas aparentemente iguales van a ser atípicas en un caso por la ausencia de ánimo libidinoso, como la exploración genital que hace un médico, y constitutivas de delito en aquellos casos en que el ánimo que mueve al sujeto es de carácter lascivo⁷².

En esta materia nos inclinamos más bien por una posición objetiva, que atiende a la aptitud de la conducta para excitar el instinto sexual de una persona, según los cánones vigentes en la comunidad de que se trate o la sola circunstancia de que hayan intervenido genitales de la víctima o del agresor⁷³.

La connotación sexual exigida por la ley lo es de la conducta, por lo tanto no es necesario que el autor haya actuado motivado por la finalidad de satisfacer sus apetitos sexuales, sino que objetivamente el acto realizado corresponda a uno de aquellos a los que la comunidad le otorga significación sexual, de esta manera aun cuando el médico practique un examen ginecológico motivado por su instinto sexual, ese acto, mientras se siga manteniendo en el contexto de un examen médico no pierde dicha connotación y objetivamente no tiene significación sexual, sea cual fuere el ánimo del facultativo, cuestión que por lo demás suele quedar en su fuero interno.

⁷² En este sentido, entre otros: Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *op. cit.*, p. 258; Guzmán D., José Luis, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, Número 1999-2000, p. 161; Garrido M., Mario, *op. cit.*, p. 400.

⁷³ En este sentido Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 249; Bascuñán V., Antonio, *El delito de abusos deshonestos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 78; Cox Leixelard, Juan Pablo, *Los abusos sexuales: aproximación dogmática*, Santiago, Lexis Nexis, 2003, p. 133.

b) Relevancia de la conducta

Existe cierto consenso que la relevancia de la conducta, aún cuando gire en torno a la misma idea de significación sexual del acto, es un requisito distinto⁷⁴. Tampoco puede estar vinculado a la exigencia de ciertas modalidades comisivas como el empleo de violencia o intimidación⁷⁵ o a la necesidad de resistencia de la víctima.

La sola connotación sexual del acto no es suficiente para que nos encontremos en presencia de un delito de abuso sexual, es necesario que la conducta sea grave, que afecte efectivamente la integridad sexual de la víctima, que es el bien jurídico protegido por este delito. Pues, como señala Rodríguez Collao *“no se trata de que el acto sea relevante por el solo hecho de tener una connotación venérea, sino que ha de revestir una cierta importancia o gravedad dentro del conjunto de los comportamientos de esa misma índole”*⁷⁶.

La relevancia dice relación entonces con la gravedad de la conducta desplegada por el agente, pues no se trata de proteger simples molestias a un sujeto o atentados contra bienes jurídicos distintos, sino que atentados graves contra la integridad sexual de una persona.

Para efecto de determinar la gravedad del acto ejecutado, tendrán especial importancia las particulares características de la víctima como por ejemplo su edad⁷⁷ o sus propias valoraciones culturales. Por lo mismo, en materia probatoria serán fundamentales los informes periciales de daño que se practiquen a la misma.

5.3.1.3. Figura básica de abuso sexual

Se trata de la conducta que ya se ha descrito en los apartados precedentes, la que siempre será constitutiva de delito tratándose de víctimas menores de 14 años,

⁷⁴ Esta posición más bien es sostenida en España. Ver: Diez Ripollés, José Luis, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 128.

⁷⁵ La modalidad comisiva será considerada para efectos de configurar el delito, por lo que no puede ser considerada de nuevo para efectos de determinar la relevancia de la conducta porque sería violación al principio *non bis in idem*.

⁷⁶ Rodríguez C. Luis, *op. cit.*, p. 252

⁷⁷ Una misma conducta puede tener mayor lesividad, atendida su potencialidad corruptiva, respecto de un sujeto de menor edad.

a menos que se trate de la situación especial regulada en el art. 4º de la Ley N° 20.084, ya referida a propósito del delito de violación.

En el caso, en cambio, de ofendidos mayores de 14 años, se requiere la concurrencia de las circunstancias propias de la violación o también las del estupro si se trata de un menor de 18 años, sin que exista diferencia de pena en uno u otro caso.

5.3.1.4. Figura calificada de abuso sexual

Se trata de las conductas de significación sexual consistentes en introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal o la utilización de animales en ello, las que el legislador considera portadoras del mismo disvalor que los delitos de violación o estupro en su caso.

El fundamento de esta figura calificada es el carácter particularmente lesivo de las conductas en que consiste y, tratándose de la segunda ellas, el carácter especialmente denigrante para la víctima de la misma, de tal manera que parece ser considerado con especial énfasis el valor de la dignidad humana. Tal vez se pudo echar mano de una figura calificada o de una agravante especial más genérica que enfatizara las características vejatorias de la conducta para la víctima, sin necesidad de efectuar una descripción tan detallada de las mismas, puesto que también ello conlleva que queden fuera otras hipótesis igualmente lesivas.

Las dos conductas de esta figura calificada tienen en común el traspaso de límites corporales de la víctima por las mismas vías que, en el caso de introducción peneana, dan lugar a los delitos de violación o estupro. Esta característica permite también explicar la mayor penalidad de las mismas.

5.3.2. Abuso sexual impropio o indirecto

El abuso sexual impropio, también conocido como exposición de menores a actos de significación sexual, se encuentra regulado en el artículo 366 quáter del Código Penal. Este artículo fue agregado al C.P. por la Ley N° 19.617 incorporando tres conductas de abuso sexual impropio y la producción de material pornográfico

infantil, sin embargo, esta última conducta es regulada como un tipo penal autónomo a partir de la Ley N° 19.927⁷⁸.

La última modificación que experimentó esta norma fue en el año 2011 cuando se incorpora a su descripción típica lo que se ha denominado *grooming* junto a otras modificaciones que analizaremos⁷⁹.

5.3.2.1. Características del delito

Se trata de un delito de carácter residual respecto al resto de los delitos analizados, de manera que sólo sabremos si estamos en presencia del mismo una vez descartados los delitos sexuales de mayor gravedad. La conclusión anterior puede extraerse del propio articulado de la ley, al señalar que el sujeto activo no debe haber realizado una acción sexual en los términos de las disposiciones anteriores.

No obstante tratarse de una figura residual, sin duda que puede apreciarse el carácter lesivo de las conductas sancionadas específicamente para el bien jurídico indemnidad o integridad sexual de los menores de edad, considerando el poder corruptivo de las mismas, puesto que pueden dañar el normal desarrollo en el plano psíquico, afectivo o emocional del menor afectado por las mismas⁸⁰.

⁷⁸ La Ley N° 19.927 incorpora el delito de producción de material pornográfico en el artículo 366 quinquies del C.P., sin embargo con anterioridad a ello, la Ley N° 19.846 de 4 de enero de 2003, había trasladado esta conducta a la Ley sobre calificación de la producción cinematográfica. Ver: Chile, Ley N° 19.846, sobre calificación de la producción cinematográfica. Publicada en Diario Oficial de 04 de enero de 2003. [fecha de consulta: 24 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mv2l>

⁷⁹ Actualmente la redacción del delito es la siguiente:

“Art. 366 quáter: El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.

Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico.

Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado”.

⁸⁰ SCS de 7 de agosto de 2008, Rol 5576-2007, Legal Publishing N° 39792.

Se trata de un tipo penal con pluralidad de hipótesis conductuales y no de delitos autónomos, cuyas principales características son la falta de aproximación corporal entre el autor y la víctima, que no se atenta contra la disponibilidad del propio cuerpo de la víctima y que se trata de conductas de gravedad análoga⁸¹.

5.3.2.2. Conductas constitutivas de este delito

Existen cuatro hipótesis señaladas por el legislador, dos de ellas tienen una pena un poco mayor pues se trata de acciones de determinación del menor a realizar ciertos actos de significación sexual, a diferencia de las otras que suponen más bien una actitud pasiva de la víctima. Las conductas señaladas por el legislador son las siguientes:

- a) Realizar acciones de significación sexual ante una persona menor de edad. Deben entenderse estas acciones en el mismo sentido que las señaladas en el apartado sobre abuso sexual propio.
- b) Hacer ver o escuchar material pornográfico a un menor de edad o presenciar espectáculos de esta naturaleza⁸². El concepto pornográfico escapa al de pornografía infantil y más bien hace referencia al carácter obsceno del material, para lo cual se atiende al contenido sexual explícito del mismo.
- c) Determinar a un menor de edad a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro. En particular respecto a esta circunstancia debe descartarse la posibilidad de comisión de un delito sexual de carácter más grave sobretodo si se hace intervenir a terceras personas además del menor, de manera que la hipótesis más clara parece ser el obligar al menor a efectuar actos masturbatorios.
- d) Determinar a un menor de edad a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de un menor de 14 años, con significación sexual⁸³. En esta hipótesis nos parece que el material que se entrega puede ser considerado material pornográfico infantil de acuerdo al artículo 366 quinquies del C.P.

⁸¹ Rodríguez C., Luis, *op. cit.*, p. 269.

⁸² La conducta asociada a presenciar espectáculos de carácter pornográfico fue incorporada por la Ley N° 19.927.

⁸³ Esta conducta es la que se conoce como "child grooming" y fue introducida en nuestro C.P. por la Ley N° 20.526 de 13 de agosto de 2011.

El legislador atiende a la edad a fin de diferenciar la pena aplicable al sujeto activo, esto es, si se trata de un menor de 14 años o un menor de edad mayor de 14 años. En este último caso, para que se configure el delito es necesario que concurra fuerza o intimidación (artículo 361 N° 1), alguna de las circunstancias del artículo 363 o amenazas en los términos del delito del mismo nombre⁸⁴.

El análisis de las modalidades de comisión que anulan el consentimiento de los menores de edad, mayores de 14 años, tratándose de este delito, permite evidenciar una laguna legal tratándose de las otras modalidades del artículo 361, muy particularmente los casos en que están incapacitados para oponerse al delito, que es la circunstancia descrita en el art. 361 N° 2, segunda parte, cuyo alcance ya fue desarrollado en apartados anteriores.

A diferencia de los delitos anteriores además del dolo propio de todo delito doloso, hay una exigencia a un ánimo o elemento subjetivo especial, que es la finalidad perseguida por el autor de este delito, esto es procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, conocido como ánimo lascivo, que en este caso, a diferencia a nuestro juicio de lo que ocurre en el resto de los delitos sexuales incluido el de abuso sexual propio, es exigido por el delito. De esta manera si no logra comprobarse el ánimo, no se perfecciona la faz subjetiva del tipo penal y decae en atípico. Por otro lado, la exigencia de este ánimo supone que el autor actúa motivado por el sin que ello signifique necesariamente que deba ser satisfecho.

Es importante tener en consideración atendido el carácter subsidiario de este delito que pueden presentarse problemas concursales con otros delitos sexuales, los que normalmente serán más bien de carácter aparente siendo absorbidas estas conductas por los ilícitos sexuales de mayor gravedad⁸⁵.

Por otro lado, es importante tener en consideración respecto de este delito así como del resto de los delitos sexuales, que puede considerarse como figura residual a los mismos la falta de ofensas públicas al pudor contenida en el artículo 495 N°5 del C.P., que sanciona al que *"públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos"*.

⁸⁴ La amenazas fueron incorporadas como una forma de anular el consentimiento del menor por la misma Ley N° 20.526.

⁸⁵ En este sentido SCA Rancagua, de 3 de noviembre de 2004, Rol N°220.712

VI. Algunas reglas generales aplicables a estos delitos

6.1. Agravantes especiales

Los delitos sexuales en general contemplan una serie de agravantes de responsabilidad penal que son especiales respecto de las genéricas contenidas en el artículo 12 del C.P. Ello porque están expresamente reguladas para estos delitos como es el caso de la alevosía - que, de acuerdo al mismo artículo 12, sólo es aplicable respecto de delitos contra las personas pero, por disposición del artículo 368 bis⁸⁶, también puede concurrir en estos delitos - o la de ser dos o más los autores del delito⁸⁷. Cabe señalar que estas circunstancias parecen tener la misma fundamentación, cual es la mayor indefensión de la víctima, por lo que serían incompatibles entre sí⁸⁸.

Junto a estas circunstancias está la agravante más importante de estos delitos, contenida en el artículo 368 del C.P.⁸⁹, aplicable en términos generales a ciertos sujetos investidos de alguna autoridad o dignidad especial o que están a cargo del ofendido, trabajan en establecimientos educacionales o están encargados del transporte escolar de los mismos. Esta agravante tiene una doble particularidad, en primer lugar contiene un efecto agravatorio muy superior al de las agravantes genéricas del artículo 12, pues excluye el grado mínimo del delito o su mitad inferior si consta de un grado y además forma parte de un grupo de circunstancias

⁸⁶ Este artículo fue incorporado por Ley N° 20.480 de 18 de diciembre de 2010.

⁸⁷ "Art. 368 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este Título, serán circunstancias agravantes:

1°. La 1a del artículo 12.

2°. Ser dos o más los autores del delito."

⁸⁸ Santibáñez T., María Elena; Vargas, Tatiana, "Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N°20.480)", en *Revista Chilena de Derecho*, N° 38, abril 2011, pp.193-206.

⁸⁹ "Art. 368. Si los delitos previstos en los dos párrafos anteriores hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible. La misma regla se aplicará a quien hubiere cometido los mencionados delitos en contra de un menor de edad con ocasión de las funciones que desarrolle, aun en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los cometa con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título.

Exceptúanse los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusarse de autoridad o confianza".

modificadorias especiales que se comportan de forma similar a las calificantes, aplicándose en primer lugar al momento de la determinación de la pena, es decir, concurre respecto de la pena en abstracto, antes del juego normal que se efectúa entre agravantes y atenuantes.

6.2. Prescripción de estos delitos

No hemos querido dejar de incluir en este breve comentario general de los delitos sexuales tradicionales la norma contenida en el artículo 369 quáter del C.P. que establece un plazo de prescripción especial para los menores de edad víctima de estos delitos⁹⁰, estableciendo que respecto de ellos este plazo comienza a correr recién al momento en que alcancen la mayoría de edad.

De esta manera, conviven dos plazos de prescripción en estos delitos según quien sea la persona que está entablando la acción penal. Lo que trae bastantes dificultades de interpretación respecto a una serie de instituciones de carácter procesal penal como, por ejemplo, la posibilidad de aplicar salidas anticipadas o de decretar sobreseimiento de la causa y, también de carácter sustantivo, por ejemplo, respecto de casos en que se invoca la media prescripción del delito⁹¹.

Este aumento de plazo se encuentra absolutamente justificado, a nuestro juicio, considerando las particularidades de esta clase de delitos en los que las víctimas suelen permanecer en silencio durante mucho tiempo antes de efectuar denuncias de los mismos, entre otras razones por el temor a no ser creídas, por las consecuencias familiares que puede acarrear la develación, porque han bloqueado el recuerdo disociándolo. Sin embargo la forma particular en que ello se hizo trae algunas dificultades prácticas como ya se ha señalado.

6.3. Penas asociadas

Junto a las penas principales privativas de libertad, estos delitos traen aparejadas penas accesorias como la inhabilitación absoluta perpetua o temporal, según se trate o no de delitos contra menores de catorce años o contra menores de edad

⁹⁰ “Art. 369 quáter. En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”. Esta norma fue creada por la Ley N° 20.207 de 31 de agosto de 2007.

⁹¹ Sobre estas problemáticas véase Peña W., Silvia; Santibáñez T., María Elena, “La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificación introducida por la ley 20.207”, *Microjuris*, 2008.

pero mayores de 14 años, para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa con menores de edad.

Esta pena tiene características que la acercan más bien a una medida de seguridad, pues tiene aplicación con posterioridad al cumplimiento de la pena principal y está asociada a un registro, hoy día de carácter público, que permite saber si una persona ha sido condenada o no a esta sanción inhabilitante. Nos parece en todo caso absolutamente justificada considerando las características de los agresores sexuales, sobre todo si se toma en consideración que sólo está asociada al trabajo con menores de edad.

Junto con la anterior se contempla la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio para maestros o encargados de la educación o cuidado o dirección de la juventud.

Además existen sanciones de carácter civil asociadas a la condena por estos delitos, que están reguladas en el artículo 370 del C.P.

Por otro lado, ya no en el ámbito de las penas aplicables sino en el de la forma de cumplimiento de las mismas, es importante señalar que los delitos sexuales más graves, esto es, los cometidos contra personas menores de 14 años, tienen requisitos más estrictos para la concesión de libertad condicional y están excluidos, en algunos casos, de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 o bien sólo pueden acceder a la más gravosa de ellas. El análisis particular de estas normas lamentablemente escapa al propósito de este breve estudio.

Bibliografía

Aguilar A., Cristián, *Manual de delitos sexuales: Legislación chilena doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Metropolitana, 2006.

Alonso de Escamilla, Avelina, “El delito de violación: la conducta típica”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, Tomo XLII, pp 571-591.

Bascuñán V., Antonio, *El delito de abusos deshonestos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

Bullemore, Vivian, Mackinon, John, *Curso de Derecho Penal: parte especial*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, t. III.

Cantón D., José, Cortés A., María, *Guía para la evaluación del abuso sexual infantil*, Madrid, Ediciones Pirámide, 2000.

Carnevali R., Raúl, “La mujer como sujeto activo del delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”, en *Gaceta jurídica*, 2001, N° 250, pp.13-18.

Carrasco J., Edison, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, en *Revista Ius et Praxis*, 2007, N° 2, pp. 137-155.

Cox Leixelard, Juan Pablo, *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*, Fundación Fernando Fueyo, Santiago, LexisNexis, 2005.

Díez Ripollés, José Luis, *La protección de la libertad sexual: insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985.

Donna, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.

Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal: parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, t. IV.

Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal: parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. III.

Guzmán Dálbora José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, Número 1999-2000.

Künsemüller, Carlos, “Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno”, en *Gaceta jurídica*, 1993, No.152, p. 37-49.

Matus A., Jean Pierre, “Abusos sexuales por sorpresa: ¿un caso de atipicidad en el Código Penal reformado por la Ley N°. 19.617 de 12 de julio de 1999?”, en *Gaceta jurídica*, 2000, N° 243, pp. 14-19.

Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal: parte especial*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 6a edición, Sevilla, 1985.

Pacheco, Joaquín, *El Código Penal: concordado y comentado*, Madrid, Editorial Edisofer s.l., 2000.

Peña W., Silvia, Santibáñez T., María Elena, *La prescripción de delitos sexuales contra menores de edad. Modificación introducida por la Ley 20.207*, Microjuris, 2008.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno: parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Rodríguez Collao, Luis, *Delitos sexuales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, reimpresión, 2015.

Santibáñez T., María Elena, “*Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación*”, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 15, 2013, pp. 43-60

Santibáñez T., María Elena, Vargas, Tatiana, “*Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N°20.480)*”, en *Revista Chilena de Derecho*, N° 38, abril 2011, pp. 193-206.

Sproviero, Juan, *Delito de violación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996.

Tieghi, Osvaldo, *Delitos sexuales*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1983.

Jurisprudencia Citada

SCS de 9 de enero de 2003 (Rol N° 4422-02)

SCS de 10 de marzo de 2003 (Rol N° 4115-2002), N° Legal Publishing: 26680.

SCS de 3 de mayo de 2004 (Rol N° 5695-2003), N° Legal Publishing: 30142.

SCS 21 de septiembre de 2004 (Rol N° 1.788 2.383- (04))

SCS de 5 de enero de 2005 (Rol N° 3640-05)

SCS de 29 de marzo de 2005 (Rol N° 809-2005), N° Legal Publishing: 31921.

SCS de 19 de abril de 2005 (Rol N° 956-05)

SCS de 16 de enero de 2008 (Rol N° 6614-2007), N° Legal Publishing: 38143.

SCS de 4 de agosto de 2008 (Rol N° 3589-2008), N° Legal Publishing: 39695.

SCS de 7 de agosto de 2008 (Rol 5576-2007), N° Legal Publishing: 39792.

SCS de 7 de Enero de 2009 (Rol 7823-2008), N° Legal Publishing: 41559.

SCS de 1° de Septiembre de 2015 (Rol 9470-2015)

SCA Punta Arenas de 16 de junio de 1989, en Gaceta Jurídica N° 108, p. 90.

SCA Valparaíso de 5 de Septiembre de 2003 (Rol 23952-2001), N° Legal Publishing: 28969.

SCA Rancagua de 3 de noviembre de 2004 (Rol N°220.712)

SCA Santiago de 20 de Mayo de 2010 (Rol N° 445-2010), CL/JUR/2939/2010.

STOP de Ovalle de fecha 15 de julio de 2002 (RUC 0200003536-2)

STOP de Calama, de fecha 1° de junio de 2007 (RUC 0600188547-0)

STOP de La Serena de 17 de enero de 2003 (RUC 0200043504-2)

STOP de La Serena de 22 de marzo de 2003 (RUC 0200050551-2)

STOP de La Serena de 9 de agosto de 2003 (RUC 0200130656-4)

SJG de Antofagasta (RUC 0600175675-1)

Abreviaturas

C.P. Código Penal

SCS Sentencia de Corte Suprema

SCA Sentencia de Corte de Apelaciones

STOP Sentencia de Tribunal Oral en lo Penal

SJG Sentencia de Juzgado de Garantía



Desafíos y propuestas

Varios autores*

I. Introducción

Tal como ha quedado de manifiesto a lo largo de toda la publicación, el deseo de poner a disposición del lector un material que de manera didáctica y sencilla le permita conocer y comprender el fenómeno de la *violencia sexual contra la infancia* en nuestro país, y el modo como esta ha sido abordada desde el marco normativo no solo permite tener un panorama de lo sucedido y del modo como nuestro ordenamiento jurídico enfrenta actualmente este flagelo, sino también resulta útil para adoptar una mirada crítica que haga posible, más allá de los merecidos elogios por los avances conseguidos, admitir que aún queda un largo camino por recorrer.

Es por este motivo que el capítulo de cierre de esta publicación se ha dedicado a recoger la mirada de diversos profesionales que trabajan en temas de infancia – muchos de los cuales participan de las instituciones que generosa y desinteresadamente han colaborado con el proceso de elaboración de este libro –, a quienes se ha invitado a asumir la difícil de tarea de delimitar de forma breve, una de las tantas facetas que existen y que en su opinión representa un desafío en relación con el tratamiento actual de la violencia sexual contra la infancia. Se les pidió además incorporar una propuesta respecto a la forma en que estiman debe ser abordado en el corto o mediano plazo.

El orden con que sus textos son presentados obedece a una lógica de progresión según la cual se inicia con los aspectos más generales, que refieren a una dimensión macro del problema, para avanzar hacia aquellos más específicos y puntuales. Unos y otros permiten al lector apreciar el amplio abanico de deudas pendientes en la materia y le invitan también a imaginar sus propios desafíos y propuestas.

* Participan: Christine Weidenslaufer; Nicolás Espejo; María Elena Santibáñez; Aída Leiva; Jorge Orellana; Hernán Medina; Paola Truffello; Carlos Alvear; Lautaro Muñoz; Carolina Jorquera y Blanca Bórquez.

II. Alianza Global Contra el Abuso Sexual Infantil en Internet

Christine Weidenslauffer Von Kretschmann*

El generalizado uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) presenta un nuevo escenario para la comisión de los delitos enmarcados en el ámbito de la violencia sexual infantil. Las TIC han abierto paso a formas complejas e insospechadas de criminalidad, donde la interacción entre personas ubicadas en lugares geográficamente distantes y cuya identificación no siempre es posible, facilita la impunidad de los delitos¹. Ante esta realidad, la Comisión Europea ha señalado que los Estados deben asumir el desafío de generar mecanismos efectivos de prevención y control, los que a su vez exigen la coordinación y cooperación entre los países.

Chile, como miembro de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y de la Organización de Estados Americanos (OEA), ha ratificado los convenios internacionales más relevantes en materia de colaboración para la investigación y persecución criminal de delitos cometidos a nivel transnacional². Debe hacerse hincapié en que tales convenios internacionales tienen por objeto facilitar la persecución de delitos del más diverso orden, es decir, desde el punto de vista sustantivo, no son convenios que tengan por objeto dar una respuesta especializada al fenómeno mundial de la explotación sexual comercial infantil.

La Comisión Europea releva que, cada día, innumerables niños de todo el mundo son abusados y explotados sexualmente, y las imágenes y videos que grafican estos delitos son distribuidas por la Red. Ya en 2005 se estimaba que un millón de imágenes de abuso sexual infantil estaban en el ciberespacio y 50.000 nuevas imágenes se agregan cada año. Más del 70% de las imágenes reportadas incluyen niños menores de 10 años de edad y estas imágenes nunca desaparecen. Niños

* Abogada, LLM en Derecho Internacional y Comparado (Universidad de St. Mary's). Es investigadora del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

¹ European Commission, *A Global Alliance against Child Sexual Abuse Online*, [en línea], Organised Crime & Human Trafficking. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1ry60>

² Entre estos instrumentos destacan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC), del año 2000, y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños; la Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, de 1992; el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, de 1959, promulgado en Chile el año 2012; y el Acuerdo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre los Estados Partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile, promulgado el año 2009.

que hace años han sido identificados y rescatados, todavía tienen que enfrentar el hecho de que su abuso siga siendo de libre acceso en línea para cualquier persona, de modo que son *revictimizados* una y otra vez³.

La tecnología moderna permite que los delincuentes muevan imágenes, videos y contactos rápidamente entre jurisdicciones, aprovechando las lagunas legales y el anonimato que ofrece internet. Por tanto, ningún país puede hacer frente por sí solo a este fenómeno y la cooperación internacional se hace esencial para perseguir estos delitos y rescatar a las víctimas⁴. En este contexto, surge en 2012, fuera de la órbita del sistema de la ONU y de la OEA, la *Alianza Global contra el Abuso Sexual Infantil en Internet (Global Alliance Against Child Sexual Abuse Online)*, iniciativa conjunta de la Unión Europea y los Estados Unidos de América (EE.UU.). Esta Alianza, que agrupa actualmente a 54 países de todo el mundo⁵, fue lanzada el 5 de diciembre de 2012 y reúne a los ministros del Interior y de Justicia de cada país, en pos de cuatro objetivos políticos compartidos, que se espera den lugar al rescate de un mayor número de víctimas de estos delitos, a un enjuiciamiento más eficaz y a una reducción general de la cantidad de imágenes de abuso sexual infantil disponible⁶.

La Declaración⁷, firmada por todos los países participantes en la Alianza Global, establece cuatro objetivos y metas concretas:

- Mejorar los esfuerzos para identificar a las víctimas y garantizar que reciban la asistencia, el apoyo y la protección necesarios;
- Mejorar los esfuerzos para investigar los casos de abuso sexual infantil en internet y para identificar y procesar a los delincuentes;

³ *European Commission, op. cit.*

⁴ *European Commission, op. cit.*

⁵ *La integran los 28 Estados miembros de la Unión Europea, Albania, Armenia, Australia, Bosnia y Herzegovina, Camboya, Canadá, Corea del Sur, Costa Rica, EE.UU., Filipinas, Georgia, Ghana, Israel, Japón, Kosovo, México (incorporado el 2014), Moldavia, Montenegro, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Serbia, Suiza, Tailandia, Turquía, y Ucrania.*

⁶ *European Commission, op. cit.*

⁷ *European Commission, Declaration on the Launch of the Global Alliance against child sexual abuse online, [en línea], MEMO/12/944, Brussels, 5 December 2012. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-944_en.htm*

- Aumentar la conciencia pública de niños, padres, educadores y comunidad en general sobre los riesgos asociados y,
- Reducir la disponibilidad de la pornografía infantil en línea y la revictimización de los niños.

La Declaración cuenta también con un Anexo⁸ que establece los principios orientadores, señala metas operacionales concretas y ejemplos de posibles acciones que los países pueden emprender para alcanzar los objetivos señalados. Así, respecto del primer objetivo descrito, se propone como meta operacional aumentar el número de víctimas identificadas en la base de datos internacional de imágenes de explotación sexual infantil (*International Child Sexual Exploitation image database o base de datos ICSE*)⁹, gestionada por INTERPOL, en al menos un 10% anual. Por su parte, una de las potenciales acciones propuestas es contribuir con imágenes a esta base de datos.

En el caso del objetivo número dos, la meta operacional es establecer el marco necesario para la penalización del abuso sexual infantil en internet y el juzgamiento efectivo de los delincuentes, para lo cual se sugieren, entre otras, las siguientes medidas legislativas:

- Identificar las deficiencias en la legislación nacional y adoptar las modificaciones necesarias, incluyendo la criminalización de todas las formas de delitos de abuso sexual infantil en internet, en línea con los estándares internacionales (por ejemplo, la posesión de pornografía infantil y la inhabilitación de los infractores de trabajar con niños).
- Establecer, en su caso, unidades especializadas de policía, fiscales y jueces.

⁸ *European Commission, Annex to the Declaration on Launching the Global Alliance against child sexual abuse online further setting forth the intent of the participants: Guiding principles on the Global Alliance against child sexual abuse, [en línea. [fecha de consulta: 25 de agosto]. <http://bcn.cl/1ry63>*

⁹ *La base de datos ICSE es una herramienta de inteligencia e investigación que permite a los investigadores especializados compartir datos con colegas de todo el mundo. Disponible a través del sistema de comunicación policial mundial de INTERPOL (conocido como I-247), la base de datos ICSE utiliza un sofisticado software de comparación de imágenes, con el fin de hacer conexiones entre las víctimas, los abusadores y los lugares. Respaldada por el G-8 y financiada por la Comisión Europea, la base de datos ICSE se lanzó en marzo de 2009, como sucesora de la base de datos que había estado en uso desde 2001. Para mayor información, ver: <http://www.interpol.int/es/Crime-areas/Crimes-against-children/Victim-identification>*

- Establecer o mejorar los medios de la cooperación entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley nacional e internacional, velando por su adecuada formación y financiamiento.
- Asegurar que las herramientas de investigación eficaces estén a disposición de los responsables de la investigación y juzgamiento de los casos de abuso sexual infantil en internet, incluyendo la posibilidad de operaciones encubiertas, bajo las circunstancias y las garantías procesales definidas en la legislación nacional.
- Facilitar y apoyar una estrecha colaboración entre investigadores y fiscales, tanto a nivel nacional como internacional.
- Mejorar la cooperación entre las autoridades policiales y los actores del sector privado, cuya infraestructura y servicios puedan ser utilizados para el comercio de material relacionado con el abuso sexual infantil.

Los países participantes se comprometen a llevar a cabo en el futuro inmediato acciones concretas para alcanzar los cuatro objetivos clave, las que son elegidas por cada país, y sobre las cuales deben informar cada dos años. El primer informe fue evacuado en diciembre de 2013 y resume los compromisos adquiridos, las acciones ejecutadas y las medidas que se comprometen a tomar en el futuro inmediato¹⁰.

Se destaca que las acciones destinadas a alcanzar los objetivos generales se dejan a elección de cada país, pues los compromisos reflejan el enfoque particular de cada uno. Pero, para efectos de informarlas, se ordenan en un formulario tipo¹¹, según el objetivo de política pública y la meta operativa respectiva. También se agrupan por los tipos de medidas concretas propuestas por los diferentes participantes. Muchas de estas medidas no solo tienen un impacto positivo en el contexto del objetivo concreto, sino que también pueden utilizarse para alcanzar alguno de los otros tres

¹⁰ European Commission, *Global Alliance against Child Sexual Abuse Online: Report - December 2013*, [en línea], European Commission – Home Affairs. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1s0lr>

¹¹ Un ejemplo de este formulario se puede ver en: <http://bcn.cl/1s0ln>

objetivos. En estos casos, las acciones se clasifican de acuerdo a la categorización dada por el Estado participante¹².

La suscripción de esta iniciativa no obstaría al cumplimiento de los demás compromisos asumidos por un país en relación a convenciones internacionales previas.

La participación en la Alianza está abierta a todos los países y, no obstante la relevancia de las medidas por ella propuestas, Chile aún no es parte de la misma.

Ahora bien, dadas las acciones emprendidas por el Estado chileno a nivel internacional, como la firma de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, o a nivel nacional, con la incorporación o endurecimiento de los delitos asociados a la explotación sexual infantil (*grooming* y nuevas hipótesis de pornografía infantil) en el Código Penal, pareciera coherente con la política pública de protección de la infancia, que nuestro país se incorporara a dicha instancia. Consultada la Cancillería sobre la materia, se informó que se realizan las gestiones respectivas ante el Ministerio de Justicia y el Ministerio del Interior para explorar una posible suscripción a esta iniciativa transnacional en un futuro próximo¹³.

III. Elementos básicos para elaborar una Estrategia Nacional para una vida libre de toda violencia para niñas, niños y adolescentes de Chile

Nicolás Espejo Yaksic*

Como se expusiera en el Capítulo 1 de este libro, uno de los desafíos más importantes a los cuales se ven enfrentados hoy en día los Estados en relación con la violencia hacia los niños, consiste en la formulación de herramientas que les permitan a éstos avanzar en la construcción y promoción, de manera transversal, en todos los sectores y niveles, de una vida libre de toda forma de violencia para las niñas, niños y adolescentes. En este sentido, la configuración de una estrategia

¹² *European Commission, Global Alliance against Child Sexual Abuse Online. Report..., op. cit.*

¹³ *Información entregada por el Departamento de Sistema Universal, de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores. 13/08/2015.*

* *Abogado, Doctor en Derecho (University Warwick), Visiting Fellow del Kellogg College (University of Oxford). Fue Consultor del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), desde 2009 hasta 2015. Actualmente se desempeña como Asesor de la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la violencia contra los niños en Nueva York.*

nacional resulta determinante, junto a la prohibición legal - formal y expresa - de toda forma de violencia y la generación de datos fiables y contrastables.

Por lo tanto, en términos de garantías primarias adicionales para el reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia, el Estado de Chile debe generar una estrategia formal que siguiendo los lineamientos planteados por la Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Violencia contra los niños, contemple, a lo menos, los siguientes elementos¹⁴:

- Una estrategia centrada en la infancia, integrada, multidisciplinaria y sujeta a plazos definidos en la cual la protección de los niños, niñas y adolescentes contra la violencia sea una prioridad para las autoridades y el programa político nacional;
- Contemplar adecuados y eficaces mecanismos de coordinación entre las autoridades e instancias que atienden la violencia contra la infancia, que favorezcan las sinergias y eviten las duplicaciones. La capacitación de los profesionales que participen de ellas, en materias de prevención y respuesta a la violencia adaptadas a las necesidades de la infancia resultan indispensables;
- Considerar la asignación de recursos (formalmente reconocidos para tales efectos en el presupuesto nacional) a las actividades de lucha contra la violencia (tanto a nivel de prevención como de reparación), en particular en el plano descentralizado;
- Incorporar la participación activa de todas las partes interesadas, incluidas las instituciones académicas, la sociedad civil y las organizaciones dirigidas por niños, para lograr un proceso de aplicación, supervisión y evaluación eficaz¹⁵.

Al igual que en el caso de la prohibición legal expresa de toda forma de violencia contra los niños, una futura Ley Marco a los derechos de la infancia también debiera contemplar la exigencia legal de contar con una “Estrategia Nacional para Prevenir y Responder frente a la Violencia contra los Niños en Chile”. De este modo, las

¹⁴ Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, [en línea], A/HRC/22/55, 2013. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. https://srsg.violence-againstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-22-55_ES.pdf, párr. 63.

¹⁵ En un sentido similar, recientemente Save the Children (para el caso español) ha sugerido los componentes fundamentales de una “estrategia” para la prevención y la respuesta frente a la violencia. Ver: Save the Children, *Violencia contra la Infancia: Hacia una Estrategia Integral*, [en línea], Madrid, Mayo de 2015. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/824/VIOLENCIA CONTRA LA INFANCIA-Hacia una estrategia integral_.pdf

niñas, niños y adolescentes del país podrían contar con una garantía legal que asegure la generación de una intervención comprehensiva, fuertemente preventiva y con los recursos y condiciones de supervisión adecuados a todo nivel (nacional, regional y comunal), para asegurar su derecho a vivir en una sociedad libre de violencia. Tal garantía fundamental debiera ser debidamente complementada por la creación de una institución autónoma e independiente del gobierno y de cualquier otra institución estatal (un Defensor de la Infancia) y que cuente con los recursos y condiciones para poder defender y promover los derechos de los niños a vivir en un mundo libre de violencia. Especialmente, cuando las instituciones públicas a cargo de velar por tal derecho, no logran tal cometido¹⁶.

En el ámbito más específico de la prevención del delito contra los niños, niñas y adolescentes y la justicia penal, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado recientemente las denominadas Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal (en adelante, las “Estrategias Modelo”)¹⁷. Las Estrategias Modelo reúnen las normas y criterios internacionales sobre los derechos del niño y la justicia penal. Junto con precisar algunos principios rectores fundamentales, las Estrategias Modelo aportan concretamente 3 líneas de acción que los Estados se comprometen a adoptar.

Estas líneas de acción son:

- (1) Prohibir la violencia contra los niños, aplicar medidas amplias de prevención y promover la investigación y la reunión de datos: garantizar la prohibición por ley de todas las formas de violencia contra los niños; aplicar programas amplios de prevención y, promover la investigación y la reunión, análisis y difusión de datos;
- (2) Aumentar la capacidad del sistema de justicia penal para responder a la violencia contra los niños y proteger a los niños víctimas: crear mecanismos eficaces de

¹⁶ Para una explicación detallada de la justificación y condiciones fundamentales para la creación de un Defensor de la Infancia en Chile ver: UNICEF, *Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile, Serie los derechos del niño: Una orientación y un límite, N° 1*, [en línea], UNICEF, Santiago de Chile, Enero 2015. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2015/06/1-Hacia-un-defensor.pdf>

¹⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Estrategias y Medidas Prácticas Modelo de las Naciones Unidas para Eliminar la Violencia contra los Niños en el Ámbito de la Prevención del Delito y la Justicia Penal*, [en línea], A/RES/69/194, 2015. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/69/194>. Aprobada con el voto conforme del Gobierno de Chile.

detección y denuncia; brindar protección eficaz a los niños víctimas de la violencia; asegurar que se investiguen y persigan eficazmente los actos de violencia contra niños; intensificar la cooperación entre diversos sectores; mejorar las actuaciones penales en los asuntos relativos a los niños víctimas de la violencia¹⁸; garantizar que las condenas reflejen la gravedad de la violencia contra los niños y; reforzar la capacidad y la formación de los profesionales de la justicia penal y;

(3) Prevenir la violencia contra los niños en el sistema de justicia y responder a ella: reducir el número de niños en contacto con el sistema de justicia; prevenir la violencia relacionada con las actividades de ejecución de la ley y enjuiciamiento¹⁹; garantizar que la privación de libertad se utilice únicamente como medida de último recurso y durante el período apropiado más breve posible; prohibir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; prevenir la violencia contra los niños en los lugares de detención y responder a ella; detectar los casos de niños que son víctimas de violencia a causa de su contacto con el sistema de justicia en calidad de delincuentes presuntos o condenados y prestar asistencia y dar protección a esos niños; fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas y de supervisión.

IV. Desafíos y propuestas en la tipificación de los delitos sexuales tradicionales

María Elena Santibáñez Torres*

Como ya señalamos en el capítulo pertinente, durante las últimas dos décadas se han producido muchos avances en la tipificación de los delitos sexuales, otorgándose con ello una protección más amplia al bien jurídico afectado por

¹⁸ Para el caso chileno, ver, en especial, el trabajo desarrollado por la Fundación Amparo y Justicia para evitar la victimización secundaria de niños víctimas de delito en juicio, y que dio lugar al proyecto de ley presentado por el Ejecutivo el 22 de enero de 2014 (Boletín N° 9245-07), que regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Sin perjuicio de las deficiencias del proyecto (especialmente en lo referido a su limitado alcance y a las pretensiones de la defensa en el proceso), éste se enmarca en el trabajo de mejorar las actuaciones del sistema penal cuando hay niños o niñas involucrados.

¹⁹ Por ejemplo, promoviendo modelos de justicia restaurativa para adolescentes en conflicto con la ley penal. Ver: Informe anual de la Representante Especial del Secretario General sobre la violencia contra los niños, [en línea], A/HRC/25/47, 2014. [fecha de consulta: 26 de agosto de 2015]. https://srsg.violence-againstchildren.org/sites/default/files/documents/docs/A-HRC-25-47_EN.pdf, párrs. 48-118.

* Abogada. Profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Práctica Conjunta de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

los mismos, sobre todo en las conductas ilícitas de carácter sexual que afectan a menores de edad. No obstante ello, nos parece que todavía queda mucho por hacer en esta materia, tanto desde el punto de vista material sustantivo, que ha sido precisamente el objeto de nuestro análisis en los delitos sexuales tradicionales, como desde el punto de vista de la investigación y juzgamiento de los mismos, así como respecto de las políticas preventivas y de tratamiento tanto de las víctimas como de los imputados de estos delitos.

Nos referiremos en esta oportunidad sólo a ciertas propuestas de reformas legislativas asociadas a la incriminación de los delitos sexuales tradicionales. Si bien muchas de las interpretaciones de estos delitos que estimamos correctas pueden efectuarse sobre la base de la normativa actual, existen ciertas aspiraciones en cuanto a la forma de tipificación de los mismos que necesariamente requieren de algunas modificaciones legales.

En primer lugar y en términos generales sería aconsejable una mirada más global en la incriminación de estas conductas, permitiendo distinguir en cuanto a las penalidades de las mismas cuando se trate de hipótesis más graves de aquellas que no lo son, ello supone distinguir los diferentes delitos en atención al grado de lesión del bien jurídico afectado, estableciendo de esta manera una sistematización más coherente de estas conductas. En este sentido y sólo a título ejemplar, sería aconsejable efectuar una distinción en el delito de abuso sexual cuando la modalidad que concurre es una propia de la violación o si se trata de una del estupro, lo mismo ocurre en el delito de favorecimiento impropio que debiese distinguir el tipo de servicio sexual obtenido por el cliente para determinar la sanción del mismo.

También desde un punto de vista general, nos parece que la edad que se ha fijado para reconocer la posibilidad de consentir en el ámbito sexual no toma en consideración las características actuales del inicio de la adolescencia, que ha tendido más bien a adelantarse, sobretudo en el caso de las niñas. En este sentido, el establecer un límite etario absoluto genera problemas prácticos importantes respecto de adolescentes que inician su actividad sexual antes de los catorce años, para las cuáles la cláusula de exención de responsabilidad penal contemplada en la ley de responsabilidad penal adolescente parece insuficiente, pues sólo les

permite tener contactos sexuales si la diferencia de edad que tienen con su pareja no es superior a dos años. La situación descrita genera un problema grave tanto para las políticas de prevención de embarazo adolescente como respecto de los órganos de la administración de justicia que deben lidiar con casos de relaciones consentidas entre jóvenes que, sin embargo, a la luz de la regulación del Código Penal (C.P.), son constitutivas de delitos de violación.

Nos parece que una legislación que no dialoga con la realidad no es adecuada, por lo mismo estimamos que debe buscarse alguna solución a este problema, sea bajando la edad para prestar consentimiento a trece años de edad, sea efectuando una distinción en cuanto a la edad de hombres y mujeres para poder otorgarlo – considerando que los niños demoran más tiempo en alcanzar la pubertad – o bien sea permitiendo una diferencia etaria mayor con quien se tiene contacto sexual. Las primeras dos hipótesis suponen actualmente una modificación del artículo 362 del C.P. y consecuentemente de todos los delitos sexuales que hacen alusión a esta edad, en cambio la última alternativa implica más bien una modificación a la norma del artículo 4° de la ley de responsabilidad penal adolescente (RPA)²⁰.

En otro orden de cosas y a propósito del delito de violación, la evidencia empírica nos demuestra que las hipótesis de personas que se hacen acceder por otros sin su consentimiento es muy común, sobre todo cuando las víctimas son menores de edad, sin embargo la redacción actual del tipo penal de violación impide captar estos casos, que terminan siendo reconducidos al delito de abuso sexual. Así las cosas, considerando además que debiesen ser equiparados hombres y mujeres tanto víctimas de delito como victimarios, estimamos que la conducta del delito de violación debe reformarse para permitir la inclusión de quienes no acceden a la víctima pero se hacen acceder por la misma, ello supone ampliar las hipótesis ejecutivas de propia mano a hombres y a mujeres. Para efectuar este cambio bastaría a nuestro juicio con utilizar el verbo acceder en infinitivo y hablar de “*el acceso carnal*” tal como lo hace el C.P. español.

En el caso del estupro la modificación más urgente está asociada con el límite de edad del delito que, como dijimos en su oportunidad, sólo parece justificarse

²⁰ Chile, Ley N° 20.084, establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Publicada en Diario Oficial de 07 de diciembre de 2005. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m0pj>

respecto del engaño de la víctima, es decir la cuarta modalidad del delito, sin embargo no ocurre lo mismo respecto de las otras situaciones en que puede ser más discutible este límite. Donde no debiese existir ninguna discusión y, por lo mismo, se hace imperativa una reforma urgente, es en el caso de la primera modalidad del delito, referida a víctimas que padecen de una anomalía o perturbación mental de menor entidad que la contemplada para el delito de violación, entre estas víctimas se encuentran por ejemplo personas que padecen de síndrome de Down o retardos mentales moderados, las que sólo son amparadas de situaciones abusivas en el ámbito sexual hasta los 18 años, conforme a la regulación actual del delito de estupro, de tal manera que una modificación de esta norma se torna imprescindible.

La mantención del delito de sodomía de menor de edad por su parte nos parece que pugna contra el principio de lesividad que debe inspirar nuestros tipos penales, toda vez que no parece existir un auténtico bien jurídico afectado, que no sea uno de carácter únicamente moral que, como ya señalamos, a nuestro juicio debe abandonar la regulación de los delitos sexuales. No obstante, si llegásemos a estimar que existe un bien jurídico lesionado considerando la especial vulnerabilidad que tiene la etapa de la adolescencia, no podríamos obviar el hecho que se trata de un delito absolutamente discriminatorio que se limita a sancionar la homosexualidad masculina de menores de edad, mayores de catorce años. La situación es peor en este caso pues la forma en que está redactada la exención de responsabilidad del artículo 4° de la ley RPA ni siquiera permite su aplicación, al referirse a sujetos pasivos menores de catorce años, haciendo inviable su extensión al delito de sodomía que supone un sujeto pasivo mayor de esa edad.

Por último en esta mirada general de los delitos sexuales tradicionales, no podemos dejar de referirnos a la norma que altera las reglas de prescripción de los mismos, la que conlleva muchas dificultades prácticas al establecer en definitiva dos plazos de prescripción que corren en forma paralela, según quien sea el que ejerza la acción penal. Estamos absolutamente de acuerdo que los plazos de prescripción de estos delitos deben ser superiores al resto, considerando la habitual develación tardía de los mismos así como sus especiales características, sin embargo estimamos que

debe tomarse posición ya sea estableciendo plazos más largos de prescripción de los mismos evitando la dualidad actual o derechamente su imprescriptibilidad.

V. Los nuevos escenarios de la violencia sexual en Chile

Aída Leiva*

En la sociedad actual se observa un creciente rechazo hacia los actos de violencia, especialmente contra mujeres, niños y niñas. Existe una mayor sensibilización sobre la necesidad de protegerlos en situaciones de vulneración, principalmente ante las agresiones de orden sexual, por la diversidad y profundidad de secuelas que provocan en distintas dimensiones del ser humano²¹.

Un logro es el aumento en las denuncias que se registran. Entre el año 2006 y el 2012, la tasa de denuncias sobre delitos sexuales en Chile creció en más de un 50%²². La valoración positiva que se hace de esos resultados²³, se debe a que la información criminológica existente, indica que se conoce sólo un porcentaje de los delitos sexuales ocurridos mientras otro porcentaje relevante nunca se judicializa, quedando al margen del conocimiento público y, por consecuencia, sin posibilidad de castigo.

La brecha entre ilícitos y denuncias es superior cuando se trata de delitos violentos y de orden sexual²⁴, afectando la confianza que las personas depositan en las instituciones creadas para actuar frente a estos hechos²⁵. De ahí la importancia de disminuir el “campo oscuro” o las “cifras negras” existentes en esta materia.

* Psicóloga Forense, Magíster(c) Análisis Inteligencia Comunicacional (Universidad Mayor), Postítulo en Psicoterapia Infanto-juvenil con mención en maltrato y abuso sexual (Pontificia Universidad Católica de Chile), Diplomada en Pericia Psicológica Forense (Universidad Santo Tomás). Fue coordinadora Metropolitana y Nacional de programas CAVAS-PDI. Actualmente ejerce como coordinadora de Proyectos en Corporación Opción.

²¹ Hallazgos concentrados en vasta literatura al respecto que aluden a las consecuencias psicológicas y sociales derivadas de las vivencias de agresión sexual.

²² Ministerio Público de Chile, Boletín Estadístico Anual, [en línea], Santiago de Chile, enero 2015. [fecha de consulta: 15 de Mayo de 2015]. <http://bcn.cl/1ss51>

²³ Considerada ésta como una de las perspectivas de tipo criminológica más amplias, en tanto conjuntamente, resultan preocupantes las cifras en ascenso, por cuanto pudieran resultar indicativas de un posible incremento real en la ocurrencia misma del delito.

²⁴ Garrido, V., Stangeland, P., Redondo, S., Principios de Criminología, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 126.

²⁵ *Ibíd.*, p. 69 y García-Pablos, A., Manual de Criminología, Madrid, Ed. Espasa – Calpe, 1998.

Los análisis del número de denuncias y la posibilidad de castigo de un delito sexual, usualmente van acompañados de reflexiones sobre la importancia, para la víctima, de que el victimario sea sancionado. Hecho que constituye en sí mismo, un acto reparador.

Ahora bien, sin desconsiderar dicho valor, tan real como necesario, este artículo pretende dar una mirada más amplia a la comprensión del fenómeno de las agresiones sexuales en la infancia. Existen otros factores involucrados en las consecuencias del delito, que van más allá de las nefastas implicancias individuales en las víctimas y que se relacionan con la sociedad, en su conjunto. Esto es sumamente importante de considerar en una discusión de políticas públicas, que busque fortalecer la prevención de estos ilícitos en el país. Al efecto, dos son los contenidos esenciales a tener en cuenta.

Desde la óptica de las cifras, el análisis revela que en los dos últimos años (2013-2014), se observa un relativo estancamiento o descenso de las denuncias en materias de delitos sexuales²⁶. Toda una contrariedad respecto a la tendencia nacional señalada al comienzo. Es válido preguntarnos si estos datos son un fiel reflejo de la menor incidencia del ilícito o, por el contrario, constituyen una consecuencia de la participación de variables aún no estudiadas, desconocidas, que pueden estar aumentando la “cifra negra”, con lo adverso que eso resultaría.

En segundo término, y en el marco de lo señalado previamente, cabe introducir la mirada fenomenológica, especialmente en lo referido a los cambios que se van suscitando en la configuración de los delitos, y su relación con las transformaciones sociales y tecnológicas desarrolladas en nuestro país en los últimos años. Los cambios sociales inciden en el desarrollo y configuración de los delitos, modificando las características de su ocurrencia y también la manera en que la sociedad los enfrenta. Respecto a este punto, se destacan avances legislativos en la tipificación de formas de delitos, que dicen relación con los cambios poblacionales derivados de procesos migratorios en ascenso, en cuyo contexto se promulga la Ley N° 20.507²⁷, o aquellas referidas al uso

²⁶ Ministerio Público de Chile, *Boletín Estadístico Anual*, op. cit.

²⁷ Chile, *Ley N° 20.507, tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de persona y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Publicada en Diario Oficial de 08 de abril de 2011. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1myqk>*

de las nuevas tecnologías, como son las leyes 19.927²⁸ y 20.526²⁹. Dicho aporte legislativo, aunque sustancial, resulta insuficiente a la hora de disminuir las cifras negras anteriormente mencionadas, requiriéndose de avances similares en otras áreas relacionadas para su efectiva aplicación.

En el abordaje de los delitos sexuales más frecuentes, más conocidos y estudiados fenomenológicamente³⁰, se constata la dificultad para las víctimas de revelar lo sucedido (develación), debido a variables personales y socio-familiares, y por las características propias de ocurrencia del fenómeno, lo que retarda o revierte la posibilidad de denuncia³¹.

En ese sentido, también se ha avanzado en su caracterización, permitiendo conocer el uso de estrategias de victimización más frecuentes y los tipos de afrontamiento de las víctimas, tipos de develación, secuelas frecuentemente asociadas, perfiles del ofensor o víctimas, entre otros.

Esta serie de estudios ha ilustrado a profesionales, investigadores y/o jueces, y contribuido a las acciones preventivas, investigativas, periciales o judiciales. No obstante hay debilidades, porque a la dificultad de las víctimas para revelar los hechos, se suma la constatación de que los delitos sexuales no suelen darse mediante el uso de la fuerza, sino a través de otras estrategias, como la seducción o manipulación, material o afectiva, lo que hace más difícil la prueba de la figura delictual, en tanto aparece la víctima como único testigo de la situación de agresión denunciada, contraponiéndose su versión con la del acusado.

A esa dificultad se suma un escenario más complejo, cuando se trata de delitos relacionados con fenómenos emergentes, producto de los cambios sociales que

²⁸ Chile, Ley N° 19.927, modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Publicada en Diario Oficial de 14 de enero de 2004. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1mh5w>

²⁹ Chile, Ley N° 20.526, sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Publicada en Diario Oficial de 13 de agosto de 2011. [fecha de consulta: 14 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1n65o>

³⁰ Entendiéndose aquellos que responden a la clasificación según el tipo de vínculo existente entre víctima-victimario: intrafamiliar y extrafamiliar (conocido-desconocido), que es abordada por autores clásicos en la materia, tales como: Cantón, J. y Cortés, M., Barudy, J., Finkelhor, D., Perrone, R. y Nannini, M., entre otros.

³¹ Tal es el caso del fenómeno de retractación, que es descrito como parte integrante de las fases del proceso abusivo, con un grado de incidencia significativo (22%, según Sorensen & Snow, 1991) Ver: Sorensen, T., Snow, B., *How children tell: the process of disclosure in child sexual abuse*, *Child Welfare*, 1991 Jan Feb; 70(1): 3-15.

se enfrentan y/o que resultan con menor acopio de conocimientos en la materia, y por ende con falta de metodologías y sistemas de abordaje adecuados para su detección, interrupción y sanción.

Tal es el caso de aquellos delitos seriados que involucran a niños de corta edad, producción de material pornográfico infantil, trata de personas, asociaciones ilícitas, población con discapacidad, entre otros. El desconocimiento de esas variables redundará en una desorientación de la población, en cuanto a su prevención y detección, así como en aquellos responsables de intervenir para su protección o acción punitiva.

El acoso por internet, constituye un ejemplo que grafica como un medio nuevo produce nuevas formas de ocurrencia de delitos en materias sexuales, que amerita estudio y avances en la generación de conocimientos y métodos que tornen eficaz su prevención y persecución.

A mayor desconocimiento, aunque el delito se detecte y denuncie, enfrentará más dificultades probatorias y con ello ausencia de castigos y/o protección, pudiendo presumirse una falla como sociedad en todos los niveles de actuación.

Si volvemos a la reflexión inicial, lo anterior redundará en pérdida de confianza en las instituciones o actores competentes; hará crecer la “cifra negra” y con ello, un alto riesgo de aumento de la criminalidad en estas materias, en tanto crece, a su vez, la sensación de impunidad por parte de los perpetradores.

Esa dinámica básica de comprensión del delito, por lo tanto, conlleva una mirada preventiva y de interés colectivo, y no exclusivamente de quienes en un determinado momento sufren en carne propia la agresión³². Debe comprenderse como un suceso que genera ondas holísticas que repercuten en toda la sociedad.

En síntesis, es fundamental resaltar la visión integral y sistémica que debe tener el Estado en su actuar. En este caso particular, se debe buscar reforzar el papel que desempeña la generación de conocimientos fenomenológicos de este tipo de delitos de manera actualizada e invertir en la generación de los mismos. De igual manera, en el monitoreo de la forma en que se van materializando en el país.

³² Resulta ser una perspectiva individual, necesaria, pero limitada si se restringe exclusivamente a ese foco.

Ello permitirá contar con una herramienta eficaz, tanto para la prevención y protección, como para una mayor efectividad del sistema de persecución penal, proporcionando, además, nuevas técnicas en su accionar a todos los actores que participan en el control y abordaje de este tipo de delitos.

VI. Leer la realidad desde las cifras: la implementación de un Observatorio especializado en el Servicio Nacional de Menores

Jorge Orellana Martínez*

Hernán Medina Rueda**

La realidad del abuso sexual que involucra a niños, niñas y adolescentes (NNA) en nuestro país constituye una situación de la máxima gravedad. De acuerdo al registro de la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito (UNODC), las cifras para el año 2013, ubican a Chile en el tercer lugar a nivel mundial, con una tasa de denuncias de 68,5 casos por cada 100 mil habitantes, solo superado por Suecia y Jamaica.

Una de las carencias permanentes ha sido contar con cifras fidedignas sobre el tema, circunstancia que ha postergado la realización de evaluaciones confiables y sistemáticas con validez para los casos que tienen lugar en el territorio del país. En este contexto, ha prevalecido, sin atenerse a un manejo riguroso de las fuentes y de los datos, un uso de las estadísticas adecuado a la contingencia, con el riesgo de producir distorsiones que permean la opinión pública. De igual forma se ha constatado la existencia de fuentes de información de calidad dispersas a nivel del Estado que no dialogan de una manera adecuada.

La necesidad de revertir esta tendencia y establecer desde la función pública un compromiso con la producción de información relevante, ha impulsado la creación del Observatorio de Abuso Sexual Infantil y Adolescente, del Servicio Nacional de Menores (Sename), vigente desde mayo del año en curso.

* Sociólogo, Magíster en Sociología de la Modernización (Universidad de Chile). Desde el año 2014, integra la Unidad de Estudios del Servicio Nacional de Menores.

** Sociólogo, Magíster en Ciencias Sociales mención Sociología del Desarrollo (ILADES-U.C. de Lovaina), Magíster(c) en Sociología (Universidad Academia de Humanismo Cristiano). Ejerce docencia universitaria desde hace 30 años, y desde el año 2010 integra la Unidad de Estudios del Servicio Nacional de Menores.

Esta instancia promovida por la Directora Nacional, e implementada por la Unidad de Estudios del Servicio, tiene el propósito de poner a disposición de toda la ciudadanía una herramienta de calidad, que permita transparentar la incidencia del abuso sexual, brindar acceso a información unificada y detallada, como insumo confiable para la puesta al día sobre el tema, su estudio y la elaboración de políticas públicas en la materia.

El uso del espacio virtual permite un tratamiento didáctico de la información. El instrumento específico con el cual se ha construido el Observatorio, InstantAtlas, posibilita la recepción de datos de múltiples informantes. Al efecto, se ha reunido y procesado información oficial procedente de la Subsecretaría de Prevención del Delito, del Servicio Médico Legal, del Ministerio de Salud, del Ministerio Público, de Carabineros de Chile, además de la información generada por el propio Sename³³.

El Observatorio entrega información en mapas y gráficos dinámicos que permiten construir una aproximación demográfica de la población de menores de 18 años; reconocer la prevalencia de la población afecta a situaciones de abuso; conocer el ingreso de las víctimas a la oferta programática especializada, en sus variadas manifestaciones (aquellas que brinda el Sename y las procedentes de otras instancias especializadas del Estado, entre las que se cuentan, el Servicio Médico Legal y los servicios otorgados por el sistema de salud pública).

El Observatorio ha sido creado como un repositorio abierto a nueva información, en el sentido de su capacidad para incorporar cifras renovadas sobre el tema, incluyendo la actualización de datos procedentes de las actuales fuentes y el ingreso de información proveniente de otras. El acceso a los registros de diversas instancias ha significado un esfuerzo de trabajo colaborativo con quienes Sename ha convenido el intercambio, principalmente de información cuantitativa. Surge desde aquí un primer desafío de carácter permanente, cual es mantener la vigencia de los compromisos institucionales, de manera de consolidar los acuerdos y con ello la provisión de información actualizada.

Junto con la información virtual, el Observatorio ha generado otros productos, entre los que destaca el Primer Informe sobre Abuso Sexual Infantil y Adolescente

³³ Ver: <http://www.sename.cl/wsename/estructuras.php?name=Content&pa=showpage&pid=567>

en Chile – Año 2014. El documento presenta una caracterización sociodemográfica de la población infanto – adolescente e incorpora un detalle de los NNA vulnerados que han ingresado a los programas del Sename en los ámbitos de protección de derechos y justicia juvenil. Asimismo revisa con exhaustividad las cifras relativas a maltrato, abuso y explotación sexual.

El Informe integra también las cifras reportadas por el Ministerio de Salud a través de su Departamento de Estadísticas e Información de Salud, relativas a las atenciones especializadas otorgadas para quienes son víctimas de abuso sexual. Igualmente incluye las cifras del Servicio Médico Legal en materia de pericias realizadas para delitos de connotación sexual contra NNA y el registro de denuncias de estos delitos proporcionado por el Ministerio Público, el que ha permitido avanzar en una caracterización de los victimarios. Completa la serie, a partir de antecedentes de Carabineros, una relación de la incidencia de delitos de acuerdo al lugar en que éstos son perpetrados.

A la luz de las cifras recopiladas en materia de abuso sexual infantil y adolescente ha sido posible develar la crudeza de una realidad que afecta de manera transversal a toda la sociedad chilena y que muestra la urgencia por revertirla. Desde el Sename existe la disposición de fortalecer la acción del Estado en este campo. El análisis de los datos debiera llevarnos a comprender más en el detalle el nivel y lugar de ocurrencia de estos ilícitos, haciendo posible una lectura de sus causas y consecuencias. El examen de las cifras ha de posibilitar también ilustrar las características de la oferta en términos de la implicancia diagnóstica y reparatoria. En una primera línea, el valor de la información estadística instala el desafío de modelar políticas preventivas con un marcado acento en el trabajo local, en tanto las situaciones de abusos acontecen en proximidad a la cotidianidad de los sujetos. Los desafíos se extienden a la realización de un trabajo fundado en evidencia, que permita el despliegue de las capacidades técnicas y la adecuación de la oferta a situaciones diversas, de acuerdo a la complejidad y perfil de los casos.

En esta lógica, el Observatorio de Abuso Sexual busca incentivar la colaboración interinstitucional entre los organismos del Estado y aquellas instancias que operan desde la sociedad civil. La continuidad de su trabajo considera el compromiso de las autoridades del Sename para la realización de las inversiones que permitan la

actualización del Servicio, y la estabilidad de los profesionales a cargo de la gestión de este espacio. En este sentido la labor iniciada debiera proyectarse, no solo a través del permanente enriquecimiento de la base de datos, sino también con la elaboración de informes diagnósticos que contribuyan a la reflexión oportuna, como insumo para la elaboración de políticas públicas y dispositivos necesarios para la intervención psico socio jurídica.

VII. Garantía de representación jurídica de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales

Paola Truffello García*

La representación jurídica especializada de niños, niñas y adolescentes (NNA), es necesaria para garantizar el debido ejercicio de sus derechos. El estándar internacional y regional reconoce en la víctima menor de edad una doble protección jurídica: en tanto víctima y en tanto niño o niña³⁴. Así lo recogen diversos instrumentos internacionales que se refieren a la especial protección que deben recibir NNA, víctimas o testigos de delitos por su exposición al sistema jurídico penal.

Los NNA como intervinientes del proceso penal, son titulares de los derechos que la legislación reconoce a víctimas y testigos. Para su ejercicio, la legislación debe resguardar el cumplimiento de los principios y derechos que rigen la infancia y adolescencia contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³⁵, entre ellos: el interés superior del niño, principio rector guía que obliga a considerar la máxima satisfacción de los derechos de este grupo³⁶; la autonomía progresiva de NNA, que les asegura el ejercicio autónomo de sus derechos en la medida que

* Abogada. Investigadora del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

³⁴ Beloff, Mary, *El menor de edad víctima en el proceso judicial: garantías procesales y deberes de prestación positiva del Estado*. En: Fucito, Marina (ed.), *Acceso a la justicia de niños/as víctimas: protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1qlb1>

³⁵ La Convención sobre los Derechos del Niño, promulgada en Chile por Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, marcó el nacimiento de un nuevo derecho de infancia, quedando los derechos de NNA establecidos de manera integral y vinculante para los Estados. Ver: Costa, João B., *El perfil del juez en el nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia*, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1qfs3>

³⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3.

evolucionan en su ciclo vital³⁷; el derecho a la recuperación física y psicológica y su reintegración social, cuando han sido víctimas de abandono, explotación o abuso³⁸; y el derecho a ser oído en todo proceso judicial o administrativo³⁹.

La aplicación de este último derecho se relaciona con el derecho al debido proceso y, uno de sus elementos esenciales, el derecho a la defensa, ambas garantías constitucionales consagradas también, en la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁰, que alcanzan a NNA en su calidad de personas⁴¹.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha señalado que debe otorgarse a los NNA apoyo adecuado para la defensa de sus intereses⁴². Asimismo, ha recomendado a Chile⁴³, garantizar que NNA víctimas y testigos de delitos, tales como, maltrato, violencia doméstica, explotación sexual y económica, secuestro y tráfico, reciban la protección contemplada en la CDN, considerando las directrices de Naciones Unidas en la materia⁴⁴, que reconocen su especial vulnerabilidad y necesidad de protección.

En la experiencia extranjera, existen diversos modelos de defensa jurídica y representación de niños y adolescentes⁴⁵. En Argentina, por ejemplo, la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁴⁶, establece como una garantía mínima en los procedimientos

³⁷ *Ibíd.*, arts. 5, 12 y 14.

³⁸ *Ibíd.*, art. 39.

³⁹ *Ibíd.*, art. 12.

⁴⁰ Constitución Política de la República, art. 19 N° 3, y Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8. Garantías Judiciales.

⁴¹ UDP – Unicef, Informe final estudio: niños, niñas y adolescentes en los Tribunales de Familia, [en línea], Santiago de Chile, enero 2010. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. _

⁴² Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 12 (2009): el derecho del niño a ser escuchado, CRC/CGC/12, 2009.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención, Observaciones Finales: Chile, [en línea], CRC/C/CHL/CO/3, 23 de abril de 2007. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1r3zd>

⁴⁴ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, [en línea], Resolución 2005/20 de 22 de julio de 2005. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1sajd>

⁴⁵ Los distintos modelos de defensa jurídica y representación de niños, niñas y adolescentes existentes en la legislación comparada son analizados en: Villavicencio, L.; Millán, P., La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección, Revista de Derechos del Niño N° 1, Universidad Diego Portales/ Unicef, Santiago, pp. 41-91.

⁴⁶ Argentina, Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1kdze>

judiciales que afecten a niños y adolescentes, la asistencia letrada, preferentemente especializada en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, debiendo designarse de oficio por el Estado, si se carece de recursos económicos.

En Chile, la jurisdicción especializada en asuntos de familia, creada por la Ley N° 19.968 de 2004, recoge como un principio rector, el derecho del NNA a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta en los asuntos en que sus intereses aparezcan involucrados. El juez de familia debe velar porque los intereses de niños y adolescentes sean debidamente representados, debiendo designar un abogado, que actúa como *curador ad litem*, de la Corporación de Asistencia Judicial o de una institución pública o privada dedicada a la defensa de los derechos de niños y adolescentes en dos casos: cuando el NNA carezca de representación legal o, cuando estima que sus intereses son independientes o contradictorios con los de quien ejerce legalmente su representación.

La representación del *curador ad litem* se extiende a todas las actuaciones judiciales incluyendo, como lo precisó la Ley N° 20.286 del año 2008, el ejercicio de la acción penal para presentar querrela contra el imputado^{47,48}. Si bien, la ley otorga al *curador ad litem* doble representación, en la justicia de familia y en la justicia penal, facilitando su necesaria interacción, su procedencia es limitada a las dos hipótesis señaladas, así como lo es, la especialización y/o cobertura de las instituciones llamadas a ejercer dicho cargo.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Unicef, reconoce la existencia de un déficit en Chile, en el ejercicio por parte de NNA del derecho de acceder a una justicia especializada⁴⁹. Por ello, propone que una futura ley de garantías a los derechos de la infancia, garantice el derecho al acceso a una justicia especializada, que incluya el derecho de NNA a ser oído directamente o a través de un

⁴⁷ El artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal, establece como derecho de la víctima el intervenir en el procedimiento penal, presentando querrela.

⁴⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.286 introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, [en línea]. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1sqmt>

⁴⁹ Unicef, Hacia un Defensor de los Derechos de la Infancia para Chile, Serie los derechos del niño: Una orientación y un límite, N° 1, [en línea], Unicef, Santiago de Chile, enero 2015. [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2015]. <http://bcn.cl/1saj8>

representante especializado. Asimismo, indica que debe garantizarse el desarrollo de un programa de orientación legal y representación judicial de los intereses independientes de NNA, con la consecuente revisión de las competencias y capacidades de las instituciones que hoy buscan cumplir dichos fines, con recursos y competencias insuficientes (Corporaciones de Asistencia Judicial, Programas de Representación Judicial y, figura del Curador *Ad Litem*).

En este sentido, un estudio desarrollado por Unicef y la Universidad Diego Portales (2010), destacando al curador *ad litem* como una figura de potencial no aprovechado, sugiere un sistema de defensa y representación jurídica para el niño en tanto actor procesal, esto es, como sujeto con intereses individuales que tutelar, y por tanto, no sólo aplicable para los casos de incompatibilidad entre sus intereses y los de sus padres o representantes legales, como propone la regulación actual⁵⁰.

La defensa y representación jurídica de NNA víctimas de delitos sexuales involucrados en procesos judiciales, es un desafío que está siendo abordado por Chile. La Comisión Técnica de Garantías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procesos Judiciales, constituida por el Consejo Nacional de la Infancia⁵¹, planteó la necesidad de garantizar el derecho a representación jurídica de ellos en una futura ley marco de garantía de los derechos de NNA, otorgando a ésta prioridad presupuestaria considerando su especial situación cuando intervienen en procesos judiciales⁵².

Asumiendo que niños y adolescentes son sujetos de derecho y, por tanto, sujetos procesales titulares del derecho al debido proceso y derecho a defensa, atendiendo a las recomendaciones de Unicef y de la propia Comisión Técnica del Consejo Nacional de la Infancia y, considerando que su estado los hace especialmente vulnerables, parece necesario incorporar dentro del nuevo marco normativo e institucional para el establecimiento de un sistema integral de garantías de los

⁵⁰ UDP – Unicef, *Informe final: estudio niños, niñas y adolescentes... op. cit.*, p. 135.

⁵¹ El Consejo Nacional de la Infancia fue creado con el objeto de asesorar a la Presidenta de la República en materias relativas a garantizar, promover y proteger el ejercicio de los derechos de NNA. Ver: Chile, Decreto N° 21 de 2014, Secretaría General de la Presidencia, crea Consejo Nacional de la Infancia. Publicado en Diario Oficial de 16 de abril de 2014. [fecha de consulta: 05 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1m6hz>

⁵² Consejo Nacional de la Infancia, *Informe Final: Comisión Técnica de Garantías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procesos Judiciales*, [en línea], Instructivo Presidencial N° 6 del 14 de julio de 2014, abril 2015. [fecha de consulta: 05 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1saj9>

derechos de la infancia y adolescencia, un sistema de representación y defensa técnica especializada para niños y adolescentes, a fin de garantizar el efectivo ejercicio de sus derechos, respetando sus necesidades según su capacidad progresiva.

VIII. Legitimidad del Servicio Nacional de Menores para querellarse

Carlos Alvear Pareja*

En la actualidad se discute la legitimidad del Servicio Nacional de Menores (Sename) para querellarse y ser parte en aquellos casos en que niños, niñas y adolescentes (NNA) han sido víctimas de delitos. El debate se funda en el panorama normativo poco claro que resultó luego de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, en el año 2006, al derogarse la facultad expresa para querellarse que hasta entonces detentaba el Servicio a través de su ley orgánica.

En efecto, hace poco más de doce años fue publicada la Ley N°19.806 con la cual se introdujo una serie de modificaciones al sistema legal entonces vigente para adecuarlo a la reforma procesal penal en curso⁵³. Una de estas enmiendas consistió en derogar el artículo de la Ley de Menores que otorgaba competencia al vicepresidente del Consejo Nacional de Menores para hacerse parte, por sí o apoderados, en los procesos que instruyeran los jueces de letras de menores con ocasión de la comisión de un delito que afectare a un menor⁵⁴. Con la creación del Servicio Nacional de Menores, se extingue el Consejo Nacional de Menores, quedando desde entonces radicada en este servicio la facultad anteriormente descrita⁵⁵.

Por su parte el Código Procesal Penal (CPP) en su artículo 111 inciso 3° reconoce a los órganos y servicios públicos competencia para interponer querellas cuando

* Abogado, Magister © en Derecho Penal de la Empresa y los Negocios (Universidad de Chile e Instituto Universitario Ortega y Gasset), Diplomado en Derecho Comunitario de la Unión Europea (Universidad Central e Collège des Hautes Études Européennes – Miguel Servet). Se desempeñó hasta mayo de 2014 como Secretario General de la Comisión Chilena de Derechos Humanos. Actualmente es el Comisionado para la Infancia y la Adolescencia del Servicio Nacional de Menores.

⁵³ Chile, Ley N° 19.806, normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Publicada en Diario Oficial de 31 de mayo de 2002. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1maiw>

⁵⁴ Antiguo artículo 33 de la Ley N° 16.618.

⁵⁵ Chile, Decreto Ley N° 2.465 de 1979, crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su ley orgánica. Publicado en Diario Oficial de 16 de enero de 1979. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1moh5>

tal potestad le ha sido otorgada de manera expresa por sus respectivas leyes orgánicas. Esta norma se ha invocado en la práctica para inhabilitar al Sename para hacerse parte en querellas criminales que tienen por víctima a NNA. Incluso, el propio Ministerio Público en estos casos ha argüido la falta de legitimidad activa del Servicio para intervenir.

Esta interpretación restrictiva de la norma ciertamente perjudica gravemente los derechos de los NNA, porque impide que un órgano público como Sename ejerza el rol al cual está llamado, entrando incluso en contradicción con las disposiciones de su propia ley orgánica que le autorizan a denunciar, hacerse parte o querellarse en los procesos en los que existan indicios graves de que la forma en que las personas naturales o las instituciones desarrollan las acciones de asistencia o protección pueden poner en peligro material o moral al menor⁵⁶.

En el caso de la develación de situaciones de maltrato o de abuso infantil por parte del propio NNA, se aprecia que en muchas ocasiones éstos no cuentan con el respaldo de sus propios padres, adulto responsable o representantes legales, puesto que no infrecuentemente son ellos mismos sus agresores. Incluso se dan situaciones en que parientes, como la propia madre, instan a la víctima a retractarse de su declaración a fin de mantener un pseudo equilibrio familiar interno que asegura el pacto de silencio y permite al agresor seguir impune e incluso continuar abusando de su víctima.

Al aprobarse las normas adecuatorias, se pensaba que no obstante despojar al Sename de la facultad descrita en la antigua Ley de Menores, éste podría seguir ejerciéndola al tenor del inciso 2° de la artículo 53 de CPP, en tanto se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

Una alta cifra de las causas por delitos contra NNA se encuentran en investigación desformalizada debido a múltiples factores. Uno de ellos es el no contar con un querellante particular que pueda destrabar este inmovilismo, al solicitar diligencias, quedando las víctimas expuestas a que el Ministerio Público muchas veces aplique el cierre de la investigación, el principio de oportunidad, o mantenga la investigación

⁵⁶ Ver: artículo 17 inciso 3° del Decreto Ley N° 2.465... *op. cit.*

desformalizada, sin avanzar en esclarecer los hechos que se investigan, o en otros casos, se opte por ir a un juicio abreviado, que no siempre representa la mejor salida para restituir los derechos de la víctima.

La pérdida de la facultad, determinó en el Sename el cierre de la Unidad de Intervención en Crisis que permitía al Servicio hacerse parte en casos de abuso sexual. Sin embargo, con el paso del tiempo y ante la constante necesidad de intervenir en casos de connotación pública, la institución ha vuelto a presentar querellas las cuales si bien en un principio eran desechadas por los argumentos esgrimidos anteriormente, han dado poco a poco paso a una interpretación de las normas más acorde con los estándares internacionales.

En esta línea cabe recordar la obligación de los Estados de cumplir de buena fe sus compromisos jurídicos internacionales, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y de dar acogida al principio *pro cive o pro homine* (a favor de la persona), que insta a aplicar aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en una norma del derecho internacional de los derechos humanos. Ahora bien, la expresión *pro homine* en el derecho procesal constitucional nos debe mover a entender el derecho que tienen las personas, incluidos los NNA, a una tutela jurisdiccional que sea efectiva, y que favorezca el acceso a la justicia. Así las cosas, ante una interpretación que restrinja el derecho a la acción y otra que lo posibilite, debe favorecerse aquella que lo facilita. En igual sentido actúa el principio de progresividad, de manera que siempre se debe buscar la solución que mejor satisfaga la protección de los derechos, y con ello la dignidad de la persona humana. En este caso, se debe privilegiar la aplicación de la CDN, en especial de sus artículos 3, 19, 34 y 35, por sobre las normas procesales restrictivas como la contenida en el artículo 111 inciso 3° del CPP.

Conforme a ello, la legitimación activa del Sename para accionar penalmente se basa en el interés superior del niño que es el motor de actuación del servicio, como órgano a cargo de la protección de la infancia. Dicho principio dice relación con el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la CDN y el desarrollo holístico de NNA. La participación del Sename constituye

un expreso imperativo de carácter legal, por cuanto el Estado tiene el rol de garante de los derechos de los NNA, siendo una obligación del mismo el participar como querellante en los casos por delitos que afecten a NNA, más aún respecto de aquellas figuras delictuales que, como las de connotación sexual, son frecuentemente cometidas a nivel intradomiciliario, limitando las posibilidades de NNA para denunciar.

Si bien la legitimidad activa del Estado en tanto garante de derechos podría considerarse salvada por la figura del curador *ad litem*⁵⁷, en la práctica éstos no siempre ejercen la acción penal. Es por ello que la actuación del Sename, en los casos de maltrato grave y abuso sexual, a través de los/as abogados/as que conforman el Programa de Representación Jurídica, es imprescindible. Más aún considerando el elevado nivel de especialización que éstos tienen en la representación jurídica de NNA víctimas de delitos. Favorecer su labor, en estas instancias, es un factor relevante para lograr adecuadamente el efectivo restablecimiento de los derechos de NNA vulnerados, en un plano de protección subsecuente a la comisión del delito, en un nivel colaborador con los correspondientes procesos de reparación psicológica y reinserción social, garantizándoles de este modo un efectivo acceso a la justicia a fin de salvaguardar adecuadamente sus intereses y sus derechos.

Hoy el Estado de Chile sólo garantiza el derecho de acceso a la justicia de NNA ante los Tribunales de Familia, sin embargo, como se ha expuesto, el acceso a la justicia penal de NNA se ve restringido por las diversas interpretaciones que del marco normativo vigente se realizan. Es por esto que resulta esencial restablecer de manera expresa la legitimación del Sename para querellarse en los casos en que los NNA son víctimas de delitos, para lo cual puede considerarse como un buen punto de partida la iniciativa legislativa que en su momento patrocinara el senador Patricio Walker, la cual exponía: *“el principal argumento que justifica establecer una norma excepcional en relación a la presentación de una querrela, cuando se trata de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, es que en muchos casos son los propios padres o representantes legales los agresores, y por lo tanto, de no poder intervenir Sename, las víctimas quedarán en la*

⁵⁷ Ver: artículo 19 de la Ley N° 19.968, crea los Tribunales de Familia. Publicada en Diario Oficial de 30 de agosto de 2004. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/11zdm>

*indefensión*⁵⁸. Parece necesario, a la luz de los hechos, reimpulsar una moción legislativa en la materia.

IX. Cobertura mediática y derechos del niño: una tarea pendiente

Lautaro Muñoz Tamayo*

Evaluar el papel de los medios en la cobertura de la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes no es algo sencillo, pues encontramos casos que constituyen aportes notables a su denuncia junto a otros que han contribuido a la *revictimización*.

Lo que no se puede desconocer, sin embargo, es que la prensa escrita, la televisión, la radio y los medios electrónicos han acompañado el proceso legislativo en la materia y muchas veces han logrado dar celeridad a la tramitación de los proyectos de ley al poner acento en las carencias de la legislación chilena.

Cuando el programa Contacto, de Canal 13, destapó el caso de la Red Paidos, liderada por Zakarach, se logró apurar la aprobación de la iniciativa que se hacía cargo del acoso sexual cibernético y de paso, dejar en evidencia que las policías debían tener más autonomía para actuar en caso de existir menores en peligro.

No obstante, el aprendizaje de los medios respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes en cuanto a la difusión de los hechos que los afectan ha sido lento. Lo cierto es que la mayoría de los profesionales de la prensa no tienen mayor conocimiento de la normativa, nacional e internacional, acerca de los derechos de la infancia. El periodismo actúa, por lo general, instintivamente en estos casos y busca unir el impacto de la noticia con las ansias de castigo que tiene la opinión pública frente a este tipo de hechos. Conceptos como el *interés superior del niño* no forman parte de las prioridades mediáticas.

⁵⁸ *Boletín N° 3271-18, restablece la facultad del Servicio Nacional de Menores para hacerse parte en procesos de pedofilia. Fecha de ingreso: 03 de julio de 2003.*

* *Periodista de la Universidad de Chile, Postulado en Criminología (Pontificia Universidad Católica de Chile) y en Comunicación y Políticas Públicas (Universidad de Chile). Fue Jefe Nacional de Comunicaciones del Ministerio Público. Actualmente se desempeña como periodista de la Sección de Difusión de Contenidos Legislativos del Departamento de Servicios Legislativos y Documentales de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Docente en Universidad de Chile y Universidad Adolfo Ibáñez.*

“Los niños, niñas y adolescentes son objeto de noticia cotidianamente en los medios de comunicación en todos sus formatos, ya sea prensa escrita, radio, medios digitales y televisión; sin embargo, aún no existe un conocimiento pleno por parte de los profesionales de la comunicación acerca de los derechos comunicacionales de los cuales los niños son sujetos”⁵⁹.

El artículo 33 de la Ley N° 19.733, conocida como Ley de Prensa, señala que *“se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella”*. Igualmente prohíbe la divulgación de la identidad de las víctimas de alguno de los delitos regulados en el Título VII del Libro II del Código Penal, que son precisamente objeto de análisis en esta publicación, a menos que (las víctimas) consientan expresamente en la divulgación⁶⁰.

Para Unicef Chile, la cobertura periodística de los procesos penales en relación con menores de 18 años debe ser extremadamente cuidadosa. *“La reserva de identidad de niños y niñas involucradas en el proceso debe ser completa y absoluta. Toda persona vinculada a un proceso penal no puede, bajo ninguna circunstancia, revelar ante la opinión pública la identidad (nombre o datos sensibles) de los niños o niñas que son víctimas o testigos de caso. Hacerlo no sólo contraviene la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que disposiciones legales internas que así lo expresan”⁶¹.*

Sin embargo, en los hechos, la reserva de la identidad de la víctima cuando es niño, niña o adolescente no aparece como una prioridad para los medios. Lo que se busca es dar el máximo de espectacularidad a la nota o reportaje. Puestas así

⁵⁹ Consejo Nacional de Televisión, *Orientaciones para la participación de niños, niñas y adolescentes en la comunicación mediática*, [en línea], Departamento de Estudios, 2015. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. http://www.cntv.cl/prontus_cntv/site/artic/20150204/asocfile/20150204114430/orientaciones_participacion_nin_ez_y_adolescencia_en_medios_de_comunicacion.pdf

⁶⁰ Chile, *Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información e ejercicio del periodismo*. Publicada en *Diario Oficial* de 4 de junio de 2001. [fecha de consulta: 30 de agosto de 2015]. <http://bcn.cl/1lzdz>

⁶¹ Unicef, *Unicef pidió tomar medidas especiales para proteger a niños y niñas que declaran como víctimas o testigos en procesos penales*, [en línea], Noticias, 30 de agosto de 2013. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015] <http://unicef.cl/web/unicef-pidio-tomar-medidas-especiales-para-proteger-a-ninos-y-ninas-que-declaran-como-victimas-o-testigos-en-procesos-penales/>

las cosas, el testimonio de la víctima o al menos el de sus padres o de personas del establecimiento en que estudia son para los medios una necesidad.

Si bien no dan la identidad de la víctima, los medios entregan muchos datos conducentes a revelarla. Lo hacen habitualmente con el consentimiento del padre o la madre. Pero el desconocimiento que tienen éstos u otros familiares acerca del daño que se le puede hacer a la víctima revelando su identidad, no excluye la responsabilidad ética del medio y aun más cuestiona la validez del consentimiento que la familia otorga.

En la develación de la identidad del niño violentado sexualmente hay en juego dos temas, el derecho a la imagen y la victimización secundaria que se deriva de su exposición pública. Sobre el derecho a la imagen, Fabiola Lathrop señala que *“la inexistencia de normativas específicas, tanto a nivel nacional como internacional, de protección del derecho a la imagen como derecho autónomo de la personalidad, en especial a favor de niños, niñas y adolescentes, ha generado graves problemas frente a la sanción de conductas lesivas de este derecho. El no contar con regulación especial al respecto, sino solo con normativas genéricas derivadas de escasas normas constitucionales y civiles existentes referidas a otros derechos conexos, ha dificultado, en efecto, la determinación de elementos claves para sancionar estas conductas”*⁶².

De los organismos que velan por la ética en los medios, el Consejo Nacional de Televisión (CNTV) ha sido el más activo en la condena de la vulneración de los derechos de la infancia. Ejemplo de ello son las sanciones aplicadas a canales por notas periodísticas referentes a ilícitos de connotación sexual contra niños, en las cuales se reveló la identidad del menor, o bien, se exhibieron elementos suficientes para su individualización⁶³. Sin embargo, la seguidilla de sanciones económicas no ha evitado que la televisión local siga cometiendo las mismas faltas.

⁶² Lathrop, Fabiola, *El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile. Una mirada crítica a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y de los estatutos normativos iberoamericanos de protección integral de la infancia y de la adolescencia*, Revista Chilena de Derecho, vol. 40 N° 3, 2013, pp. 929-952.

⁶³ Para ver un mayor detalle de las sanciones aplicadas, ver: http://www.cntv.cl/sanciones/prontus_cntv/2012-11-14/165249.html

En materia de auto regulación, el Consejo de Ética de los Medios de Comunicación Social de Chile también ha adoptado sanciones contra medios⁶⁴. Por ejemplo, en 1994, amonestó al diario La Cuarta por publicar fotografías de dos niñas desnudas con los adultos que las abusaban. Si bien se tapaba el rostro de las menores, se veía el de los adultos (sus padres) y se entregaban otros datos conducentes a las identidades de las niñas. El Consejo consideró que el medio con su nota no sólo atentaba contra la intimidad, la imagen y honra de las personas, sino también caía, por el tono, lenguaje e imágenes utilizadas, en la entrega de contenidos morbosos y pornográficos⁶⁵.

El mismo Consejo, en el año 2007, emitió un dictamen general acerca de la información periodística sobre menores, expresando: *“Aunque la ley no lo prohíba, el medio no podrá publicar la identidad o imagen de niños menores de dieciséis años que aparezcan involucrados en hechos delictivos, ya sea como partícipes, víctimas, testigos o defensores [...] Tratándose de atentados sexuales el medio será especialmente cuidadoso en el cumplimiento de esta norma, particularmente en cuanto a la identidad de la víctima”*⁶⁶.

Sin embargo, aun con legislación, auto regulación y sanciones económicas, los medios mantienen la despreocupación en tener una formación de su personal en temas de infancia y adolescencia, lo que explica que sigan reiterando las mismas faltas.

Mejorar la cobertura mediática para hacerla coherente con la Convención sobre los Derechos del Niño sigue siendo un desafío urgente. En este sentido, las universidades debieran promover en el pregrado la revisión, tanto de la normativa nacional e internacional, sobre derechos de la infancia como la de los aspectos éticos involucrados en la divulgación de hechos noticiosos en que menores aparezcan implicados.

⁶⁴ Entidad creada en 1990 por la Federación de Medios de Comunicación Social de Chile. Se define como un órgano de autorregulación en materia de ética informativa de la labor que realizan aquellos medios que pertenecen a alguna de las empresas afiliadas a las asociaciones que la integran (ANP, ARCHI y ANATEL).

⁶⁵ Consejo de Ética de los Medios de Comunicación, Sentencia N° 26, [en línea], 10 de agosto de 1994. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. http://www.consejodeetica.cl/medios_australes/fallos/026.pdf.pdf

⁶⁶ Consejo de Ética de los Medios de Comunicación, Resolución N° 138 Dictamen General: Información periodística sobre menores, [en línea], Santiago, 15 de mayo de 2007. [fecha de consulta: 28 de agosto de 2015]. http://www.consejodeetica.cl/medios_australes/fallos/138.pdf.pdf

X. Políticas sociales de protección: una mirada crítica al quehacer estatal

Carolina Jorquera Vásquez*

Cuando se cumplen 25 años desde que el Estado chileno tomó la decisión de ratificar uno de los instrumentos más importantes en materia de Derechos Humanos, como es la Convención sobre los Derechos del Niño, se abre una oportunidad para apreciar el estado del arte en materias de políticas sociales y referirse de manera específica a la instalación de este tipo de iniciativas en una estructura estatal que demuestra importantes grados de desarrollo y conflicto en los últimos años.

Numerosos autores se refieren a la evolución de las políticas sociales en Chile, como un continuo sociohistórico que se inicia al final de la segunda mitad del siglo XIX, poniendo fin a la inacción social del Estado, constituyendo una respuesta efectiva a las múltiples demandas sociales generadas desde la cuestión social, y se desenvuelve por todo el siglo XX hasta la irrupción del régimen militar, que quiebra la trayectoria del Estado de Bienestar, forzando (literalmente) la instalación del Estado Subsidiario o Residual⁶⁷.

A pesar del discurso político oficial el modelo no dio los resultados proyectados pues la estrategia neoliberal no trajo consigo la superación de la pobreza y menos aún de la desigualdad, que en muchos países se incrementó. Una parte muy importante de la población quedó en una situación de franca indefensión y los más pobres se vieron obligados a depender de la familia, redes sociales y otros mecanismos informales de provisión de bienestar.

Más allá de las múltiples y lamentables consideraciones prácticas que esta dramática transformación produjo, es fundamental traer al análisis de actualidad el soporte conceptual de dicho cambio, que penetra no solo la estructura orgánica de la administración pública, sino también la cultura funcionaria de los actores decisores e implementadores de las políticas.

* Asistente Social (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Magíster en Políticas Públicas (Universidad Francisco de Vitoria, España). Profesora de las cátedras de "Estado y Políticas Sociales", "Sistemas de Protección Social" en la Escuela de Trabajo Social de la Universidad Santo Tomás.

⁶⁷ Larrañaga O., Contreras D., *Las Nuevas Políticas de Protección Social en Chile*, Uqbar Editores, Santiago, 2010.

El retorno a la democracia trajo, en materia de políticas sociales, un esfuerzo muy prolífico que se evidencia en las numerosas iniciativas desarrolladas a partir de la década de los noventa. Las prioridades buscaron atender las más diversas demandas y necesidades de los llamados grupos prioritarios; las mujeres, los jóvenes, las etnias y posteriormente los adultos mayores, entraron con fuerza en la agenda pública. Planes y programas nuevos se instalaron en un Estado disminuido, nueva institucionalidad (Sernam, Injuv, Conadi, Fosis, entre otros servicios sociales) en una primera etapa con aportes significativos de la Cooperación Internacional, permitió poner en marcha una intervención en lo social que daba cuenta de un nuevo y esperado cambio en materia de política social.

No obstante, también es preciso señalar que la infancia no aparece directamente en la priorización de los sujetos sociales definidos como especialmente vulnerables, sino más bien se aprecia una lógica de continuidad sistémica a través de una reforma institucional que admite cambios asociados a la inyección de recursos a los tradicionales mecanismos de protección, la introducción de nuevos diseños programáticos, el surgimiento de nuevas normas fundamentalmente asociadas a incorporar situaciones de grave vulneración de derechos como son materias de violencia y abuso sexual en el marco jurídico vigente. Recién en el año 2000 se da inicio a la Reforma Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia que contiene cambios relevantes en materias legislativas, institucionales y programáticas.

Así, es posible afirmar que los cimientos del modelo neoliberal de desarrollo dominante no fueron alterados y en este contexto se desarrollaron un conjunto de políticas sociales, entre ellas las dirigidas a la infancia y la adolescencia. La introducción de nuevas iniciativas, sin alterar de manera significativa el soporte ideológico de las políticas vigentes, constituye un híbrido que complejiza el análisis además de tensionar la estructura y la dinámica del Estado⁶⁸.

Desde esa perspectiva, es importante precisar la existencia de un foco de tensión intraestatal, respecto de las políticas sociales post recuperación de la democracia (década del noventa hasta la actualidad) cuya inspiración se inserta en la perspectiva de los derechos, que deben desarrollarse en un Estado que no solo fue disminuido

⁶⁸ Martin, María Pía, *¿Cambio o continuidad? Las políticas de protección social en Chile bajo gobiernos de centroizquierda y centroderecha*, [en línea], 2007. [fecha de consulta: septiembre 2015]. <http://www.redadultosmayores.com.ar>

en la administración del régimen militar, sino también posteriormente afectado por un proceso de modernización que a través de los incentivos económicos al desempeño, agudizó sus debilidades estructurales al profundizar la lógica sectorial en desmedro de la coordinación y la colaboración entre actores públicos.

Parece oportuno plantearse interrogantes respecto del óptimo desarrollo de políticas esencialmente protectoras y orientadas al interés superior de la niñez (como por ejemplo el sistema Chile Crece Contigo) respecto de sus enormes potencialidades, frente a la impostergable necesidad de establecer condiciones adecuadas para el completo desarrollo de políticas intersectoriales. La noción de intersectorialidad en políticas públicas no es nueva, tiene más de 30 años. A pesar de ello, su presencia en las políticas sociales nacionales sigue siendo escasa en el desarrollo conceptual y en los instrumentos de uso práctico⁶⁹.

El abordaje de la complejidad y multisectorialidad de la infancia y la adolescencia requiere políticas públicas que recojan esas características, no solo en su inspiración y diseño, sino sobre todo en su despliegue programático, la gestión administrativa – financiera y los mecanismos de evaluación.

Para las políticas públicas, en el contexto de la pronta aprobación de la ley de Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez existe un desafío urgente e importante. Es fundamental tomar conciencia respecto de las evidentes limitaciones que la actual estructura funcional del Estado impone a las iniciativas de protección. Los proyectos de ley no son suficientes si no existe la voluntad y la decisión política para iniciar un camino de transformación de las actuales formas de la administración estatal, sus acciones y relaciones⁷⁰.

⁶⁹ Bedregal, P., Torres A., *Chile Crece Contigo: el desafío de crear políticas públicas intersectoriales, Clave de Políticas Públicas, Serie: Desafíos en la Educación de Primera Infancia, Instituto de Políticas Públicas UDP, 2013.*

⁷⁰ Para este artículo fueron consultados además los siguientes textos: Raczyński, D., Serrano, C., “Las políticas y estrategias de desarrollo social: aportes de los años 90 y desafíos futuros”, en Meller, P. (ed), *La paradoja aparente. Equidad y eficiencia: resolviendo el dilema*, Editorial Taurus, Santiago, 2005, y Cunill, N., *La intersectorialidad en el gobierno y gestión de la política social*, [en línea], X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 2005. [fecha de consulta: octubre 2015], <http://bcn.cl/1sv3k>

XI. Hacia una real y efectiva cultura de derechos en favor de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país

Blanca Bórquez Polloni*

A través de cada uno de los textos que integran esta publicación, ha quedado en evidencia que la violencia contra la infancia, y muy especialmente, la violencia sexual contra niños, niñas y adolescentes, es un fenómeno complejo que afecta no sólo el bienestar y desarrollo de sus inocentes víctimas, incluso en ocasiones de manera irreversible, sino también, el de su entorno más cercano y el de toda la sociedad.

En Chile, los hechos y los datos, desde el retorno a la democracia hasta hoy, revelan la necesidad que existe de reconocer la *violencia sexual contra la infancia* como un problema transversal, muchas veces ignorado – cuando, no tolerado – que traspasa la individualidad y características personales, sociales, económicas y culturales de quien o quienes lo padecen para instalarse como un asunto de interés público que debe ser atendido en toda su dimensión de manera efectiva, para *prevenir* su ocurrencia, para *sancionar* con fuerza y oportunidad su acontecimiento, y para *reparar* el daño causado.

Desde este punto de vista, y tal como se concluye de esta obra, la violencia contra la infancia en todas sus formas constituye una conducta siempre reprobable e injusta, que no admite justificación, ni aun como medida correctiva o disciplinar dirigida a “educar”. La erradicación de la violencia exige un compromiso serio y permanente, que requiere, entre otras medidas, introducir en nuestro ordenamiento jurídico una prohibición, general y expresa, de toda forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, es posible concluir, sin desconocer ni olvidar los significativos avances alcanzados en materia legislativa en la tipificación de los delitos sexuales contra niños - en los que se incluyen las nuevas formas de comisión de estos ilícitos derivadas del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones -, que deben dedicarse importantes esfuerzos para progresar igualmente en aspectos diversos a la penalización de las conductas, los cuales exigen de pronta atención.

* Abogada, Doctora en Derecho (Universidad de Barcelona, España), Máster en Bioética y Derecho (Universidad de Barcelona, España), Magister en Bioética (Universidad de Chile). Investigadora del Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

En esta línea, es preciso avanzar con celeridad en eliminar las barreras (culturales, administrativas y procedimentales) que en la actualidad dificultan la oportuna detección y/o denuncia de estos hechos, impiden dar continuidad al proceso investigativo o al procedimiento acusatorio una vez formalizados los cargos, alcanzar la condena de lo(s) implicado(s) u obtener la reparación efectiva de la(s) víctima(s).

Entre las principales barreras administrativas y procedimentales, se delata la falta de coordinación que en la práctica se produce entre las actuaciones de las distintas instancias u organismos que son llamados a intervenir, y la exposición del niño, niña o adolescente víctima de violencia sexual a un medio que, antes que su reparación, impulsa su *victimización secundaria y terciaria*⁷¹. Situación que motiva a muchos cuidadores o a las propias víctimas a no denunciar o a no perseverar en las causas ya iniciadas.

Estos obstáculos hacen énfasis en la necesidad de contar con un sistema coordinado y especializado de protección integral de niños, niñas y adolescentes frente a la violencia, y en particular, la violencia sexual, que favorezca la comunicación fluida y permanente entre instancias diversas y que tenga por centro, ante todo, el interés superior de la víctima y la plena satisfacción de sus derechos.

Es también posible inferir de este trabajo, a modo de tercera conclusión, que la escasa y diversa calidad de las investigaciones que se han llevado adelante durante los últimos años en nuestro país, en materia de maltrato y abuso sexual contra la infancia, y las ostensibles diferencias que éstas obtienen en sus resultados - que pueden contribuir a generar en el público impresiones erradas acerca del fenómeno, del contexto en que este se produce, de sus víctimas, los victimarios y sus consecuencias - ponen de manifiesto las limitaciones que se tienen al momento de reunir datos fiables e integrados que permitan generar estadísticas de peso.

⁷¹ Con la expresión *victimización secundaria* se hace referencia a aquella que “es llevada a cabo por organismos del Estado que, teniendo el deber de proteger a la víctima, la vuelven a victimizar a través de procedimientos y medidas que desconocen su dignidad, su calidad de víctima y sus derechos sociales”. Por *victimización terciaria* se entiende “la que produce la sociedad a través de sus organismos intermedios, discriminando a la víctima en sus diversos espacios de participación”. Ver: Corporación Opción – Fundación para la Confianza, *Abuso: configuración y supervivencia. Representaciones sociales de niños, niñas y el relato de adultos sobrevivientes de abuso sexual en su niñez*, [en línea], Santiago, noviembre 2012. [fecha de consulta: 29 de septiembre de 2015]. http://www.opcion.cl/documentos/publicaciones/Abuso_ConfiguracionYsupervivencia.pdf, p. 12.

La falta de investigación y de datos no sólo impide tomar medidas de prevención y acción adecuadas y formular políticas públicas en igual sentido, sino también inhibe la posibilidad de generar conciencia, en la sociedad, acerca de las reales dimensiones de este flagelo. Mientras no exista información significativa que exhibir, persistirá una falsa sensación de seguridad que contribuya a negar el problema de la violencia o, a la inversa, mantenga una errada percepción de peligro que induce a actuar defensivamente, por el temor que esta aparente realidad de riesgo genera. Ha surgido así un enfoque de contención sistémico y, por tanto, sesgado, únicamente basado en principios de seguridad ciudadana centrados en la criminalización, que no incorporan ni una visión holística del problema ni atienden a su prevención.

La iniciativa ingresada por el Ejecutivo al Congreso Nacional, días antes del cierre de esta edición, por la cual se busca incorporar en el marco normativo chileno “*un sistema que proteja integralmente los derechos de los niños*”, reconocidos por instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, representa un avance para subsanar, al menos en parte, los desafíos que a modo de conclusión han quedado explicitados por este libro⁷².

La propuesta contempla de manera expresa la protección de la infancia contra la violencia, proscribiendo toda forma de maltrato, encomendando al Comité Interministerial de Desarrollo Social el disponer de los mecanismos de coordinación institucional en la materia, incluido el abuso sexual y toda forma de explotación, y encargando al Estado la adopción de las medidas que permitan “*prevenir, prohibir, y sancionar, incluso penalmente*” estas conductas⁷³.

⁷² El Mensaje N° 950-363 de 21 de septiembre de 2015, busca introducir un sistema de garantías que contempla la prevención, protección social, especializada, administrativa y judicial de niños, niñas y adolescentes, al que denomina como Sistema de Protección Integral de los Derechos del Niño, el que conforme el artículo 1° de la iniciativa “estará integrado por el conjunto de políticas, instituciones y normas destinadas a velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños de acuerdo con la Política Nacional de la Niñez y los recursos de que disponga el país”. Ver: Boletín N° 10315-18 Sistema de garantías de los derechos de la niñez. Fecha de ingreso: 24 de septiembre de 2015.

⁷³ Prohibición que se introduce en el artículo 11 del proyecto. Asimismo, la propuesta considera medidas tendientes a subsanar las barreras administrativas y procedimentales a las que se ha hecho mención, asignando un papel preponderante a la administración del Estado en la protección, promoción y restablecimiento de los derechos vulnerados de los niños; concediendo carácter prioritario a la tramitación de los procedimientos administrativos iniciados a solicitud del niño o su representante (artículo 2); garantizando el debido proceso en los procedimientos en que intervinieren niños e incorporando la especialización de los funcionarios cuyas tareas se relacionen con la protección de sus derechos (artículo 14); y encomendando al Ministerio de Desarrollo Social tareas tendientes a la generación de datos e investigación en la materia (artículo 10), entre otras.

Ahora bien, una mirada holística del fenómeno de la violencia y de la violencia sexual contra la infancia requiere no sólo hacerse cargo de las barreras administrativas y procedimentales que dificultan la persecución criminal de estos ilícitos y la efectiva reparación de la víctima, sino también atender a las barreras culturales que aún hoy, a veinticinco años de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, parecen no haberse derribado por completo. Ello supone ir más allá de la sola sanción al victimario, no obstante, el importante efecto reparador del daño que esta conducta pueda implicar. Considera el desafío de avanzar en la consolidación de una real cultura de derechos en favor de niños, niñas y adolescentes de nuestro país, lo que exige de un proceso de difusión, de educación y de disposición al cambio.

Es preciso entonces, en primer lugar, dar mayor divulgación a los diversos instrumentos normativos que reconocen al niño como sujeto de derecho, su necesidad de protección y el modo como la violencia puede enfrentarse. Se requiere también, de un proceso de educación por el cual se pueda, de un lado, aprehender conceptos que no obstante su larga data, resultan aún novedosos o poco familiares para un amplio sector de la población, y de otro, desmitificar actitudes, incorporar información, y derribar ideas erradas que se han configurado en el imaginario colectivo en torno a la violencia contra la infancia y la adolescencia⁷⁴.

Finalmente, la consolidación de una real cultura de derechos en favor de niños, niñas y adolescentes requiere de la efectiva disposición al cambio. En este sentido, lo que debe decidir a los adultos a atender a sus necesidades y a poner freno a la violencia contra ellos, es reconocer su condición de persona, de sujeto de derecho, en la misma forma y medida que lo es un mayor de edad. Es imprescindible visualizar al niño como un igual. Esto impone el desafío de introducir profundas modificaciones en las tradicionales relaciones y actitudes de poder sostenidas con niños, niñas y adolescentes, muchas veces fundadas en un paternalismo injustificado. Se debe evitar que la loable pretensión de protección se transforme en la anulación de aquél a quien se busca proteger.

⁷⁴ *Como lo es creer que existe una mayor adaptabilidad de los niños, niñas y adolescentes a la violencia y una fácil tendencia a olvidarla con el paso del tiempo, o que los niños en situación de discapacidad intelectual están menos expuestos al maltrato.*



La violencia sexual contra la infancia conlleva efectos de largo plazo los que, sin perjuicio de la capacidad del niño para enfrentarlos, pueden dejar en él una huella que marque de manera indefectible su ciclo vital.

Dar a conocer el trabajo legislativo realizado en Chile en los últimos años para atender a este problema, alertar sobre su impacto en los niños, sus familias y la sociedad en su conjunto y advertir sobre la necesidad de erradicar todas las formas de violencia contra la infancia, es el llamado que recoge esta publicación.

