

## Procedimiento proteccional por vulneración en esfera de la sexualidad de niños, como un supuesto de violencia

Nicolás Amadiel Ibáñez Meza

74



1 Nicolás Amadiel Ibáñez Meza. Abogado. Diplomado y Magister en Docencia Universitaria, Universidad Autónoma de Chile. Académico Universidad Autónoma de Chile, encargado de equipo de investigación de Derecho de Familia e Infancia. Correo electrónico n.ibanez.meza@gmail.com

## Resumen

El presente trabajo explica la situación existente respecto del inicio y término de las medidas de protección de niños por denuncias vinculadas a vulneraciones en la esfera de sexualidad y la forma en que la demora en los procedimientos protectores, puede constituirse como un nuevo supuesto de violencia para ellos.



**Abstract:** This work try to explain the beginning and the ending of the children right protection procedure from reports about sexual offense against children, and the way that the excessive time that procedure takes, can originate a new assumption of violence against them.

**Keywords:** Child protection, childrens rights, sexual rights violation

Derivado de la descripción constitucional del Poder Judicial, se ha desprendido en la teoría procesalista que la función jurisdiccional corresponde esencialmente a tres momentos: el conocer, el juzgar y el hacer ejecutar lo juzgado<sup>3</sup>. Cualquier Tribunal que carezca de cualquiera de estos tres momentos no podría ser legitimario de ostentar tal calidad, como ocurre con los árbitros, que solamente conocen y juzgan, mas no ejecutan y que por ello entonces no son tribunales.

En la generalidad, los Tribunales de Justicia chilenos disponen procedimientos no solamente declarativos, sino también permiten la ejecución de sus resoluciones con el imperio que se ha radicado en ellos, como ocurre con los procedimientos ejecutivos contenidos en el Códigos de Procedimiento Civil y del Código Procesal Penal. En ese orden, si bien discutido en cuanto a que no siempre se encuentran en la misma ley procesal, los Tribunales de Familia también tienen sus propios procedimientos ejecutivos en términos de la Ley N° 19.968, que "Crea los Tribunales de Familia", norma que se apoyarán, no obstante, en los presupuestos especiales de otras leyes, como la Ley N° 14.908 "Sobre Pensiones Alimenticias" o al Código de Procedimiento Civil, que es supletorio por contener reglas comunes a todo procedimiento. Así entonces, la intención de este trabajo es estudiar en específico el cumplimiento una determinada materia: los procedimientos protectores de niños, en el contexto de la vulneración de la esfera de sexualidad de los mismos, para determinar si ello, implica o no, un eventual supuesto de violencia o vulneración hacia ellos.

El artículo 68 de la ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, es el que da inicio al título cuarto de la misma, referido a los procedimientos especiales, y en particular al de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En general, este procedimiento se enmarca, como un supuesto de cumplimiento a la prosecución y resguardo de los intereses de los menores de edad, entregando la responsabilidad al Estado chileno de tal finalidad. De hecho, con este párrafo "se intenta cumplir las obligaciones constitucionales de proteger y fortalecer a la familia y de garantizar la protección de los derechos del niño, en particular de los contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporados a nuestro ordenamiento constitucional desde 1990, en virtud del artículo 5° de la Carta Fundamental. No adecuar la legislación de familia y de menores a dichas exigencias constitucionales significaría, en la práctica, no otorgar suficientes garantías a los derechos amenazados o vulnerados de los miembros de la familia, incluido los

---

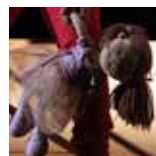
3 La Constitución Política de la República en su artículo 76 establece que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Por su parte, el Código Orgánico de Tribunales Chileno en su artículo 1 establece principio idéntico con leve diferencia de redacción, indicando que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

niños"<sup>4</sup> (Cámara de Diputados del Congreso de Chile, 1999).

En ese sentido, y contrario a lo que ocurría en la legislación previa, la Ley Nº 19.968, implicó una serie de cambios paradigmáticos en el tratamiento de los niños. En primer término, deja de hablar de menores, porque ello implicaría asumir que los niños, niñas y adolescentes son sujetos que están bajo los adultos, todo ello en el entendido literal de la expresión menor. Sin que parezca una exageración, según la Real Academia de la Lengua, menor es un adjetivo que "es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad" (Real Academia Española, 2014), situación que es ratificada por su segunda acepción, también adjetiva, entendida como "menos importante con relación a algo del mismo género" (idem). En adelante por lo tanto no sólo será adecuado, sino necesario y pertinente la expresión niños, niñas y adolescentes, sea de forma literal o bajo la expresión NNA.

Siguiendo la misma línea, y con mayores consecuencias que lo anterior, el cambio de paradigma trae no sólo una nueva denominación, sino también un nuevo enfoque respecto del tratamiento, conocimiento y ejecución de los derechos de los NNA, en cuanto han dejado de ser un objeto de una especie de propiedad de los padres, digna de protección y cuidado, sobre la cual se toman una serie de decisiones en las que el o ella no participarán, sino sólo acatarían, todo ello lógicamente fundado en ser menores y no tener entonces la capacidad necesaria ni para entender ni para opinar ni siquiera sobre su propia realidad. El enfoque anterior tiene lógica entonces, siendo concordante el referirse a menores y, por su parte, a considerarlos objetos de protección, mantendría cierta coherencia. En ese sentido, la ley Nº19.968 que da origen los Tribunales de Familia "se adecúa perfectamente con la concepción jurídica moderna que se tiene del niño, según la cual es un sujeto de derechos - que debe ser oído en un proceso interactivo, en que sus intereses sean especialmente considerados - y no con un objeto de protección o asistencia por parte de los órganos del Estado" (Cámara de Diputados del Congreso de Chile, 1999), sino como un sujeto activo en todos los procedimientos en los que se pudiera decidir algo relevante para sí. Este cambio implica una responsabilidad mayor del Estado chileno en cuanto desde la entrada en vigencia de la norma "no sólo deberán tutelarse jurisdiccionalmente los derechos de los niños en relación con sus vínculos familiares, sino que deberá intervenir siempre para darles protección, cuando ellos se encuentren amenazados o vulnerados, lo que puede provenir de causas o agentes extraños a la familia" (Cámara de Diputados, 2003), es decir, que cada vez que un niño pueda ver perturbado, amenazado o vulnerado, al menos uno de sus derechos, el Estado obligatoriamente a través del Tribunal de Familia deberá intervenir, lo que es recogido expresamente por el artículo 68 de la misma norma.

4 Véase documento completo en Biblioteca del Congreso Nacional, historia de la ley 19.968 en: [https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file\\_ley/5746/HL-D\\_5746\\_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5746/HL-D_5746_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf)



En términos jurídico positivos, es el artículo octavo de la ley Nº 19.968, el que establece la competencia del Tribunal de Familia, y dentro de ella, tres relevantes para el presente estudio: el numeral 7, el Nº 9 y el Nº11. El primero de ellos, es decir el numeral séptimo, formula que el Tribunal de Familia conocerá de todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiere adoptar una medida de protección conforme al artículo 30, de la Ley Nº 16.618 de Menores; luego, el numeral noveno encarga al mismo, el conocimiento y resolución de todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1º de la ley Nº20.084<sup>5</sup>; y por último, el numeral décimoprimer que señala como competencia del Tribunal de Familia, las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la ley Nº16.618.

En este sentido se evidencia que no todo lo que tenga que ver con NNA será de competencia de un sólo juez o Tribunal, situación que rompe el carácter especialísimo de la legislación en esta materia y que puede traer ciertas consecuencias en la ejecución, seguimiento y cumplimiento de ciertas medidas cautelares o proteccionales, por ejemplo en lo relativo al desacato, en la que es determinada por el Tribunal de Familia, pero perseguida por el sistema de justicia penal.

---

5 Ley Nº20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, conocida socialmente como la Ley de Responsabilidad Penal adolescente. Publicada en el diario oficial el 13 de agosto de 2011, entró en vigencia 18 meses luego conforme a lo ordenado en su primer artículo transitorio. El artículo citado en el trabajo, es decir, el numeral noveno del art. 8º de la ley Nº 19.968 implica que no serán de competencia del Tribunal de Familia, sino que serán de competencia de los Tribunales penales, Juzgado de Garantía y Tribunal oral en lo penal, las faltas tipificadas en los artículos 494 nº1, 4, 5 y 19 (faltas por provocar desorden en un espectáculo público o tomar parte de él; amenazar a otro con armas blancas o riñendo con otro las sacare; el que cause lesiones leves, siempre que no sean en el contexto de la Ley de Violencia Intrafamiliar; y que hubiera cometido por valor inferior a una UTM ciertos delitos como uso de instrumentos falsos, hurto de hallazgo, defraudación, apropiación indebida, etc.); en relación con el artículo 477 (incendio), 494 bis (hurto falta), 495 nº21 (daño a bienes públicos o privados por valor de hasta una UTM) y 496 nº 5 y 26 (ocultación de su nombre o identidad y lanzamiento de piedras u otros objetos con riesgo de otras personas), todos ellos del Código Penal y de las tipificadas en la ley Nº 20.000 (Ley de Drogas). De hecho, la propia parte final del inciso tercero y final del artículo 1º de la ley Nº 20.084 establece que en los demás casos se estará a lo dispuesto en la ley 19.968, en forma que salvo la exclusión antes señalada, todas las demás faltas las conocerá el Tribunal de Familia. Es imprescindible precisar que se trata sólo de faltas, ya que siempre los simples delitos y los crímenes serán de competencia de los Tribunales penales.

Esto implica entonces que la ley optó por la tendencia internacional del principio de la separación por vías. “Estas vías son la proteccional (que se ocupa de los derechos amenazados o vulnerados de los niños) y la infraccional (para determinar la responsabilidad y atribución de consecuencias por infracciones de la ley penal cometidas por menores). Este principio recoge una distinción, de uso común, entre niño víctima de violaciones de sus derechos y niño que, con su actuar, entra en conflicto con los derechos fundamentales de otra persona; caso en el cual, de no ser por su menor edad, el conflicto debiera ser conocido y sancionado a través del sistema penal” (Cámara de Diputados, 2003). De hecho, conforme a las normas que rigen actualmente, es decir, según el mérito de la ley N° 20.084 que establece el sistema de responsabilidad adolescente por infracciones a la ley penal y asimismo, el proyecto de ley que ha buscado separar el Servicio Nacional de Menores en dos organismos diversos en diferenciación de lo proteccional y de lo infraccional, siguen la misma tónica. Es decir, que hay una distribución de competencia por materia, pero no por eje, que en este caso es el NNA.

Si bien son varios los numerales del artículo octavo de la ley N° 19.968 que se dedican a los NNA, como la adopción, alimentos, fijación de régimen comunicacional, cuidado personal y la modificación o cese de los anteriores, entre otras materias, si se hace énfasis en los contextos de vulneración de derechos, lo proteccional entonces se determina la competencia asignada al Tribunal de Familia en el numeral 7 y 11 del artículo octavo de la ley N° 19.968, los que a su vez se remiten a los artículos 30 y 62 de la mal denominada Ley de Menores N° 16.618. Por su parte, haciendo presente el procedimiento especial asignado, el numeral noveno estará destinado a las aristas penales que cometan los NNA, pero sólo ante figuras menores calificadas como falta y tras el filtro que aplicó la ley 20.084 en el inciso tercero del artículo primero y que asimismo, se encuentren sobre el rango etéreo ya establecido.

Por su parte, si se revisa la ley N° 16.618 de Menores, el artículo 30 faculta al Juez de Familia<sup>6</sup> a que mediante resolución fundada, pueda decretar las medidas que sean necesarias para proteger a los menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, pudiendo particularmente disponer la concurrencia a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación de menores; o bien de padres o personas responsables de ellos; y por su parte, podría también disponer el ingreso del menor de edad, en un centro de tránsito o distribución, hogar sustituto o establecimiento residencial. Estas dos alternativas

6 Por la data de la ley y por su falta de una correcta actualización, la norma se refiere aun a los jueces de letras de menores, que eran los jueces de los juzgados de menores que dejaron de existir precisamente por la existencia de los Tribunales de Familia creados por la ley 19.968. Esta misma situación justifica que aun cuando su texto vigente tiene como última versión la del día 30 de enero de 2019, se siga titulando como ley de menores, no obstante toda la situación antes explicada.



que brinda la ley no son privativas, ni excluyentes, ni prelativas ni taxativas por lo que el Juez de Familia tiene una facultad amplia para disponer como medida de protección, cualquiera que estime necesaria para cumplir con el cometido de proteger o restituir los derechos a el NNA vulnerado, lo que “conlleva a que se dicten, como medidas de protección, medidas enunciadas como cautelares en la ley, con la consiguiente confusión de naturalezas y plazos entre ambos institutos” (Lathrop, 2014), como por ejemplo, la alteración del cuidado personal del niño o prohibiciones de acercamiento, determinando como medidas proteccionales definitivas las que aparecen como cautelares conforme al artículo 71 de la Ley N°19.968.

Por su parte, el artículo 62 de la ley N° 16.618 de Menores, describe una serie de situaciones de maltrato provenientes del contexto laboral relacionados con la explotación de menores en cantinas o casas de prostitución o de juego<sup>7</sup>; o cuando son parte de un espectáculo en el que el menor haga exhibiciones de agilidad, fuerza u otras semejantes con fine de lucro; o cuando son ocupados NNA en trabajos nocturnos no comprendidos en la primera situación, por supuesto. Recuerdo en este punto que todos estos contextos son establecidos como de competencia del Tribunal de Familia y aún teniendo un matiz más bien laboral, no cambia de juzgado conocedor de las causas suscitadas por cualquiera de estos motivos.

Establecido el marco de la competencia del Tribunal de Familia, en materias proteccionales se da muestra que todas las aristas de la vulneración de los derechos de los NNA han quedado radicados bajo el amparo de este ágil procedimiento liderado por el juez. No obstante ello, surge una situación en la que el recién calificado ágil procedimiento se quiebra perdiendo tal calidad ante un supuesto no literalmente establecido en la ley, pero si recurrente en los hechos y en la sociedad. ¿Qué ocurre cuando un NNA es vulnerado en sus derechos con ocasión de la comisión de un delito?; y en específico ¿Qué ocurre con la medida

---

7 Se trata que el menor se encuentre en ese lugar y no que sea obligado a prostituirse, ya que en ese caso estaríamos en presencia del delito de proxenetismo en los términos del art. 367 del Código Penal. Esta conducta calificada como delito se describe como el promover o facilitar la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, lo que implica que, si construimos mentalmente el contexto del menor que trabaja en una cantina o lugar destinado a la prostitución según describe el numeral 1 del artículo 62 de la ley 16.618, el propio hecho de reclutar laboralmente a un NNA a un negocio relativo a la prostitución podría desde ya considerarse como una promoción o facilitación, siendo entonces un supuesto delictual más que proteccional, por lo que quedaría radicado más bien en los Tribunales penales que en los de Familia. No obstante ello, el Tribunal de Familia podría aplicar el artículo 30, es decir, que fundado en la afectación que tuvo en sus derechos se aplique una medida de protección de las que tal norma ofrece. De esta situación podríamos señalar que el artículo 8° numeral 11, no sería del todo aplicable en el contexto del artículo 62 n°1 de la ley de menores n° 16.618.

de protección respecto del NNA vulnerado en sus derechos relativos a la esfera de su sexualidad?

Acá podrían darse dos situaciones posibles: que el hecho calificable de delito y que haya sido ejercido en contra de un NNA sea denunciado en sede penal o derechamente ante el Ministerio Público<sup>8</sup> (Fiscalía); o bien, el supuesto inverso, es decir que por vía proteccional en el Tribunal de Familia se haya denunciado un hecho eventualmente constitutivo de delito. En el primer supuesto, el propio artículo 64 de la Ley de Menores N°16.618 establece que si en una investigación aparecieren hechos respecto de los cuales deba intervenir el Juez de Letras de Menores, el Ministerio Público deberá ponerlos en su conocimiento, situación que será idéntica, si es otro Tribunal distinto al de competencia de Familia, el que constate la existencia de esos hechos durante la tramitación de un proceso.

En la situación inversa, es evidente que el Tribunal de Familia deberá tomar razón de la situación denunciada y ser el primero en determinar la procedencia del inicio de una medida de protección al amparo del artículo 30 de la Ley N° 16.618 y del numeral séptimo del artículo 8° de la Ley N° 19.968, especialmente para efectos de la decisión relativa a la aplicación de alguna de las medidas cautelares que ofrece el artículo 71 de la misma ley ya referida, las que se comentarán a continuación, debiendo remitir de inmediato los antecedentes al Ministerio Público, ya que la investigación de los hechos calificables como delito le pertenecen por competencia a tal organismo conforme al mandato constitucional que ha recibido. El Tribunal de Familia se preocupará de la situación de vulneración, ayudando al NNA al reintegro de sus derechos, siendo el artículo 71 una herramienta con la que el juez cuenta para ello, pudiendo determinar la entrega inmediata del NNA a sus padres o a quien lo tenga a su cuidado, conferírsele a otra persona en su cuidado prefiriendo a la familia extensa, ordenando su ingreso a centros de acogida o diagnóstico, disponer el ingreso a programas de familias de acogida, ordenando el ingreso a un programa especial, suspendiendo las relaciones o comunicación del NNA con determinadas personas, inclusive respecto de algún régimen comunicacional establecido, alejarlo del presunto agresor, entre otros; mientras que por su parte, la Fiscalía investigará los hechos para solicitar al Juez penal se aplique la sanción al imputado conforme a la tal normativa, teniendo entonces un Tribunal preocupado del NNA que ha sido presuntivamente víctima y otro preocupado de establecer la sanción en contra del presuntivamente imputado por tal hecho delictual. Es un supuesto ideal, si se mira así.

8 El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado creado por la constitución Política de la República a partir del artículo 83 y siguientes del mismo. Este organismo, en los términos del texto constitucional, dirigirá de forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito y que determinen la participación punible o la inocencia del imputado, ejerciendo la acción penal pública si es necesario. Asimismo, la Constitución política encarga al Ministerio Público la protección de la víctima y de los testigos.





Si hacemos otra limitación a este trabajo, he advertido sobre la situación de vulneración en esfera de sexualidad de los NNA, situación que no está expresamente descrita como supuesto de vulneración, no porque no sea importante, sino porque la Comisiones unidas de Constitución, Legislación y Justicia y de familia del Congreso Nacional chileno en la redacción del propio proyecto de ley estimó que ello se encontraba “comprendido en los aspectos físicos y psíquicos” (Cámara de Diputados, 2003), situación que es una tendencia en legislaciones comparadas como la Argentina por ejemplo, que ha considerado este supuesto de vulneración bajo una figura genérica también. Específicamente en el artículo 647 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina se prohíbe cualquier tipo de malos tratos o hechos que lesionen o menoscablen física o psíquicamente a los NNA y dentro de los cuales estarían las vulneraciones en materia sexual. En esta misma dinámica, es evidente que cuando la norma que crea los Tribunales de Familia Nº 19.968 habla de supuestos de vulneración en derechos, está incluyendo también a la esfera de la sexualidad. Hago presente que si bien pareciera ser un descuido, esta técnica legislativa amplia permite que cualquier vulneración, aún cuando no se encuentre expresamente descrita, pueda ser encuadrada por esta vía. La literalidad y la taxatividad necesariamente producen un efecto de exclusión, lo que podría implicar que NNA vulnerados en sus derechos, por no poder encuadrarse la situación vivenciada por aquel en alguno de los supuestos taxativos, quede sin reparo o protección de parte del Estado.

Donde si existe taxatividad, y ella derivada del principio de legalidad<sup>9</sup> del derecho penal, es en la descripción de los delitos asociados a la esfera de sexualidad de los que podrían ser víctima los NNA como delito y con la sanción asociada al respecto. Entre ellos podemos mencionar a la violación, el estupro, la introducción de objetos por vía anal, bucal o vaginal, el abuso sexual, la ejecución de acciones de interacción sexual con un menor, la incitación a la excitación sexual del niño o de un tercero con ocasión de la excitación de un niño, la realización de actos de significación sexual ante un NNA, la exhibición de películas, videos o imágenes sexuales o pornográficas a un NNA, y por supuesto todas las figuras asociadas a material pornográfico infantil, tanto en su almacenamiento, producción, distribución, adquisición, promoción, y similares; como también a la prostitución infantil, tanto en su promoción o facilitación, y como de aquel que pague dinero u otras prestaciones por servicios sexuales de NNA<sup>10</sup>, los que están descritos en su conducta típica y con la sanción aparejada en el Código Penal.

---

9 Principio regulador del derecho penal establecido en el inciso final del artículo 19 nº3 de la Constitución Política de la República de Chile, consistente en la imposibilidad de juzgar y condenar, aplicando penas a un sujeto sino sólo cuando la conducta ya estuviere tipificada por la ley con tal calidad. La norma en específico señala que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.

10 Véase Código Penal Chileno, desde el artículo 361 al art. 372 ter. inclusive.

De las mencionadas, la mayoría de las situaciones de las que pudiera ser víctima un NNA lamentablemente dejará rastros o huellas físicas o sociales que hacen que el contexto sea mucho más justificado en la reacción de la autoridad porque existen antecedentes graves y objetivos, como ocurre en el caso de la violación, la pornografía o la prostitución, por lo que aún cuando no exista condena penal, todo lo que el Tribunal de Familia aplique para la protección del NNA supuestamente afectado, queda de sobremanera justificado, especialmente desde el punto de las medidas cautelares decretadas. En general los delitos cometidos contra la indemnidad sexual de los NNA son “un hecho significativo, no sólo por la magnitud del problema y por el impacto que provoca en el sistema de salud, sino también y sobre todo por el sufrimiento que causa a las víctimas que viven esta situación” (Ministerio de Salud de Chile y UNICEF, 2011). “El abuso sexual contra NNA es una de las peores formas de violencia. Las víctimas sufren un daño irreparable a su integridad física, psíquica y moral. Se daña su derecho a la integridad, a la intimidad, la privacidad y principalmente, se vulnera el derecho a no ser expuesto a ningún tipo de violencia, abuso, explotación o malos tratos. Estos derechos se encuentran protegidos a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño” (UNICEF, 2016).

Entonces, la situación que ocurre es que en estas vulneraciones de derechos que han sufrido los NNA, la actuación del Tribunal de Familia no espera ni condiciona la existencia de la medida proteccional respecto de la sanción penal, tanto de las medidas cautelares como también de la aplicación definitiva de la medida cautelar, siendo ello por completo acertado ya que la inexistencia de condena penal no quiere necesariamente decir que el NNA no haya sido víctima de vulneración de derechos en esfera de sexualidad, más en aquellas situaciones en las que, como se señaló, existen antecedentes graves que hacen al Tribunal establecer al menos indicios de tal vulneración. Reitero que el Tribunal de Familia entonces, no debe - ni puede- pronunciarse ni condicionar su actuar a la situación penal asociada a la vulneración, es decir, no debiendo esperar la condena para efectos de aplicar las medidas de protección, ya que no sólo por vulneración efectiva de derechos son aplicables ellas, sino también por amenaza, como indica expresamente el artículo 68 de la ley N°19.968, por lo que es una “premisa falsa la que sostiene que “si no hay lesión, no hubo abuso”. Esto agrava la situación porque sin detección los niños no reciben tratamiento, ni protección ni justicia” (UNICEF, 2016). Así por ejemplo, esto ocurre en el caso que por errores de formalización dentro del proceso penal, se indicara al agresor como autor de violación, situación que no se acredita porque finalmente fue otra clase de abuso de orden sexual pero no en los términos que la ley señala respecto de la figura formalizada. Traigo a recuerdo el principio de legalidad al que antes ya me hubiera referido.

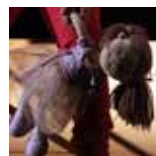


El problema que se presenta a juicio de este autor no es por tanto en la situación de origen como reacción inicial del sistema proteccional, sino en la de monitoreo, cumplimiento y cierre de la aplicación de las medidas de protección. Es decir que, cuando el Tribunal de familia inicia un procedimiento proteccional respecto de un niño por la existencia de antecedentes que pudieran dar cuenta de una eventual vulneración en materia de esfera de sexualidad, remitiendo los antecedentes a Fiscalía para su investigación, pero tal investigación no arroja resultados positivos o derechamente ningún resultado, se genera una situación compleja y de larga data, que termina imponiendo en muchos momentos de forma indefinida una situación proteccional la que, si bien no condicionó su origen, si termina condicionando su término a una situación procesalmente compleja: la acreditación de la inocencia. Considero especialmente en este punto dos asuntos tratados en los apartados venideros.

En primer término, “a diferencia del maltrato físico - cuyo diagnóstico depende de la posibilidad de ver las lesiones - y de la negligencia adulta hacia el bienestar infantil - que se diganostica al ver a niños privados de los cuidados parentales básicos (desnutridos, no escolarizados, sin cuidados médicos básicos, entre otras formas de vulneración de sus derechos)- la detección del niño o que fue o está siendo víctima de abuso sexual depende de escucharlo para saber que pasó” (UNICEF, 2016). Muchas veces entonces la única prueba es un niño que declara haber vivenciado una situación anormal con la dificultad propia que le implica hablar sobre sexualidad a esa edad y ello empeorado por los pocos recursos lingüísticos y comunicativos que tiene conforme a su desarrollo para explicar con claridad qué es lo que vivenció y asimismo para calificarlo como delito, ya que el NNA muchas veces ni siquiera sabe si es incorrecto o inapropiado lo que vivenció. Así, “en la mayoría de los casos detectados no suele haber lesiones físicas que funcionen como indicios para determinar quién fue el agresor ni hay una conducta específica o prototípica que los niños víctimas presenten. Tampoco suele haber testigos, ya que quien comete un abuso sexual suele hacerlo a escondidas. Todos estos factores, sumados a mitos enraizados y prejuicios culturales que operan en detrimento de los niños cuando toman la palabra para develar sus padeceres, hacen que el diagnóstico y posterior denuncia sean una tarea compleja” (Idem). A partir de este marco, para entender las consecuencias de las agresiones sexuales, resulta esencial ir más allá de una comprensión sintomatológica de las mismas. Es relevante visualizar las características del evento, así como comprender cómo se configura desde la subjetividad y vivencia particular del sujeto, no pudiendo uniformar los efectos en todas las víctimas (Capella, 2008). Se debe creer en el niño para activar el procedimiento proteccional, pero ello acompañado de antecedentes fidedignos y objetivos que permitan esclarecer la situación de vulneración vivenciada los que deberían ser proporcionados de forma urgente o inmediata por el Ministerio Público.

Por su parte, debemos considerar como segundo elemento gravitante la posibilidad que la denuncia proteccional sea producto de una duda, legítima o no, de uno de los familiares del NNA en contra de otro familiar, muchas veces distorsionando o atribuyendo características delictuales a una situación que no ha ocurrido o al menos no de la forma descrita, como ocurre con las denuncias que realizan las madres en contra de los padres por presuntos abusos sexuales realizados durante el ejercicio del régimen de relación directa y regular que terminan siendo falsos. Cito en este punto la opinión que en el año 2004 hubiera expresado la Magistrado Señora Gabriela Ureta, Presidenta en ese entonces de la Asociación de abogados de Menores en Chile, al Senado del Congreso Chileno en el contexto de la tramitación de la ley que crea los Tribunales de Familia, en cuanto declaró que “la experiencia demuestra que, en muchos casos, se hacen acusaciones falsas de violencia intrafamiliar, o incluso de abusos sexuales, para tratar de evitar las visitas del padre a sus hijos, por lo que es necesario que se acrediten esos hechos”. (Senado, 2004).

En ese sentido la denuncia y la mantención de la medida cautelar es irrelevante para el sujeto presuntamente agresor si es que este no es familiar del NNA afectado, ya que su preocupación está centrada en no ser condenado penalmente y no es de su interés el recuperar o mantener el contacto con el NNA supuestamente agredido; pero la situación es diversa si el indicado como imputado es un familiar directo, como por ejemplo el padre o el abuelo del NNA víctima. Sin intención caracterizar ni generalizar, “consistentemente se ha demostrado que las niñas poseen entre dos y tres veces mayor riesgo de abuso sexual que los niños. Algunas teorías explican este hecho porque los abusadores sexuales son mayoritariamente hombres heterosexuales” (Ministerio de Salud de Chile y UNICEF, 2011). La situación que plantea la señora Magistrado ya antes citada, que no es menos cierta, implica una situación compleja para el juez de Familia en cuanto ha determinado medidas cautelares como la prohibición de acercamiento del presunto agresor y obviamente la suspensión del régimen comunicacional con el mismo, situación que es especialmente grave si es que se mantiene de forma prolongada por una investigación penal que no es fructífera para fundar una acusación de orden penal, recordando que ese presunto agresor es también el padre del NNA que está bajo protección. Se tiene entonces por una parte la situación penal que no ofrece salida sobre la acusación y condena o bien el sobreseimiento, y por otra, a un NNA que por una denuncia fundada sólo en temores o quizás presiones de adultos lo tiene privado de derechos esenciales para su formación como son los derechos de la identidad garantizados también en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, especialmente en lo relativo al mantener contacto con sus padres. Debo señalar que en la experiencia profesional, que este autor ha tenido como abogado, una denuncia falsa, imprudente o no certera en cuanto a los hechos denunciados en contra del padre o abuelo del NNA, implica en promedio el alejamiento del niño del presunto agresor por dos o tres años y hasta que se haya logrado acreditar la no participación en el



hecho o derechamente, la no existencia del hecho denunciado, lo que es una situación gravísima de violencia de la que el sistema judicial no se hace cargo y que de hecho, en cierta medida promueve entendiendo que ese sería el cometido que le ha otorgado la Convención Internacional sobre Derechos del Niño. Es vulnerar los derechos bajo el convencimiento que se está luchando contra una vulneración que no existió en base a la duda razonable y justificada que se tuvo en su inicio de su existencia.

Exigir acreditar inocencia para el término de una medida proteccional del NNA es una cuesta bastante alta para transitar en términos procesales, porque implica acreditar que algo no ocurrió, es decir un hecho negativo. En esos términos, la inocencia entonces no debería ser probada ni para este ni para ningún otro fin, porque si bien la duda es suficiente para la aplicación de las medidas cautelares, la vigencia y renovación de las mismas no debería condicionarse al cumplimiento de un imposible. En palabras del Tribunal Constitucional Chileno, el principio de presunción de inocencia aparece en Tratados internacionales ratificados por Chile, de nivel de Derechos Humanos, pero su contenido estaría mucho más ligado al trato como tal. La presunción de inocencia entonces, precisa el Excelentísimo Tribunal que “más bien se podría referir al “trato de inocente”, e importa la obligación de considerar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones – como las medidas cautelares – tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación. La llamada “presunción de inocencia”, como lo señala el requerimiento, está compuesta de dos reglas complementarias. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine iudicio); y una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo)” (Idem). En esos términos, “la inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de una situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindicada como culpable” (Colombo, 2006).

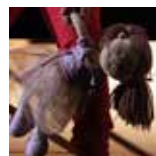
Volviendo a la discusión, el principio de presunción de inocencia respecto de la situación de vulneración de derechos de NNA en materia de sexualidad “no representa una inversión de la carga de la prueba – en términos que incumba al imputado acreditar su inocencia–, atendida la aplicación imperativa en el procedimiento penal, tanto en las fases de instrucción como de acusación, de preceptos que imponen el deber al juez de establecer la participación culpable del imputado” (Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 2007), lo que implicaría que el Tribunal de Familia al mantener indefinidamente una medida proteccional a la espera de la acreditación de tal inocencia, termina

incurriendo en una actuación institucional que ejerce violencia en tales NNA, agravando la vulneración que ya sufren o derechamente creando una que no tenían, siendo incluso ello contrario a la propia Convención sobre Derechos del Niño.

En resumen, “la presunción de inocencia es el derecho que tiene la persona a la que se le imputa un determinado delito, de ser considerada inocente hasta que el Tribunal disponga su participación en un hecho delictivo ya sea como autor, cómplice, o en cualquier otro concepto” (Tejera, 2012), no obstante lo cual por el interés superior del niño podría iniciarse un procedimiento proteccional si hay duda o determinación de una eventual amenaza de derechos de NNA, pero siempre que este mantenga el enfoque en la situación de vulneración y no en la aclaración de la posible responsabilidad penal del presunto agresor, ni tampoco que establezca como paradigma la reparación del NNA de un hecho del que aun no se ha acreditado siquiera su existencia.

Si bien esta situación implica un choque importante de derechos de rango de Derechos Humanos, la protección a NNA y también la presunción de inocencia antes señalada, ambos son conciliables, si es que se aplica el inciso tercero del artículo 71 de la ley 19.968, en cuanto a la necesidad de fundamento en antecedentes calificados como suficientes para la mantención y renovación de las medidas cautelares, los que muchas veces son por ejemplo la sola recomendación del Consejo Técnico. Me inclino por la preeminencia de los derechos de los niños, pero ello bajo parámetros lógicos y prudentes, ya que tal protección puede conciliarse perfectamente con la presunción de inocencia. La situación entonces, no es relativa al inicio de la medida proteccional porque por supuesto que tan solo la duda de vulneración es suficiente para determinar el inicio de una medida de protección a favor de un NNA, sino que la crítica es levantada más bien sobre lo que ocurre tras los 90 días que ordena el inciso final del artículo 71 de la ley N°19.968 como duración máxima de las medidas cautelares; es sobre procedimientos proteccionales que duran años y que en definitiva mantienen alejamientos, prohibiciones de acercamiento y regímenes comunicacionales suspendidos a la espera de una especie de aclaración que provenga de la Fiscalía, considerando entonces que la no existencia de tal información sería el antecedente calificado que la ley exige, para mantener tales medidas como vigentes y con una renovación casi automática.

Muchos tribunales por ejemplo han ordenado terapias reparativas de abuso sexual de menores que no han sido víctimas de ninguna situación de ese orden, o han alejado inapropiadamente por años a hijos o hijas de sus padres o abuelos por una denuncia que finalmente termina siendo falsa, debiendo luego iniciar terapias de revinculación para unir vínculos que el propio tribunal por la falta de rigurosidad separó, las cuales además son particulares y llevan asociadas gastos económicos para sus padres. La solución a este conflicto estaría en que existiera



AÑO 12 / N° 20  
JUNIO 2019

un vínculo real y monitoreado entre lo proteccional y lo penal, estableciendo por ejemplo la obligatoriedad del Curador Ad Litem del niño para que se haga presente en ambas causas y vaya informando de una a otra los avances, tratando siempre que el NNA esté el menor tiempo posible en el contexto judicial. Recién con ello se podría determinar realmente que el Estado Chileno hace frente a la necesidad de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y que no se entienda que ello se cumple llenando y manteniendo vigentes lo más posible las causas proteccionales en nuestros Tribunales.

## Bibliografía

**Cámara de Diputados del Congreso de Chile. (1999).** Informe de Comisión de Familia. Informe sobre proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia, Cámara de Diputados, Congreso de Chile, Valparaíso Chile.

**Cámara de Diputados. (2003).** Informe de Comisiones Unidas de Constitución, Legislación y Justicia y Familia recaído en el proyecto de ley que crea los juzgados de familia. Boletín nº 2118-18, Congreso Chileno, Valparaíso- Chile.

**Senado. (2004).** Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley en el segundo trámite constitucional, que crea los Tribunales de Familia. Legislativo., Congreso Chileno, Valparaíso Chile.

**Tejera, Y. S. (2012).** La presunción de inocencia y la carga de la prueba. Recuperado el 28 de 4 de 2019, de <http://eumed.net/rev/cccss/20/yst3.html>

**Capella, E. (2008).** Intervención psicoterapéutica con niños y niñas que han sido víctimas de agresiones sexuales: Profundización en el uso de técnicas. Curso de actualización de postítulo. Santiago de Chile.

**Real Academia Española. (2014).** Diccionario de la lengua española (Vol. 23). Madrid, España.

**Lathrop, F. (Julio de 2014).** La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho Privado* (22), 197 - 229.

**Ministerio de Salud de Chile y UNICEF. (2011).** Guía clínica de atención de niños, niñas y adolescentes menores de 15 años víctimas de abuso sexual. (C. S. Gallinato, Ed.) Santiago, Chile: Andros.

**UNICEF. (2016).** Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes. Una guía para tomar acciones y proteger sus derechos. Buenos Aires, Argentina. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, 730-07 (Tribunal Constitucional Chileno 22 de Agosto de 2007).

**Colombo, J. (Septiembre de 2006).** El inocente delincuente. Informativo jurídico.





