

SOBRE EL DELITO DE MALTRATO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y DE OTRAS PERSONAS VULNERABLES

ABOUT THE CRIME OF CHILD AND ADOLESCENTS ABUSE AND OTHER VULNERABLE PEOPLE

Artículo enviado el 19 de enero de 2017 y aprobado el 19 de marzo de 2017

JUAN SEBASTIÁN SILVA BARROILHET*

Universidad Gabriela Mistral (Chile)

FELIPE VALENZUELA QUIRÓS**

Universidad Gabriela Mistral (Chile)

RESUMEN. El siguiente artículo aborda el problema relativo al maltrato de niños, niñas y adolescentes, incluyendo a quienes tienen alguna discapacidad. El análisis se hace con énfasis en la problemática global y nacional que existe respecto del maltrato infantil. A su vez, se relata el desarrollo histórico que ha experimentado la legislación de Chile, comentando sus principales reformas, para luego analizar la incorporación legislativa de los tratados internacionales sobre la materia, examinándolos en relación al Derecho Internacional y al Derecho Constitucional chileno. Finalmente se examina el proyecto de ley que agrega el maltrato de menores y de otras personas vulnerables como delito al Código Penal, tanto desde la perspectiva dogmática, como también con énfasis sobre lo que ha dicho la Corte Suprema al informar sobre dicho proyecto a la Cámara de Diputados.

Palabras clave. Niños – personas vulnerables – derechos fundamentales – adolescentes – maltrato de menores.

ABSTRACT. The following article addresses the problem of abuse of children and adolescents, including those who have a disability. The analysis is made with an emphasis on the global and national problems that exist regarding child abuse. At the same time, the historical development of the Chilean legislation is discussed, commenting on its main reforms, and then analyzing the

* JUAN SEBASTIÁN SILVA BARROILHET ha sido Ayudante de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Universidad Gabriela Mistral, Ricardo Lyon N° 1177, Providencia, Santiago de Chile, Código Postal: 7510549. Correo electrónico: juan.silva@ugm.cl

** FELIPE VALENZUELA QUIRÓS es Ayudante de Derecho Constitucional de la Universidad Gabriela Mistral. Dirección postal: Universidad Gabriela Mistral, Ricardo Lyon N° 1177, Providencia, Santiago de Chile, Código Postal: 7510549. Correo electrónico: felipe.valenzuela@ugm.cl

legislative incorporation of the international treaties on the subject, examining them in relation to the International Law and Chilean Constitutional Law. Finally, the bill that types the abuse of children and adolescents and other vulnerable persons as a crime against the Penal Code is analyzed, both from a jurisprudential perspective, and also with emphasis on what the Supreme Court has said when reporting on the Project to the Chamber of Deputies.

Key words. *Child – vulnerable persons – fundamental rights – adolescents – child abuse offense.*

SUMARIO. Introducción. I. El maltrato infantil: un fenómeno global. II. Síntesis histórica. III. Los niños, las niñas y los adolescentes y las personas con discapacidad ante los tratados internacionales sobre derechos humanos. IV. Proyecto de ley que establece el tipo penal de maltrato de niños, niñas y adolescentes y de otras personas vulnerables. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo persigue realizar un análisis crítico del fenómeno jurídico y social que importa el maltrato de niños, niñas y adolescentes, así como también el que es proferido en contra de personas vulnerables. A su vez, se realizará un análisis del proyecto de ley que agrega el Párrafo 3 bis “Del maltrato de menores y de otras personas vulnerables” al Título VIII del Libro II del Código Penal en cuanto a la situación de los niños, niñas y adolescentes¹ frente al maltrato, y especialmente de aquellos que tienen

¹ En el presente artículo nos referiremos a los principales destinatarios de este proyecto de ley como niños, niñas o adolescentes (o simplemente *niños*), ya que ha existido debate en el Derecho Comparado por el uso de la expresión “menores”. Al respecto, GONZÁLEZ CONTRÓ sostiene que: “El lenguaje no es neutral, sino que refleja y al mismo tiempo construye realidades. Esto es especialmente notorio en el ámbito jurídico. La forma en que designamos un determinado fenómeno manifiesta la manera en la que lo concebimos. Es por ello indispensable descubrir lo que describe nuestra forma de referirnos a niñas, niños y adolescentes. A través del lenguaje se construyen relaciones de poder, y en el caso de las personas menores, una condición de incapacidad. El vocablo *menor* releja una situación relacional en la que siempre habrá un *mayor*, por lo que a primera vista parece desaconsejable su uso, y es precisamente ésta la primera de una serie de razones que motivan la argumentación a favor de cambiar esta denominación fuertemente arraigada en el léxico jurídico”. GONZÁLEZ CONTRÓ, M. (2011), *¿Menores o Niñas, Niños o Adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, Ciudad de México, D. F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 35. La misma autora añade que: “[...] algunas palabras que se utilizan para designar a las personas menores de edad como titulares de derechos no son sinónimos, pese a que se utilicen indistintamente. Cada concepto hace referencia a distintos contenidos, que además tienen implícitos ciertos elementos de los que no siempre son conscientes los hablantes. Entre estos conceptos los más frecuentes son: menor, menor de edad, niña, niño y adolescente, infancia y adolescencia y niñez”. Especial relevancia para los efectos de este artículo tienen las expresiones menor, niña, niño y adolescente, sobre las cuales

alguna discapacidad. Primero se hará una breve introducción aludiendo al problema político-criminal que significa el maltrato, enfatizando en sus consecuencias sociales. Luego se relatará una síntesis histórica sobre la evolución de los derechos del niño, niña y adolescente y de los niños, niñas y adolescentes vulnerables. Todo esto para finalmente analizar el proyecto de ley que tipifica el maltrato de menores y de otras personas vulnerables.²

I. EL MALTRATO INFANTIL: UN FENÓMENO GLOBAL

El maltrato infantil constituye un grave problema, ya que tiene implicancias en el ámbito social, jurídico y médico al constituir una vulneración a los derechos que asisten a los niños, afectando no solamente a éstos, sino que a su grupo familiar y a la sociedad toda. Asimismo, se considera que el maltrato infantil³ es una problemática a nivel mundial,⁴ la cual tiene repercusiones que se manifiestan en el plano personal como en el social. Por esto, tanto la Organización Mundial de la Salud como la Organización Panamericana de la Salud han determinado que el maltrato infantil constituye un problema de salud pública. Así, ha suscitado el interés de diversos profesionales de abordar esta problemática en forma multidisciplinaria a través de la implementación de campañas educativas destinadas principal-

la autora expresa respecto de la primera –en lo que nos interesa– que: “[...] según la Real Academia Española, es un adjetivo comparativo que significa: “que es inferior a otra cosa en cantidad, intensidad o calidad; menos importante con relación a algo del mismo género”. Sin embargo, en el derecho es utilizado como sustantivo, tanto en la doctrina como en la legislación de habla hispana. Este término es el más frecuente –o por lo menos solía serlo hasta hace muy poco tiempo– en el ámbito jurídico, tanto en las normas jurídicas como en el medio jurisdiccional”, mientras que sobre la segunda afirma que: “[...] para referirse a los destinatarios de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, la Convención) y una serie de normas surgidas en México a partir de su ratificación, es la más utilizada actualmente tanto en la legislación derivada de este instrumento internacional, como en algunos sectores académicos, de gobierno y de organizaciones de la sociedad civil”. Sobre este último concepto, la autora sostiene que: “[...] Conviene distinguir entre *niños* y *adolescentes* para reconocer a éstos últimos la capacidad en la toma de ciertas decisiones”. GONZÁLEZ CONTRÓ (2011), pp. 36 y 37.

² La denominación original del proyecto de ley contenida en el Boletín N° 9877-07 utiliza la expresión “menores”. Sin perjuicio de lo anterior, por las razones explicitadas en la nota precedente nosotros nos referiremos en este artículo a niños, niñas y adolescentes por ser ello lo más apropiado.

³ Sobre el particular, *vid.*: GELLES, R. J. (1982), “Child Abuse and Family Violence: Implications for Medical Professionals”, en NEWBERGER, E. H., *Child Abuse Little*, Boston: Brown and Company, pp. 25 y ss.

⁴ De acuerdo a un estudio elaborado por UNICEF el año 2000, en Chile el 73,6% de los menores sufre de violencia física o psicológica de parte de sus padres o parientes; el 53,9% de los menores es objeto de castigos físicos, descomponiéndose en un 25,4% de casos de violencia física grave y en un 28,5% de casos de violencia física leve. *Vid.* http://www.unicef.cl/archivos_documento/18/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf

mente a su prevención, su detección, su abordaje desde el punto de vista clínico, psicológico –tanto desde la perspectiva de las víctimas como de los agresores– y finalmente jurídico a través de la intervención judicial, ya sea a través de los procedimientos que son de la competencia de los Tribunales de Familia como de la Justicia Penal cuando éste es constitutivo de delito.

Hay que destacar que los conocimientos que históricamente se han tenido sobre el maltrato han sido escasos al no existir antecedentes fidedignos que permitan un adecuado diagnóstico de esta problemática. Además, en ciertas culturas y épocas no era considerado un delito al ser paradójicamente aceptado y tolerado por la sociedad al ser de común ocurrencia.⁵ A pesar de todo ello, en Chile no ha existido una adecuada

⁵ Sobre el particular, Silvia GUEMUREMAN y Adriana GUGLIOTTA afirman que: “[...] la creciente visibilidad de un fenómeno que estaba invisibilizado, en tanto “natural” del funcionamiento del orden social que había conferido legitimidad –de una vez y para siempre– a la discrecionalidad en el ejercicio del poder en las relaciones asimétricas”. Para ello *vid.* GUEMUREMAN, S. y GUGLIOTTA, A. (1998), “Aportes para una reflexión acerca de violencia perpetrada sobre los niños, niñas y adolescentes”, en IZAGUIRRE, I. (coord.), *Violencia Social y Derechos Humanos*. Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social del Instituto de Investigaciones Gino GERMANI, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires: Editorial Eudeba, s/n. Las mismas autoras agregan que: “Deviene pertinente recordar que el viejo derecho de *patria potestas*’ romana, del cual es tributaria nuestra cultura, originariamente, significaba la disposición tanto del derecho de vida como del de muerte, indistintamente aplicado a los hijos como a los esclavos. Así, en esta misma cultura, la relación paterno-filial estuvo siempre preñada por el supuesto implícito de que los hijos son propiedad de los padres y, por ende, son pasibles de responder a la voluntad de los mismos. Claro que el carácter de propiedad encubre un primer supuesto que aquí ya aparece soslayado: la previa reducción del sujeto a objeto y, por ende, la conversión de una persona con capacidad de determinación y voluntad de acción, a un objeto ‘sujetado’ a la voluntad de otros que deciden por él acerca de qué hacer, cómo hacerlo y cuando debe ser realizado. Otro atributo inherente al carácter de propiedades que asumen los hijos respecto a los padres, es la de ser constituidos como ‘bienes’ que circulan, se ceden, se disponen, etc.”. GUEMUREMAN y GUGLIOTTA (1998), s/n. Lo anteriormente señalado puede ser complementado en lo pertinente por el Profesor Francisco Samper Polo, quien sostiene respecto de los hijos –en lo que nos interesa– que: “El poder que el jefe ejerce sobre sus hijos o nietos concebidos dentro del matrimonio legítimo recibe el nombre de *patria potestas*, y las personas sometidas son los hijos o *liberi* en el sentido más propio; normalmente, pues, la paternidad natural coincide con el ejercicio de la patria potestad y están sometida a ella los hijos legítimos, es decir, aquellos que fueron concebidos durante el matrimonio, lo cual se presume por haber nacido seis meses después de celebrado y hasta diez meses antes de disuelto”. SAMPER POLO, F. (2009), *Derecho Romano*, Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 193. Además SAMPER señala en cuanto al poder que detenta el padre sobre los hijos señala que: “Las facultades del padre con respecto del hijo son [...] del todo semejantes a las del amo sobre el siervo, y en el ámbito privado se diferencian sólo en que la muerte del padre hace independientes a los hijos, mientras que los esclavos pasan normalmente al poder de los herederos. Así, puede castigar, exponer, vender y aun matar al hijo, aunque es dudoso que tan amplias facultades se mantuviesen durante toda la época clásica, al menos en la práctica”. SAMPER POLO (2009), p. 194. GUEMUREMAN y GUGLIOTTA señalan, además, que: “Ese mismo carácter de objeto, es el que impide asimilar acciones que implican necesariamente un menoscabo o el avasallamiento de algún derecho”. GUEMUREMAN y GUGLIOTTA (1998),

aplicación de las leyes pertinentes⁶ por parte de los Tribunales de Justicia, siendo posible destacar dentro de las principales razones el bajo número de denuncias y la inexistencia de registros actualizados.

Ahora bien, tratándose de los niños, niñas y adolescentes que tienen discapacidad,⁷ es preciso señalar que los datos disponibles sobre la incidencia y la prevalencia del maltrato son escasos⁸ en atención a las diversas definiciones que existen de la discapacidad, así como también por la inexistencia de unanimidad en cuanto a las clasificaciones del maltrato.⁹ Asimismo, resulta aún más complejo determinar con precisión si la discapacidad es anterior a los hechos constitutivos del maltrato, o bien si es una consecuencia directa del mismo.¹⁰ Sobre el particular, es preciso señalar que la relación existente entre el maltrato infantil y la discapacidad ha sido objeto de estudios, los cuales están enfocados

s/n. Vid. también CLARO JULIÁN, L. (1993). *Síndrome del niño agredido o maltratado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile: Universidad Gabriela Mistral, p. 2.

⁶ Se entiende que las leyes pertinentes en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes en Chile son la Ley N° 16.618 –conocida como Ley de Menores y modificada por variados cuerpos legales– en el ámbito de la violencia acaecida en los contextos familiares, dentro de los cuales cabe citar las Leyes N°s 19.304, 19.324, 19.806, 19.968 y 20.066.

⁷ Sobre los niños, niñas y adolescentes con discapacidad existen autores que para los efectos contextuales afirman que: “La infancia con discapacidad ha sido, y sigue siendo, la población cuyos derechos han sido más impunemente negados y violados a lo largo de la historia y en la mayoría de las culturas y, con toda probabilidad, la más vulnerable a todo tipo de maltrato”. Vid. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. y GÓMEZ-BENGOECHEA, B. (2006). “Los menores con discapacidad como víctimas de maltrato infantil: una revisión”, en *Psychosocial Intervention*. 15 (3). Instituto Universitario de la Familia. Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid, p. 295.

⁸ Sin perjuicio de lo señalado, las estadísticas de acuerdo a un estudio que es citado por la Guía Clínica del Ministerio de Salud estiman que los niños y las niñas que padecen de alguna discapacidad presentan un mayor riesgo de ser víctimas de maltrato y negligencia. Así, es posible apreciar que presentan 1,8 veces más probabilidades de sufrir de descuido; 1,6 veces más probabilidades de ser sometidos a maltrato físico y 2,2 veces más probabilidades de ser víctimas de conductas que afectan su libertad, integridad e indemnidad sexual, JONES, L.; BELLIS, M A.; WOOD, S.; HUGHES, K.; MCCOY, E.; ECKLEY, L.; BATES, G.; MIKTON, C.; SHAKESPEARE, T.; OFFICER, A. (2012), “Prevalence and risk of violence against children with disabilities: a systematic review and meta-analysis of observational studies”, en *The Lancet, Early Online Publication*, disponible en [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(12\)60692-8/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(12)60692-8/abstract)

⁹ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE SALUD (s/f), “Guía Clínica: Detección y primera respuesta a niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato por parte de familiares o cuidadores”, p. 13. Tal documento cita al respecto a HIBBARD, R. A. y DESCH L. D. (2007), “Committee on Child Abuse and Neglect & Council on Children with Disabilities. Clinical Report: Maltreatment of Children with Disabilities”, en *Pediatrics*, 119 (5), (2007), pp. 1018 a 1025, disponible en <http://pediatrics.aapublications.org/content/119/5/1018.full.pdf/html>

¹⁰ GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (s/f), p. 13.

en los niños, niñas o adolescentes discapacitados como víctimas, en la discapacidad como una consecuencia del maltrato infantil¹¹ y en el discapacitado como autor del maltrato activo o pasivo de niños, niñas y adolescentes.¹² Sin embargo, este grupo está muchísimo más expuesto a sufrir de maltrato como consecuencia de la interacción de diversos factores de riesgo.¹³ Son factores de riesgo que aumentan considerablemente la posibilidad de que los niños, niñas y adolescentes con discapacidad sean víctimas de maltrato la inexistencia de un apoyo social y comunitario apropiado para sus padres,¹⁴ ya que éstos pueden sentirse sobrepasados y absolutamente incapaces de enfrentar de una forma adecuada las responsabilidades que imponen los cuidados especiales en

¹¹ Al respecto BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOEHEA sostienen que: “[...] es importante resaltar como un importante porcentaje de discapacitados lo son como consecuencia de distintas formas de maltrato en la infancia. Sobsey sitúa este porcentaje en el 14% y se ha observado como esta relación se convierte en un círculo vicioso en el que el maltrato crea o agrava una discapacidad que, a su vez aumenta el riesgo de maltrato”. Además, las mismas autoras agregan que “[...] el maltrato físico como generador de lesiones que pueden derivar en discapacidad”. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOEHEA (2006), p. 295. GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (s/f), p. 13.

¹² BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOEHEA (2006), p. 295.

¹³ GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD. (s/f), p. 13.

¹⁴ Respecto a los factores familiares, podemos señalar que BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOEHEA arguyen que: “En las familias que tienen hijos con alguna discapacidad podemos encontrar un aumento de las fuentes de estrés familiar, una dificultad para acceder o capacitarse con recursos de afrontamiento adecuados y una mayor dificultad para evaluar la situación en términos positivos. Estas dificultades producen un mayor riesgo de que la familia emprenda respuestas poco adaptativas, como la negligencia o el maltrato, según los modelos de estrés y afrontamiento familiar. En este sentido tener un hijo con discapacidad aumenta las fuentes de estrés emocionales, físicas, económicas y sociales de las familias. Las necesidades especiales del niño se suman a las necesidades de cualquier niño, disparando el nivel de demandas que tiene que enfrentar la familia y el estrés, que puede derivar en maltrato activo. Por otro lado, es más fácil ser negligentes con las necesidades del niño, porque son más y, en ocasiones, desconocidas para la propia familia. En definitiva, el aumento de las demandas que van unidas a la discapacidad aumenta el riesgo de maltrato, porque su desconocimiento puede conducir a la negligencia y su conocimiento a un aumento del estrés que favorece la agresión física. La evaluación de la situación estresante en términos positivos también se ve dificultada en estas familias. En primer lugar, el desequilibrio entre las expectativas y la realidad se da desde el momento en que la familia conoce la discapacidad del niño. Cuanto mayor es el desequilibrio menor es la capacidad de la familia de regular cognitivamente el estrés que proviene de las demandas especiales. Principalmente cuando los niños son poco responsivos y reforzantes, como por ejemplo en los niños con trastornos del espectro autista, la familia no encuentra sentido fácilmente a los esfuerzos de afrontamiento. Para las familias también es difícil no hacer en ocasiones atribuciones intencionales cuando sus hijos no responden a sus demandas, aunque esta falta de respuesta se derive de las dificultades cognitivas, de comunicación o motrices del menor. Por último, es más difícil para estas familias encontrar los recursos adecuados para afrontar los retos que presenta la crianza de sus hijos. Son más los recursos necesarios y están menos accesibles socialmente. Adicionalmente es más difícil para ellas encontrar los apoyos sociales adecuados, siendo frecuente un mayor aislamiento social de la familia”. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOEHEA (2006), p. 299.

lo que a la salud y a la rehabilitación respecta. En lo concerniente a los factores de riesgo es posible sostener que hay ciertos aspectos que son inherentes a la propia discapacidad que incrementan considerablemente el riesgo de los afectados de sufrir episodios de maltrato, dificultando su reconocimiento por parte de los niños, niñas y adolescentes víctimas o que impiden que éstos puedan defenderse o repeler adecuadamente la agresión de un tercero y posteriormente denunciarla.¹⁵

Dentro de los principales factores de riesgo encontramos la mayor necesidad de atención en lo que al cuidado físico o a la higiene personal de muchos niños, niñas y adolescentes con discapacidad se refiere, quedando, por consiguiente, en situaciones propicias para ser víctimas de delitos de carácter sexual. De hecho tal riesgo aumenta exponencialmente a medida que los cuidados requeridos por el niño, niña o adolescente son mayores en cuanto a la intimidad. Es del caso destacar que estos niños, niñas o adolescentes se encuentran con frecuencia al cuidado de diferentes personas, las que van rotando con cierta frecuencia, lo que facilita la perpetración de abusos y reduce el estrés al que se ven sometidos los cuidadores y, por ende, la probabilidad de ser víctima de violencia intrafamiliar.¹⁶

Constituye una dificultad para el oportuno reconocimiento del maltrato el contacto físico entre el niño, niña o adolescente con discapacidad y la persona a cuyo cuidado se encuentra, resultando complejo establecer una frontera entre el cuerpo del uno y del otro, y con ello apreciar lo que es un contacto físico normal o un contacto físico abusivo, no sólo en el contexto de los delitos sexuales sino que también en el maltrato físico.¹⁷

Las dificultades que implican reconocer el abuso y el maltrato para estos niños, niñas y adolescentes, además de obstaculizar su detección y su posterior denuncia, constituyen en sí mismas un factor de riesgo. Lo anteriormente dicho puede generar en el maltratador una especie de sensación de impunidad al creer erróneamente que si la víctima no reconoce los maltratos o los abusos como tales, no sólo no será denunciado ante la justicia sino que tampoco está generando daño y, por lo tanto, haciendo nada malo ni contrario a su dignidad.¹⁸

Finalmente, los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en ocasiones tienen dificultades especiales tanto para oponerse al maltrato como para comunicarlo y denunciarlo. Lo anterior, se aprecia por sus características físicas. Además, algunos niños, niñas y adolescentes presentan dificultades a nivel emocional para poner en riesgo una relación de dependencia, o bien para oponerse a la autoridad cuando han sido educados en la sumisión, la dependencia y la obediencia. Para concluir, en aquellos casos en los que la discapacidad importa dificultades a nivel

¹⁵ BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOECHEA (2006), p. 298.

¹⁶ BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOECHEA (2006), p. 298.

¹⁷ BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOECHEA (2006), p. 299.

¹⁸ BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOECHEA (2006), p. 299.

de la comunicación, existen mayores dificultades para dar a conocer la situación de maltrato adecuadamente y para denunciar el maltrato cuando se reconozca como tal.¹⁹

El maltrato es una realidad compleja de definir, por lo que se han elaborado diversas definiciones. El maltrato podría ser definido como una “[a]cción u omisión no accidental que priva al niño de sus derechos y de su bienestar, que amenazan y/o interfieren con su adecuado desarrollo físico, psíquico y social, pudiendo ser sus autores miembros de su familia como terceros ajenos a la misma que por diversas razones se encuentran a su cuidado”.²⁰ También se le define como “[t]oda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación que afecte el normal desarrollo de niños, niñas y adolescentes y que ocurra en un contexto familiar o de cuidado”.²¹ Por su parte, la Organización Mundial de la Salud señaló el año 2006 que: “El maltrato o 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 potencial o real para la salud del niño (a), su supervivencia, desarrollo o dignidad en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder”.²² Finalmente, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia expresó el mismo año que: “Los menores víctimas de maltrato y abandono son aquel segmento de la población conformado por niños, niñas o adolescentes hasta los 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales. El maltrato puede ser ejecutado por omisión, supresión o transgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo o parcial”.²³ De las definiciones de maltrato infantil dadas precedentemente es posible apreciar que existe una relación asimétrica entre el agresor y su víctima, la primera se encuentra al cuidado de la segunda.

¹⁹ BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO y GÓMEZ-BENGOECHEA (2006), p. 299.

²⁰ MINISTERIO DEL TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. SECRETARÍA GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES. DIRECCIÓN GENERAL DE ACCIÓN SOCIAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA (ESPAÑA) (2006), “Maltrato infantil: detección, notificación y registro de casos”, disponible en <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/HojasDeteccion.pdf>, p. 14.

²¹ GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (s/f). “Guía Clínica: Detección y primera respuesta a niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato por parte de familiares o cuidadores”, p. 9.

²² GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (s/f), p. 9; UNICEF. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. *Children and Violence Report of the National Child Month Committee 1997 Conference*, p. 121, citado en *Violence Against Children in the Caribbean Region Regional Assessment*, Panamá, 2005.

²³ GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD (s/f), p. 9; ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS) – OFICINA REGIONAL PARA LAS AMÉRICAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2006), “Informe Mundial sobre Violencia y Salud”, en *Publicación Científica y Técnica*, 588, Washington D. C., pp. 61-89, citado por la Guía Clínica del Ministerio de Salud de Chile sobre la materia, p. 121.

En consecuencia, éste puede ser perpetrado por el padre, la madre u otros miembros de la familia como también por terceros a cuyo cuidado, por diversas razones, se encuentran los niños, niñas o adolescentes.

En síntesis, en cuanto a las causas y a los tipos de vulnerabilidad podemos apreciar que ésta tiene su origen en factores que son propios de las personas como del ambiente.²⁴ Para los efectos de este artículo nos circunscribiremos a aquellos factores que encuentran su origen en las personas mismas, es decir, los factores endógenos, siendo los principales destinatarios de esta investigación los niños, niñas y adolescentes como también aquellos que tienen discapacidad, siendo especialmente relevantes aquellas discapacidades de origen intelectual, físico o sensorial.²⁵ El fundamento de lo dicho precedentemente descansa en ciertas características que les son propias, los cuales los exponen a sufrir de malos tratos u otras vulneraciones de sus derechos. No obstante lo señalado, la exposición social de los niños, niñas y adolescentes y, especialmente los que tienen alguna discapacidad constituye un factor exógeno, siendo especialmente relevante la vulnerabilidad atípica, cuyo origen descansa en el ordenamiento jurídico.²⁶

II. SÍNTESIS HISTÓRICA

Con anterioridad al año 1928 existía una escasa legislación sobre los niños, niñas y adolescentes en Chile, salvo ciertas disposiciones del Código Civil que contemplaban derechos y obligaciones civiles. Resulta relevante destacar que en 1925 se promulgó un Decreto Ley que creó los establecimientos especiales para prevenir la delincuencia infantil, siendo del caso destacar que en los mismos podían ser internados los menores de hasta 18 años de edad que estuvieren sufriendo de abandono físico o moral, o bien que se encontraran en situación de vagancia y mendicidad, pudiendo ser recogidos por la policía. Lo mismo era aplicable a aquellos niños, niñas y adolescentes que hubiesen recibido de sus padres o guardadores un trato que les haya ocasionado un detrimento o menoscabo en su salud y los que no asistiesen en forma regular al colegio o escuela por

²⁴ URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M^a. de L. (2007), “La Protección Jurídica de las Personas Vulnerables”, en *Revista de Derecho*, Barranquilla: Universidad del Norte, p. 209.

²⁵ URIBE ARZATE y GONZÁLEZ CHÁVEZ (2007), p. 210.

²⁶ Enrique URIBE ARZATE y María de Lourdes GONZÁLES CHÁVEZ explican que la vulnerabilidad atípica consiste en un tipo de vulnerabilidad que “[p]roviene del orden jurídico del Estado, el que a través de sus reglas genera desequilibrios que echan por tierra el viejo aforismo *ubi lex, non distinguere debemus* [...]”. Los problemas del lenguaje jurídico, la semiótica, la hermenéutica y la técnica legislativa se traspolan indefectiblemente hasta la aplicación misma de la norma y, en consecuencia, se materializan en la injusticia de la ley, en la inequidad de sus presupuestos y no pocas veces en su ineficacia”. URIBE ARZATE y GONZÁLEZ CHÁVEZ (2007), p. 209.

desobediencia a sus padres o guardadores, y los que el Director estimase del caso recibir a solicitud de éstos. Justamente en el año 1928 entró en vigencia la Ley N° 4.447, la cual introdujo una serie de modificaciones a diversos cuerpos legales, dentro de los cuales se encontraba el Código Civil. En efecto, dicha ley reemplazó el artículo 233 del cuerpo legal antes citado, estableciendo: “El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no fuere suficiente, podrá recurrir al Tribunal para que éste imponga la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional”.

Durante el año 1962 entró en vigencia la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pensiones alimenticias, la cual en el Título III consagró las atribuciones de los jueces de menores, siendo importante destacar el artículo 13, el cual se encargó entre otros tópicos de resolver sobre la vida futura de los niños en el caso del inciso segundo del artículo 233 del Código Civil, correspondiéndole, además, determinar cuando un niño se encuentra en peligro material o moral. Por consiguiente, el legislador se hizo cargo de establecer los presupuestos de inhabilidad física o moral de los padres, lo que implica evidentemente peligro para los niños, siendo precisa la intervención judicial. Efectivamente, el artículo 22 de la ley citada previene que: “Para los efectos del artículo 225 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 6°. Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos a los niños o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad”.

Finalmente, en 1967 entró en vigencia la Ley N° 16.618, conocida como Ley de Menores, la cual estableció en el Título V disposiciones penales. Cabe destacar que dentro del artículo 62 se sanciona el maltrato de niños, niñas o adolescentes con diversas medidas, dentro de las cuales se encuentran la asistencia del agresor a programas terapéuticos, los trabajos en beneficio de la comunidad y las multas a beneficio municipal equivalentes al ingreso mensual del condenado; mientras que el inciso primero del artículo 66 del mismo texto legal extiende la obligación de denunciar el maltrato de menores a que se refieren los artículos 84 del Código de Procedimiento Penal y 175 del Código Procesal Penal a los maestros y a otras personas encargadas de la educación de los niños, niñas y adolescentes.²⁷ Sin perjuicio de lo anterior, este último texto legal ha sido objeto de modificaciones, dentro de las cuales cabe citar, en

²⁷ Tanto el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal como el artículo 177 del Código Procesal Penal establecen que la omisión de la denuncia obligatoria a que aluden las disposiciones correspondientes de ambos cuerpos legales será sancionada a título de falta en conformidad a lo dispuesto en el artículo 494 del Código Penal. Sin perjuicio de ello, el inciso segundo del artículo 177 del Código Procesal Penal expresa que: “La pena por el delito en cuestión no será aplicable cuando apareciere que quien hubiere omitido formular la denuncia arriesgaba la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos”.

relación con la materia que nos ocupa, las Leyes N° 19.304 y 19.324, ambas del año 1994. Con todo, la Constitución de 1980, y en especial sus modificaciones del año 2005, cambiaron el estatuto de la persona en Chile, integrando los tratados de derechos humanos como contenido material del ordenamiento jurídico chileno, haciéndose más práctica la defensa de los niños, niñas y adolescentes.

III. LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

En el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental, se funda el “Bloque de Constitucionalidad”, concepto jurídico que propugna que los preceptos contenidos en tratados internacionales que Chile ha ratificado y que se encuentren vigentes, forman parte material de la Constitución.²⁸

Asimismo, el artículo 6° somete a todos los órganos del Estado al imperio de la Constitución, teniendo que ajustar su actuar a los preceptos que en ella se establecen. Es importante precisar que el imperio de la Constitución no se limita sólo en los órganos constitucionales, sino que también en todas las personas, o en otras palabras, no sólo el Estado debe regirse por los preceptos de la Constitución, sino que también toda persona, institución o grupo.²⁹ No quedando, por ende, los padres y personas que tengan a su cuidado a los niños, eximidos del deber de respetar los preceptos constitucionales.

Durante el año 1990, el Estado de Chile ratificó la Convención de los Derechos del Niño, la cual establece en el artículo 19, la obligación de los Estados miembros de proteger al niño frente a todo tipo de descuido o de abuso físico o emocional, encontrándose comprendido también el abuso sexual, tópico que no se abordará en el presente artículo por cuanto los delitos sexuales ya están previstos dentro del Título VII del Libro II del Código Penal en los Párrafos 5, 6 y 7, preceptos que han sido objeto de sucesivas reformas en el transcurso del tiempo. En virtud de lo reseñado precedentemente es que el legislador se ha preocupado de modificar la legislación relativa a los menores de edad. Actualmente, el artículo 234 del Código Civil dispone en lo que nos interesa que: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda

²⁸ PEÑA TORRES, M. (2014), “Prólogo”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Santiago de Chile: Editorial Konrad Adenauer Stiftung, p. III.

²⁹ ALDUNATE LIZANA, E. (2008), *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, pp. 66 y ss.; CEA EGAÑA, J. L. (2008), *Derecho Constitucional Chileno*, I, 2ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 241.

forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”. El inciso de la disposición previamente indicada fue modificado por el artículo 3° N° 1 de la Ley N° 20.286, publicada en el Diario Oficial el 15 de septiembre de 2008.

Por su parte, en materia de discapacidad, en 1994 se promulgó la Ley N° 19.284, cuya finalidad era propender a la plena integración social de las personas con discapacidad, inspirándose la misma en el modelo médico de la discapacidad. Sin embargo, durante el año 2008 el Estado de Chile ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, razón por lo cual el año 2010 se promulgó la Ley N° 20.422 con la finalidad de propender a la implementación del modelo social de la discapacidad, el que se condice con la dignidad de las personas. Dicha convención establece en el artículo 16 que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar todas aquellas medidas para proteger a las personas con discapacidad –tanto en el seno del hogar como fuera de él– contra todas las formas de explotación, violencia o abuso. La misma disposición contempla la obligación de los Estados miembros de detectar, investigar y enjuiciar todos aquellos casos de abuso, explotación o violencia en perjuicio de las personas con discapacidad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, por su parte, establece en su artículo 19 que: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.³⁰ Este artículo define la esfera de protección a los derechos humanos de los niños, reconociendo la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados. Esta protección especial a la infancia se funda en el reconocimiento de que los Estados, como ya hemos dicho antes, en el reconocimiento de las especiales circunstancias de vulnerabilidad de los niños, deben tomar medidas especiales encaminadas a resguardar sus derechos humanos.³¹ Dicha obligación no sólo se dirige a los Estados, sino que traspasa hacia la esfera privada de la familia, siendo un mandamiento dirigido a la sociedad toda.

Son, los tratados que hemos mencionado, un cuerpo jurídico amplio de fácil lectura, cuya interpretación no debe sólo circunscribirse a la literalidad de sus palabras, ni mucho menos puede hacerse intentando restringir las prestaciones que el Estado (y los actores involucrados)

³⁰ El mencionado artículo ha de ser interpretado teniendo en relación a los artículos 1° y 2° de la CADH, que establecen la obligación de los Estados de respetar los derechos sin discriminación alguna, y el deber de los Estados de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias a fin de darle efectividad a los derechos y libertades establecidas en la CADH.

³¹ BELOFF, M. (2014), “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Santiago de Chile: Editorial Konrad Adenauer Stiftung, p. 468.

deben realizar en el auxilio de los derechos humanos de los niños.³² Así, es dable considerar el brazo punitivo del Estado como una herramienta razonable de ser utilizada, en especial cuando las demás herramientas del control social resultan ineficaces e ineficientes.

IV. PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE EL TIPO PENAL DE MALTRATO A MENORES Y DE OTRAS PERSONAS VULNERABLES

Por moción de los Diputados señores Gabriel SILBER ROMO y Daniel FARCAS GUENDELMAN se ha presentado al Congreso Nacional un Proyecto de Ley cuya finalidad es introducir modificaciones al Código Penal agregándose a continuación del Párrafo 3 del Título VIII del Libro II el Párrafo 3 *bis*, siendo su epígrafe “Del maltrato de menores y de otras personas vulnerables”, incorporando, en consecuencia, el aludido proyecto de ley a través del artículo 1° los artículos 403 *ter* a 403 *septies*. Asimismo, el artículo 2° de la misma iniciativa introduce modificaciones al artículo 39 *bis* del Código Penal. Por su parte, es preciso resaltar que el artículo 403 *sexies* contiene una norma de carácter procesal, ya que complementa las disposiciones que el Código Procesal Penal en relación a los métodos de investigación que ha de emplear el Ministerio Público en la investigación de los delitos. El artículo 403 *quinquies* establece la pena accesoria de inhabilitación, y el artículo 403 *septies* se refiere a la inscripción de las sentencias condenatorias, por tales delitos, en un Registro de Inhabilitaciones, el que estará a cargo del Registro Nacional de Condenas, que, a su vez, es administrado por el Registro Civil. Por lo pronto a nosotros nos interesan sólo los de derecho penal sustantivo, por lo que nos referiremos a los artículos 403 *ter* y 403 *quater*.

ARTÍCULO 403 *TER*

El artículo 403 *ter* establece que: “Todo acto de violencia o de maltrato físico efectuado en contra de un menor de edad, un adulto mayor o persona en situación de discapacidad será castigado con las penas de presidio menor en sus grado medio a máximo”.³³

³² BELOFF (2014), p. 468.

³³ De la disposición anteriormente transcrita se desprende la existencia de un tipo penal, el que en concepto del Profesor CURY es “[...] una descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o internas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición para cada delito específico”. CURY URZÚA, E. (2011), *Derecho Penal. Parte General*, Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 279. El mismo autor agrega que: “[E]s la descripción de un hecho, es decir, de un acontecimiento que se desarrolla en el ámbito de los fenómenos causales. No es, pues, la pura acción sino el hecho la base

Resulta fundamental destacar que el artículo 397 del Código Penal al establecer el delito de lesiones³⁴ señala que: “El que hiriere, golpeare o maltratare a otro será castigado como responsable de lesiones graves”, siendo en ese tipo penal uno de los verbos rectores “maltratar”. Sobre el particular, este término en concepto de la doctrina significa realizar cualquier acción material que produzca daño en el cuerpo o la salud, o sufrimiento físico a otra persona.³⁵ La relación existente entre el maltrato y las lesiones está dada en que éstas últimas pueden ser el resultado de una acción desplegada por un individuo con la finalidad de ocasionarle un menoscabo a otra persona, siendo preciso el uso de la fuerza para ello. En consecuencia, el maltrato puede tener como resultado lesiones.

Tradicionalmente, la protección penal de la integridad corporal y de la salud ha sido establecida por el legislador a través de las figuras derivadas de las lesiones. La integridad corporal como bien jurídico, protegido por el Derecho Penal, se desprende de la cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo humano anatómicamente consideradas, mientras que la salud, por su parte, se refiere al normal funcionamiento desde una perspectiva fisiológica de todos los órganos, siendo también extensiva a la salud mental del individuo, esto es, el normal equilibrio de su psique.³⁶

Surgen las dificultades en relación al esclarecimiento del verbo rector, de hecho, en algunas legislaciones su determinación no es pacífica, ya que un grupo estima que las lesiones constituyen simples vías de hecho, esto es, la agresión física de que se hace víctima a otro, aunque no se ocasionen con su consumación daños permanentes como consecuencia de las mentadas vías de hecho, lo que se entiende sin perjuicio de su

estructural del tipo. La acción es uno de los elementos que concurren a conformar el hecho típico, pero no es el único”. CURY URZÚA (2011), p. 280. Sin embargo, la acción entraña de todas formas una función decisiva en la construcción de los tipos, puesto que si bien otros elementos pueden concurrir a formar parte de la estructura de éstos, la acción o la omisión deben estar siempre presentes. En consecuencia, solamente los hechos en cuyo núcleo se encuentra la acción da lugar al tipo. En síntesis, el tipo describe un hecho voluntario. El mismo autor sostiene que otro de los elementos del delito es la acción, puesto que sobre ésta descansa la estructura de la teoría del delito, p. 251. CURY URZÚA (2011), p. 251. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 1° del Código Penal es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Un trabajo acabado sobre el tema en VILLADA, J. L. (2015), *Derecho Penal. Parte General*, Salta: Virtudes Editorial Universitaria, pp. 195 y ss. También ver BUSTOS RAMÍREZ, J. (2007), *Derecho Penal. Parte General*, I, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 422 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J. (2007), *Control Social y otros cambios*, II, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 138 y ss.

³⁴ Sobre el particular VILLADA, J. L. (2014), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires: Thomson Reuters, La Ley, pp. 73 y ss.

³⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1999), *Derecho Penal. Parte Especial*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 117.

³⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1999), p. 112. Desde una perspectiva constitucional, *vid.*: CEA EGAÑA, J. L. (2012), *Derecho Constitucional Chileno*, II, 2ª edición actualizada, Santiago de Chile: Ediciones UC, p. 102.

consideración para los efectos de la determinación de la pena si los mismos efectivamente se verifican.³⁷ Tal criterio lo adoptan tanto el Código Penal alemán³⁸ como el Código Penal italiano, mientras que para otras legislaciones las simples vías de hecho no alcanzan a constituir lesiones, si no se produce a consecuencia directa de las mismas un menoscabo o detrimento a la salud de la víctima.³⁹ En la legislación española no existe claridad sobre el particular, puesto que al igual que la nuestra efectúa una graduación en base a su gravedad, llegándose incluso a sancionar los golpes o maltratos de obra que no causan lesiones, permitiéndose su interpretación en dos sentidos diferentes, ya que permite apreciar que es suficiente el maltrato físico para el castigo o los golpes que no causan lesiones, lo que permite inferir que se reserva el término “lesión” para los efectos o consecuencias de los golpes, y no para estos mismos.⁴⁰ Lo anterior, al amparo del Código Penal español de 1995.⁴¹

ARTÍCULO 403 *QUATER*

A continuación, el artículo 403 *quater* del proyecto contempla dos situaciones diversas, por lo que los incisos que lo componen serán analizados por separado. La primera de las normas contenidas en el precepto en cuestión expresa que: “Cuando el acto de violencia o de maltrato recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad que se encontrare bajo el cuidado o dependencia del agresor, teniendo éste algún grado de parentesco en los términos señalados por el artículo 5° de la Ley N° 20.066, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo”.⁴² En el caso de que la violencia o maltrato se ejerza

³⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1999), p. 113.

³⁸ § 223. Lesión corporal (1) Quien inflija a otro malos tratos corporales o daño su salud, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa. (2) La tentativa es punible.

³⁹ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1999), p. 113.

⁴⁰ Sobre el particular, BUSTOS RAMÍREZ, J. (2009), *Derecho Penal. Parte Especial, III, Obras Completas*, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 87 y ss. También *vid.*: ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY (1999), p. 113.

⁴¹ Sobre el particular, el artículo 147.3 del Código Penal español de 1995 expresa que: “El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses”.

⁴² Al respecto, el artículo 5° de la Ley N° 20.066 dispone que: “Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente. También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

por parte de los padres respecto de sus hijos menores de edad, habrá que estarse a las reglas del Título VII del Libro I del Código Civil, esto es, sobre la filiación. En el supuesto de las relaciones familiares lo que hace el legislador es proteger a aquellos miembros de la familia que se encuentran en una posición especialmente vulnerable.

A su turno, el inciso segundo del artículo 403 *quater* establece que: “La misma pena del inciso anterior se aplicará cuando el agresor tenga un deber especial de cuidado dada su profesión u oficio, o por el sólo hecho de habersele confiado por parte de los padres o familiares el cuidado del menor, adulto mayor o persona en situación de discapacidad”. Esta última disposición, asimismo, prevé dos situaciones, que se manifiestan en la existencia de una relación jurídica previa, pudiendo encontrar su origen ésta en un contrato de prestación de servicios a honorarios –cuya regulación la encontramos en el Párrafo 9 del Título XXVI del Libro IV del Código Civil– o en un contrato de trabajo, cuya regulación la encontramos en el Capítulo I del Título I del Libro I del Código del Trabajo, teniendo especialmente aplicación en esta materia los preceptos del Capítulo V del Libro I del aludido cuerpo legal. También, es posible en el caso de los menores de edad que estas conductas sean perpetradas por las personas a cargo de su educación en el contexto escolar, como lo serían los docentes, el personal administrativo o el personal de apoyo de los establecimientos educacionales, siendo posible apreciar la existencia de un contrato de prestación de servicios educacionales⁴³ entre los padres de los educandos y el establecimiento en cuestión tratándose de aquellos cuya administración recae en sostenedores de carácter privado como asimismo de un contrato de trabajo entre el establecimiento y su personal, configurándose una relación de subordinación y dependencia en los términos del artículo 7° del Código del Trabajo⁴⁴ y del inciso primero del artículo 2322 del Código Civil.⁴⁵

⁴³ En tal caso para los efectos de la responsabilidad civil que pudiere surgir del establecimiento educacional por los daños sufridos por el educando, tienen aplicación las normas que regulan la responsabilidad contractual –esto es aquellas contenidas en los artículos 1545 y siguientes del Código Civil–, ya que una de las obligaciones que emanan del contrato de prestación de servicios educacionales es justamente la obligación de seguridad o las normas que gobiernan la responsabilidad extracontractual, esto es, de los artículos 2314 y siguientes. En tal caso, las acciones destinadas a hacer efectiva la responsabilidad civil deberán formularse en una misma demanda, para ser resueltas una en subsidio de la otra, teniendo presente para ello que ambos regímenes de responsabilidad son incompatibles. Lo anterior, por así disponerlo el inciso segundo del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁴ El artículo 7° del Código del Trabajo dispone que: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

⁴⁵ El artículo 2322 del Código Civil se encuentra ubicado dentro del Título XXXV del Libro IV, el cual está dedicado a la responsabilidad extracontractual. El inciso primero de la aludida disposición señala que: “Los amos responden de la conducta de sus

Lo que hace el legislador a través del artículo 403 *quater* es proponer la introducción al Código Penal de una circunstancia agravante especial respecto de aquellos agresores que se encuentran al cuidado de un niño o niña, o una persona con discapacidad o adulto mayor, ya que en virtud de ello el reproche penal debe ser mayor al corresponderles la protección de dichas personas en razón de su vulnerabilidad, siendo, por ende, mayor el desvalor, al encontrarse la víctima en circunstancias óptimas para la indefensión.

INFORME DE LA CORTE SUPREMA

El día 24 de noviembre del 2016 el Pleno de la Corte Suprema emitió un informe en el que expresa la opinión del Máximo Tribunal sobre el Proyecto de Ley N° 48-2016, el cual fue remitido a través del Oficio N° 165-2016 al Senador Patricio WALKER en su calidad de Presidente de la Comisión Especial encargada de la tramitación de aquellos proyectos de ley relativos a los niños, niñas y adolescentes.⁴⁶

El considerando 12° del mismo informe expresa –en lo que nos interesa para los efectos del presente trabajo– que: “[...] la figura del ‘maltrato’ en la propuesta normativa como en la regulación vigente, se construye sobre la base de aquellas acciones que no alcanzan a constituir lesiones desde la perspectiva física, siendo por lo tanto definibles por oposición a éstas, como toda acción corporal que sin provocar una alternación en el equilibrio y en el normal funcionamiento de los órganos y partes del cuerpo de la víctima, puedan calificarse de ‘maltrato’. En este esquema, lo que la reforma propone, es penalizar las acciones físicas que, sin ser constitutivas de lesiones ni de maltrato habitual, afecten la integridad psíquica de una víctima que se encuentra dentro del círculo de protección intensificada que regula el artículo 5° de la Ley N° 20.066 y que, actualmente constituyen ilícitos civiles”.

En otro aspecto el considerando 13° da una opinión del Pleno del Máximo Tribunal en los siguientes términos: “Que, asimismo la propuesta presenta complejidades técnicas que requerirán de otras modificaciones y adecuaciones sobre las cuales el proyecto no se pronuncia. A modo

criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista”.

⁴⁶ Lo anterior se fundamenta en que en virtud del Oficio N° 101/ENA/2016 se remitieron a la Corte Suprema los boletines N° 9.279-07, 9.435-18, 9.849-07, 9.877-07, 9.904.07 y 9.908,07, todos referidos al proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Decreto Ley N° 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas y la Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, destinada a aumentar la penalidad y demás sanciones aplicables para delitos en contra de menores y de otras personas vulnerables.

meramente enunciativo, es posible mencionar, por ejemplo, las dificultades que se pueden prever en relación con el estándar probatorio propio de la sede penal [...] por otra parte, si todo llega a la justicia penal, la ausencia de un sistema adecuado de gestión de parte de todos los operadores institucionales y de mecanismos de seguimiento de las víctimas para mantener su decisión de perseverar, puede llevar a un sistema deficiente de protección y acceso a la justicia, que deslegitime la acción del órgano jurisdiccional. Si bien no hay estudios concretos sobre la retractación de la víctima, este es un problema que preocupa a los operadores jurídicos respecto de la persecución del maltrato habitual, y no es difícil suponer que en actos ocasionales o únicos, que no sean de mayor entidad, el nivel de retractación pueda ser aún más alto.⁴⁷ En consecuencia, sobre el punto en análisis, mientras no se adopten las estrategias y mecanismos necesarios para abordar eficientemente el tema, esta Corte se inclina por no introducir la reforma propuesta.

Finalmente, el ministro KÜNSEMÜLLER rechaza la incorporación del tipo penal propuesto por estimarlo innecesario, ya que en su opinión la legislación vigente es suficiente y se infringiría con ello el principio de subsidiariedad del Derecho Penal.⁴⁸

⁴⁷ Sobre el estándar probatorio que es propio de la sede penal, el artículo 340 del Código Procesal Penal establece en lo concerniente a la convicción del tribunal que: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el mérito de su propia declaración”. Del precepto anteriormente transcrito se puede apreciar que en el actual sistema procesal penal impera la libertad de prueba, la cual se encuentra consagrada en el artículo 297 del Código Procesal Penal. En oposición a lo anteriormente dicho, el artículo 456 *bis* del Código de Procedimiento Penal señala que: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. De la mencionada disposición se desprende que los medios de prueba se encuentran consagrados en la ley, precisamente en el artículo 457 del mismo cuerpo legal. En lo que nos interesa para los fines de la presente investigación, el inciso primero del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal previene que: “A nadie se considerará culpable de delito, ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley [...]”.

⁴⁸ El Profesor Enrique CURY URZÚA sostiene que el Derecho Penal es secundario o subsidiario “[...] porque la pena sólo debe ser empleada cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solucionarlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico. La pena es, pues, un recurso de ultima *ratio*. Lo mismo debe decirse de las medidas de seguridad y corrección. Este carácter secundario o subsidiario del derecho penal es una consecuencia de las tendencias político-criminales del presente, inspiradas en el principio de humanidad”. CURY URZÚA (2011), pp. 86-87.

CONCLUSIONES

Las implicancias y las repercusiones sociales y culturales del maltrato son una preocupación de los Estados a nivel tanto internacional como nacional. Los instrumentos internacionales que obligan a Chile son mandatos de protección justamente suscritos en auxilio de los derechos fundamentales. Derechos que deben ser protegidos con especial ímpetu por el Estado de Chile, en consideración a los imperativos constitucionales que así se lo exigen (art. 1º; art. 5º, inc. 2º; art. 6º; art. 7º y art. 19). Prudentes son las palabras de la Corte Suprema al analizar el proyecto de ley, pero nosotros no adherimos en todo a ellas, ya que pensamos que el maltrato, como fenómeno político-criminal, requiere, por su magnitud y sus características propias, una tratativa jurídica especial. Cabe recordar, y citar como ejemplo, el caso del femicidio, en el Código Penal de Chile, que sí se encontraba incorporado al tipo penal del parricidio, pero en consideración a sus características político-criminales, y a las implicancias y a las repercusiones sociales del fenómeno criminal en contra de las mujeres, se optó por enviarle un mensaje a la sociedad toda, estableciendo un tipo penal especial en protección de aquellas personas que se encuentran en circunstancias acentuadas de indefensión.⁴⁹ A nuestro parecer, el caso del maltrato es análogo.

En concepto de los autores de esta investigación, las medidas que serían adecuadas para una óptima aplicación de esta ley por parte de los Tribunales de Justicia consistirían en una capacitación permanente de los distintos actores involucrados en la persecución penal en materias de infancia, adolescencia y discapacidad con el objeto de que comprendan a cabalidad este fenómeno. Dicha capacitación debiera ser impartida por los abogados, tanto del Servicio Nacional de Menores, como del Servicio Nacional de la Discapacidad, a los Ministros, fiscales judiciales, relatores y secretarios de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones como también a los jueces de los Juzgados de Garantía y de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, a los fiscales del Ministerio Público, a los abogados de la Defensoría Penal Pública y a los integrantes de Carabineros de Chile como de la Policía de Investigaciones de Chile, sin excluir a los funcionarios del Servicio Médico Legal y de los hospitales y de los

⁴⁹ El artículo 390 del Código Penal chileno señala que: “El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”. Aquí se hace notar, que el legislador introdujo un tipo penal llamado femicidio, que claramente está incorporado en el primer inciso del artículo en comento, pero por razones de política criminal, se optó por crear un tipo nuevo, para acentuar la tutela de los derechos que les asisten a las mujeres.

Servicios de Atención Primaria de Urgencia dependientes de los distintos Servicios de Salud y a las comunidades académicas de las facultades de Derecho, de medicina y de psicología de las distintas universidades del país como a los abogados, médicos y psicólogos, para que éstos ante los casos que se les presenten en el contexto de su ejercicio profesional los puedan enfrentar adecuadamente, colaborando activamente con la justicia y protegiendo a las víctimas.

También sería conveniente introducirle modificaciones a la Ley N° 20.422 en su artículo 62, letra j) con la finalidad de imponerle al Servicio Nacional de la Discapacidad, a través de sus Abogados, la obligación de presentar querrelas criminales en casos de maltrato relevante a personas con discapacidad en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 111 del Código Procesal Penal, el que autoriza a cualquier persona capaz de comparecer en juicio a promover la correspondiente acción penal en aquellos delitos que deban perseguirse de oficio por el Ministerio Público, al afectar bienes jurídicos indisponibles, ya que a través del ejercicio del *ius puniendi*⁵⁰ se persigue inhibir a los sujetos de incurrir en aquellas conductas que atentan contra los valores sobre los cuales descansa una pacífica convivencia en sociedad, constituyendo la pena una amenaza.

Con todo, estamos convencidos de que el establecimiento de delitos y penas no es la solución a los problemas sociales, por lo que la prevención de las conductas, que el delito en cuestión sanciona, pueden disminuir sólo si se realiza un esfuerzo concertado entre la autoridad pública y los ciudadanos, con miras a educar a la comunidad toda en el respeto, cuidado, y promoción, de los derechos que asisten a aquellas víctimas silenciosas que hemos traído a la luz en este trabajo.

Los Estados que promuevan un Estado de Derecho Democrático deben tener mayor consideración sobre aquellos grupos minoritarios cuyos derechos y dignidad son más difíciles de proteger. Los niños, niñas y adolescentes y, especialmente los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, se encuentran considerablemente en circunstancias que son óptimas para la indefensión y la injusticia, por lo que es coherente con el espíritu del que hablamos, que se legisle a favor de aquellos cuya voz es débil, pero no por eso menos digna.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE LIZANA, E. (2008), *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile: Legal Publishing Chile.

⁵⁰ Sobre el particular, KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. (2012), “Importancia dogmática y político-criminal de los principios limitadores de *ius puniendi*”, en *Derecho Penal y Política Criminal*, Santiago de Chile: Thomson Reuter, Legal Publishing Chile, pp. 198 y ss.

- BELOFF, M. (2014), “Artículo 19. Derechos del niño”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Santiago de Chile: Editorial Konrad Adenauer Stiftung.
- BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A. y GÓMEZ-BENGOECHEA, B. (2006), “Los menores con discapacidad como víctimas de maltrato infantil: una revisión”, en *Psychosocial Intervention*. 15 (3). Instituto Universitario de la Familia, Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. (2009), *Derecho Penal. Parte Especial*, III, Obras Completas, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- (2007), *Derecho Penal. Parte General*, I, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- (2007), *Control Social y otros cambios*, II, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CEA EGAÑA, J. L. (2012), *Derecho Constitucional Chileno*, II, 2ª edición actualizada, Santiago de Chile: Ediciones UC.
- (2008), *Derecho Constitucional Chileno*, I, 2ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC.
- CLARO JULIÁN, L. (1993), *Síndrome del Niño Agredido o Maltratado*. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile: Universidad Gabriela Mistral.
- CURY URZÚA, E. (2011), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Santiago de Chile: Ediciones UC.
- ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, A. (1999), *Derecho Penal. Parte Especial*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- GELLES, R. J. (1982), “Child Abuse and Family Violence: Implications for Medical Professionals”, en NEWBERGER, E. H. (ed.), *Child Abuse Little*, Boston: Brown and Company.
- GOBIERNO DE CHILE, MINISTERIO DE SALUD, *Guía Clínica: Detección y primera respuesta a niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato por parte de familiares o cuidadores*.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M. (2011), *¿Menores o Niñas, Niños o Adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina*, Ciudad de México D. F.: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- GUEMUREMAN, S. y GUGLIOTTA, A. (1998), “Aportes para una reflexión acerca de violencia perpetrada sobre los niños, niñas y adolescentes”, en IZAGUIRRE, I. (cord.), *Violencia Social y Derechos Humanos*. Programa de Investigaciones sobre Conflicto Social del Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires: Editorial Eudeba, s/n.
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C. (2012), “Importancia dogmática y político-criminal de los principios limitadores de *ius puniendi*”, en *Derecho Penal y Política Criminal*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, Legal Publishing Chile, pp. 198 y ss.

- JONES, L.; BELLIS, M A.; WOOD, S.; HUGHES, K.; MCCOY, E.; ECKLEY, L.; BATES, G.; MIKTON, C.; SHAKESPEARE, T.; OFFICER, A. (2012), “Prevalence and risk of violence against children with disabilities: a systematic review and meta-analysis of observational studies”, en *The Lancet, Early Online Publication*, disponible en [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(12\)60692-8/abstract](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(12)60692-8/abstract)
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. SECRETARÍA GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES. DIRECCIÓN GENERAL DE ACCIÓN SOCIAL DEL MENOR Y DE LA FAMILIA (ESPAÑA) (2006), “Maltrato infantil: detección, notificación y registro de casos”. Disponible en <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/documentos/HojasDeteccion.pdf>
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS) – OFICINA REGIONAL PARA LAS AMÉRICAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2006), “Informe Mundial sobre Violencia y Salud”, en *Publicación Científica y Técnica*. 588. Washington D. C., pp. 61-89.
- PEÑA TORRES, M. (2014), *Prólogo a Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Santiago de Chile: Editorial Konrad Adenauer Stiftung.
- SAMPER POLO, F. (2009), *Derecho Romano*, Santiago de Chile: Ediciones UC.
- URIBE ARZATE, E. y GONZÁLEZ CHÁVEZ, M^a. de L. (2007), “La Protección Jurídica de las Personas Vulnerables”, en *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*, Barranquilla.
- VILLADA, J. L. (2014), *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- (2015), *Derecho Penal. Parte General*, Salta: Virtudes Editorial Universitaria.