



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

**FACULTAD DE DERECHO**

**LA PERICIA PSICOLÓGICA EN LA DETECCIÓN DEL MALTRATO INFANTIL  
EN EL CONTEXTO DE TRIBUNALES DE FAMILIA**

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA(S)

DERECHO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

AUTORA: IVONNE CASTRO CÁRDENAS

PROFESORES PATROCINANTES: CRISTIÁN LEPÍN MOLINA

MARIA ISABEL SALINAS CHAUD

Santiago de Chile, 2016

*El hombre, en el inicio, se encuentra en un estado de desamparo y de dependencia absoluta respecto de los demás; si llega a perder el amor de la persona de quien depende, al poco tiempo pierde su protección contra toda clase de peligros; y el principal peligro al que se expone es que esta persona todopoderosa le demuestre su superioridad en forma de castigo.*

SIGMUND FREUD, 1926

*Los esfuerzos y entrega puestos en este trabajo, están dedicados todos los niños, niñas y adolescentes. Y, en particular a mi amado hijo Gabriel.*

*Agradecimientos.*

*Ha sido esta investigación fruto de un gigantesco esfuerzo, el que sin la ayuda de las siguientes personas no habría sido posible llevar a cabo, pues constituyeron parte de un equipo, en el que cada integrante jugó un rol trascendental. Por ello, quiero agradecer muy cariñosamente:*

*A Cristián Lepín M., quien me motivó desde un comienzo a finalizar este proceso, depositando su confianza, su incondicional apoyo, e iluminando este arduo camino con su generoso conocimiento.*

*A María Isabel Salinas Ch., quien fue indispensable puente de conversación entre la Psicología y el Derecho, y quien con su infinita disposición y sabiduría, encausó lo aquí logrado.*

*A las profesionales de los programas DAM Puente Alto, DAM La Pintana, DAM La Cisterna, y DAM San Bernardo. Quienes colaboraron desinteresadamente con sus relatos y experiencia, a pesar de su alta carga laboral. Así mismo a las directoras de los centros, quienes me permitieron acceder a la muestra, y explorar en los procedimientos que ahí se llevan a cabo.*

*A la familia Peñailillo Gutiérrez por cuidar de quienes amo, en los momentos que dediqué todos mi tiempos y esfuerzos a esta investigación.*

*A mis padres por entregarme con su ejemplo de vida, la perseverancia que necesité en todo momento.*

*A mi compañero Víctor, por su infinita paciencia y por ser el pedestal que me sostiene en los momentos de flaqueza.*

*A mi hijo, por ser el motivo y la fuerza de todo lo aquí plasmado.*

## TABLA DE CONTENIDO

<b>Capítulo I. Una mirada Histórica</b> .....	8
1. Abordaje histórico del fenómeno de Maltrato infantil. ....	8
2. Historia de la Infancia en Chile. ....	18
<b>Capítulo II. Marco Conceptual</b> .....	27
1. Tratamiento y definición del Maltrato Infantil. ....	27
2. Descripción teórica de las tipologías de maltrato. ....	34
2.1 Maltrato físico. ....	34
2.2 Negligencia física/cognitiva. ....	37
2.3 Maltrato emocional. ....	40
2.4 Abuso sexual. ....	43
2.5 Otros tipos de maltrato. ....	48
2.5.1 Síndrome de Alienación Parental. ....	48
2.5.2 Síndrome de Munchausen. ....	52
<b>Capítulo III. Marco Legal</b> .....	55
1. Materias en que incide el maltrato infantil en Chile. ....	55
1.1 Ley de Violencia Intrafamiliar. ....	57

<b>1.1.1</b>	Concepto. ....	58
<b>1.1.2</b>	Marco regulatorio.....	61
<b>1.1.3</b>	Sujetos. ....	62
<b>1.1.4</b>	Procedimiento en Ley de Violencia Intrafamiliar. ....	63
<b>1.1.5</b>	Medidas Cautelares. ....	65
<b>1.1.6</b>	Constitutivo de delito. ....	70
<b>1.1.7</b>	Sanciones.....	72
<b>1.1.8</b>	Categorías de Violencia Intrafamiliar. ....	75
1.2	Medidas de Protección. ....	81
1.2.1	Concepto. ....	81
1.2.2	Marco regulatorio. ....	82
1.2.3	Características y Principios. ....	84
1.2.4	Procedimiento.....	86
1.3	Cuidado Personal. ....	89
1.3.1	Concepto. ....	91
1.3.2	Marco regulatorio. ....	92
1.3.3	Sujetos. ....	94
1.3.4	Determinación del Cuidado Personal. ....	98
1.3.5	Suspensión o restricción del deber-derecho. ....	101
1.4	Relación directa y regular. ....	108
1.4.1	Concepto. ....	108

1.4.2 Marco regulatorio. ....	111
1.4.3 Sujetos. ....	112
1.4.4 Determinación. ....	115
1.4.5 Suspensión o restricción del deber-derecho. ....	116
1.5 Adopción. ....	119
1.5.1 Concepto. ....	119
1.5.2 Marco regulatorio. ....	121
1.5.3 Sujetos. ....	125
1.5.4 Determinación. ....	126
1.5.5 Causales de declaración de susceptibilidad de adopción. ....	126
<b>Capítulo IV. La Pericia Psicológica en el Maltrato Infantil.....</b>	<b>133</b>
1. Concepto. ....	133
2. Regulación jurídica del peritaje. ....	135
2.1 Peritaje en los Juzgados de Familia. ....	137
2.1.1 Procedencia de la prueba pericial. ....	137
2.1.2 Admisibilidad de la prueba pericial.....	138
2.1.3 Comparecencia del perito.....	139
2.1.4 Contenido del informe.....	140
2.2 Reglas de la Sana Crítica.....	140
3. Procedimientos y pruebas utilizadas en la pericia psicológica....	143

<b>Capítulo V. Marco Metodológico.....</b>	<b>156</b>
1. Tipo de investigación y enfoque metodológico.....	156
2. Población y muestra.....	157
3. Técnicas de recolección de la información.....	158
4. Técnicas de análisis de la información.....	159
5. Procesamiento de la información.....	160
<b>Capítulo VI. Resultados .....</b>	<b>161</b>
1. Características de la muestra.....	161
2. Técnicas utilizadas.....	162
3. Instrumentos utilizados.....	164
4. Indicadores de maltrato.....	167
5. ¿Existe consenso entre los profesionales en la elección de la prueba a aplicar para detectar un maltrato infantil?.....	169
6. La pregunta Psicolegal.....	170
<b>Conclusiones.....</b>	<b>172</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>180</b>

## CAPITULO I

### UNA MIRADA HISTÓRICA

#### **1. Abordaje histórico del fenómeno de Maltrato Infantil**

El maltrato infantil como constructo teórico y social, es relativamente nuevo, a pesar de que éste como suceso tiene registro en la sociedad desde comienzos de la historia humana, sólo las últimas décadas hemos comenzado a nominar el maltrato y la violencia como un síntoma social que nos inquieta, como un emergente de nuestra cultura y de nuestra sociedad. Si bien hoy empieza a visibilizarse, hasta hace solo unos años atrás ha funcionado en silencio. Como señala Cohen, no se trata de que el maltrato no haya existido, sino de que ha sido mudo.<sup>1</sup> Ello ha acontecido así característicamente en el escenario de la violencia al interior del núcleo familiar, pero particularmente en cuanto a la violencia contra la infancia.

La literatura, nos aporta la descripción de múltiples eventos a través de la historia, los que hoy rotulamos como maltrato infantil, no obstante, en aquellas épocas, dichos eventos no eran concebidos como tal. De hecho “diversos historiadores coinciden en señalar que el maltrato infantil ha existido desde los orígenes de la historia humana. Y que durante siglos los niños fueron objeto de

---

<sup>1</sup> Cfr. COHEN I., SILVINA. 2010. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Buenos Aires, Paidós. 22p.

abuso y malos tratos de parte de sus padres sin que ningún derecho los amparara”.<sup>2</sup>

Para precisar, se dará comienzo a este recorrido histórico haciendo un análisis de la raíz etimológica de la palabra Infancia, la que proviene del latín *infantia* lo que significa “ausencia del habla”,<sup>3</sup> es decir, se trata de un concepto verbal, pero no de un término que haya personalizado a la infancia, o la haya descrito en un sentido mínimamente representativo. “De hecho en los estudios históricos sobre Roma antigua se observa que las consideraciones que hacen referencia a la niñez derivan sólo de la preocupación de los adultos por temas como la fecundidad, la patria potestad, normativas respecto a la educación y a la institucionalidad social. Como antecedente de esta época, Platón hace representaciones de los primeros años de vida, donde ve este período como “posibilidad” donde no interesa lo que es la niñez como etapa en sí misma, sino sólo la posibilidad de llegar a convertirse en adulto. Platón, describe a los menores de edad en términos de inferioridad frente al adulto ciudadano, y su consecuente imagen de lo no importante, lo accesorio, lo superfluo y lo prescindente”.<sup>4</sup> Probablemente esta representación de la infancia ya exhibe

---

<sup>2</sup> Ibídem. 56p.

<sup>3</sup> Etimología de la infancia [En línea] <<http://etimologias.dechile.net/?infancia>> [Consulta: 12 de febrero de 2016].

<sup>4</sup> ALVAREZ CH., JORGE. 2015. Infancia y primera infancia: construcción social en proceso. En: Del Buen Salvaje al Ciudadano [La idea de la infancia en la historia]. Santiago, Ediciones de la JUNJI. 22p.

un precedente para comprender, o atribuir coherencia, al desconsiderado lugar de la infancia a lo largo de la historia humana.

Si nos remontamos a la edad antigua, advertiremos -probablemente con horror- que el derecho romano atribuía al padre, la absoluta potestad de reconocer a sus hijos o no, con la plena facultad de abandonarlos, venderlos o incluso matarlos, si consideraba que ello era necesario. A posterior aquellos niños no reconocidos podían ser recogidos por un tercero para convertirlos en sus esclavos, o sencillamente podían morir abandonados.<sup>5</sup> Todas estas acciones que deliberadamente asumía el padre hacia sus hijos, en nuestra sociedad actual constituirían un delito.

Tanto en la mitología, griega como romana, sus narraciones exhiben de manera significativa la práctica de infanticidio, y otras formas de malos tratos a la infancia como acciones relativamente usuales. A modo de ejemplo, “en un momento de locura, Licurgo corta con su hacha a su hijo creyendo que era una cepa de vid; Hércules, loco de amor por ellos, mata a sus hijos; Ifigenia es ofrendada en un sacrificio a los dioses por su padre Agamenón, para obtener

---

<sup>5</sup> MARTÍN H., JAVIER. 2010. La Intervención en el Maltrato Infantil. Madrid, Ediciones Pirámide. 28p.

vientos favorables; y Tántalo corta a su hijo Pélope en trozos en banquete que ofrece a los dioses”.<sup>6</sup>

Así mismo, se advierte en la historia de la antigua Grecia, la práctica de la pederastia como una costumbre habitual y venerada, en tanto constituía parte de la tradición. Y al igual que en el mundo Romano, “ni la ley ni la opinión pública recriminaban el infanticidio, el abandono o el sacrificio de los niños a los dioses, siendo práctica habitual el abandono y la venta de niños. En Esparta es conocida la costumbre de arrojar por un precipicio a los niños que presentaran alguna tara. Asimismo, en algunas culturas de países nórdicos, se arrojaba a los recién nacidos al agua helada, como método de selección de los más aptos, salvando a los que protestaban llorando”.<sup>7</sup>

La historia de la humanidad también nos da cuenta de varios eventos de matanzas infantiles a mandato de los reyes, quienes se encontraban en un constante estado de paranoia ante la posibilidad de perder de su reino. Y al parecer, esta amenaza siempre estaba personificada por algún niño desconocido. Debido a ello y con la excusa prevenir la pérdida del trono, el Rey daba orden de eliminarlos a todos. Ejemplo de esto es la matanza de 70.000 niños en Babilonia perpetrada por el rey Nimrod. Situación similar es la relatada

---

<sup>6</sup> COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 57p.

<sup>7</sup> MARTÍN H., JAVIER. La Intervención en el Maltrato Infantil. Ob. cit. 29p.

en el nuevo testamento, en la que el Rey Herodes, ordena el exterminio de todos los niños menores de dos años nacidos en Belén.<sup>8</sup>

En general, “el infanticidio era una práctica común, y hasta rutinaria en Egipto, Israel, Grecia, Roma y Arabia. En Roma fue prohibido recién en el año 374 D.C., pero la razón de ponerle fin a esta práctica, no tenía que ver con una mirada defensora de la vida de los niños, sino que sólo respondía al objetivo de aumentar la población”.<sup>9</sup>

Hacia la Edad Media, lamentablemente el panorama no es más alentador, la situación de violencia contra los niños no varió, perdura la práctica del abandono infantil, sobre todo en aquellos niños considerados como “llorones”, debido a las sospechas de que pudieran haber estado poseídos por algún tipo de demonio. También eran abandonados aquellos con alguna mala formación, quienes eran concebidos como un castigo producto del proceder pecaminoso de sus padres. Así mismo, se practicaba el infanticidio en los casos de madres solteras, o de aquellos hijos nacidos fuera del matrimonio. El método mayoritariamente empleado para estos fines, era la asfixia. En esta época, “la pobreza de las ciudades de Europa convertía a los niños en un gasto oneroso para los padres, por lo que también allí eran abandonados o mutilados. La

---

<sup>8</sup> Cfr. CHUCK S., JORGE. 2015. Bioética en Pediatría, México D.F., Editorial El Manual Moderno S.A. de C.V. 66p.

<sup>9</sup> COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 57p.

práctica de la mutilación (que por lo común consistía en la amputación de una pierna o un brazo) se realizaba para que el niño mutilado obtuviera mayores limosnas de los más pudientes. Así mismo, en Escocia, la práctica de enterrar vivo a un bebé junto con la siembra de granos, era un ritual que se hacía para tener una buena cosecha”.<sup>10</sup>

En el caso de los niños más grandes, a partir de los 7 años éstos eran considerados como autovalentes, por cuanto se presumía que estaban en condiciones de trabajar, siendo explotados en actividades como la agricultura, e incluso en las minas subterráneas. Los brutales castigos físicos, y la venta de niños para mano de obra eran prácticas habituales, y socialmente aceptadas.<sup>11</sup>

Ya en la edad moderna y a raíz de los profundos cambios sociales y económicos que se produjeron hacia fines del siglo XVI en los medios más acomodados de las nacientes ciudades de Europa occidental, aparecieron los primeros indicios de una nueva concepción de la infancia. Surgió como valor la voluntad de preservar la vida del niño, voluntad que fue creciendo durante el siglo XVII. Para los padres se vuelve importante preservar la salud de sus hijos y librarlos de la muerte.<sup>12</sup> No obstante, se trata de cambios aún muy sutiles, y que por supuesto no se suscitan de manera simultánea en las distintas

---

<sup>10</sup> *Ibíd.* 58p.

<sup>11</sup> Cfr. MARTÍN H., JAVIER. *La Intervención en el Maltrato Infantil*. Ob. cit. 29p.

<sup>12</sup> Cfr. COHEN I., SILVINA. *Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación*. Ob. cit. 40p.

culturas, ni en las distintas clases sociales. De hecho, aún en el siglo XVIII, las condiciones de vida no favorecían la crianza de los niños. Durante la primera Revolución Industrial los niños de las clases más bajas eran obligados a trabajar en tareas pesadas. Frecuentemente eran golpeados, y no se les daba de comer o se los sumergía en barriles con agua fría como castigo por no trabajar con más rapidez y afán”.<sup>13</sup>

A pesar de que estos cambios en la concepción de la infancia no se dan de manera lineal ni paralela en todas las culturas, se observa que a partir de esta época comienzan a surgir cambios en la cosmovisión del espacio que ocupa la infancia no sólo en la sociedad, sino que también en la familia. A razón de ello comienza a surgir literatura destinada a los padres y su nueva percepción del hijo. Un ejemplo es el libro de John Locke, «Algunos pensamientos sobre la educación», “que durante el siglo XVIII se convertiría en un clásico de la pedagogía europea, que postulaba la importancia de los cuidados de los padres para conservar y aumentar la salud de sus hijos, o cuando menos, para hacer que tenga una constitución que no sea propensa a enfermedades”,<sup>14</sup> ello como uno de los elementos fundamentales para una buena educación.

---

<sup>13</sup> KAUFMAN Y ZIGLER, citado por COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 58p.

<sup>14</sup> LOCKE, citado por COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 40p.

“En la etapa final del siglo XVIII y en adelante, hay cambios sociales y demográficos sustantivos. Se pasa de una alta fertilidad y alta mortalidad infantil a una gradual pero sostenida disminución de estos índices, que se explica por avances de la medicina, el mejoramiento de la higiene, el desarrollo de las ciudades o el crecimiento del Estado, también, se inicia un reordenamiento en las relaciones del grupo familiar, lo que implica el tránsito hacia la hegemonía que tendrá la familia de tipo nuclear. Es en este contexto donde comienza el desarrollo de un sentimiento nuevo respecto de la infancia. El niño y la niña comienzan a ser visualizados con más posibilidades de sobrevivencia y sin temor a las fatalidades de épocas anteriores; así comienza la construcción social del sentimiento de apego de los padres hacia los hijos”.<sup>15</sup>

Barudy por su parte, relata que “los primeros signos de un cambio cultural frente a la infancia maltratada fueron, por una parte, la fundación de los «Movimientos para el bienestar del niño», creados a partir de 1820 en los países anglosajones; y por otra parte, la fundación en 1825 de la primera casa de acogida para «niños delincuentes», creada por la Asociación Neoyorkina para la reeducación de delincuentes juveniles para proteger a los niños del

---

<sup>15</sup> ALVAREZ CH., JORGE. Del Buen Salvaje al Ciudadano [La idea de la infancia en la historia]. Ob. cit. 25p.

contacto con delincuentes adultos en la cárceles. Más tarde se crearon otros centros de acogida para niños abandonados o maltratados”.<sup>16</sup>

En tanto, el ámbito de la medicina, hacia el año 1868 el profesor de medicina legal, Aumbroise Tardieu comienza a esbozar la temática del maltrato infantil, mediante la publicación de su trabajo *Étude médico-légale sur les attentats aux mœurs* («Estudio médico legal sobre los atentados contra las costumbres»), el que describía los malos tratos físicos, las muertes por asfixia, y en especial los abusos sexuales perpetrados hacia los niños en aquella época, incluyendo las prácticas incestuosas. No obstante sus publicaciones fueron fuertemente criticadas e ignoradas, no teniendo mayor impacto social.

100 años más tarde, sería el Dr. Henry Kempe quien (en 1962) con su publicación “Síndrome del niño golpeado”, instala una completa descripción del maltrato infantil, como síndrome, o terminología de una patología médica. Suceso que habría sido perpetrado por los adultos que se encontraban a cargo de los niños, generalmente sus padres. Sus publicaciones abren al mundo médico y profesional la posibilidad de visualizar el fenómeno del maltrato infantil, que hasta ese momento no se alzaba como un problema. Posteriormente Fontana enriquecería las descripciones del Dr. Kempe, señalando que el daño también puede constituirse emocionalmente, o por

---

<sup>16</sup> BARUDY L. JORGE. 1998. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Barcelona, Ediciones Paidós. 31p.

negligencia de los cuidadores al no satisfacer las necesidades básicas de los niños, de esta forma amplía el concepto de “golpeado” a “maltratado”, abarcando con ello el maltrato psíquico.

Ya “en 1947 la Organización de las Naciones Unidas crea la UNICEF (Fondo Internacional de las naciones para la Infancia); en 1959 se celebró la Asamblea General de las Naciones Unidas en la cual se aprobó la “Declaración Universal de los Derechos del Niño” y en 1984 se originó en la 36° Asamblea Medica Mundial de Singapur la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre Maltrato y Abandono del Niño”.<sup>17</sup>

Dichos acuerdos son, desde este punto de vista, el acto más importante en materia de infancia durante el último siglo. Esta percepción se fundamenta en el radical cambio que se establece socialmente en torno a la imagen de la infancia, consiguiendo ocupar un lugar central en la preocupación jurídica, familiar, y estatal de toda una sociedad. “En efecto, la convención define al niño(a) como un sujeto al que le corresponden derechos inapelables, que deben ser resguardados por la familia, el Estado, y la comunidad”.<sup>18</sup>

En este escenario la infancia se despoja de las concepciones platónicas que la determinaban en una imagen susceptible de ser validada sólo en función de un

---

<sup>17</sup> CHUCK S., JORGE. Bioética en Pediatría. Ob. cit. 66p.

<sup>18</sup> ALVAREZ CH., JORGE. Del Buen Salvaje al Ciudadano [La idea de la infancia en la historia]. Ob. cit. 32p.

futuro adulto, para convertirse en un sujeto de derechos. “Así, se estructura un concepto de persona, a la que no sólo se le reconocen sus derechos fundamentales, sino también su capacidad para participar en la vida social, a través del ejercicio de las libertades básicas”.<sup>19</sup>

## **2. Historia de la infancia en Chile**

En Chile, “La escasez de relatos sobre niños en la época colonial ha dado pie a un conjunto de interpretaciones que acentúan la idea de que estos eran realmente poco considerados; se les trataba como seres inferiores y no contaban en muchas materias [...] En esos años no existen expertos en niños, ni menos publicaciones y congresos dedicados a ellos”.<sup>20</sup>

De acuerdo a la información recopilada por el historiador Chileno Jorge Rojas Flores; recién hacia fines del siglo XIX se produce en nuestro país una apertura hacia la imagen de la infancia, en palabras de Rojas Flores, un “descubrimiento de la infancia”, marcada por la Europeización de las clases dirigentes en nuestro país. Comienzan a aparecer las primeras tendencias del mercado infantil en juguetería, libros y moda, lo que aún sería muy limitado y selecto sólo para la elite social. Sin embargo, este fenómeno convivía aún, - mayoritariamente- con una alta tasa de mortalidad infantil, a pesar de los

---

<sup>19</sup> *Ibíd.* 32p.

<sup>20</sup> ROJAS F., JORGE. La construcción de la niñez en Chile. *En*: ALVAREZ CH., JORGE. Del Buen Salvaje al Ciudadano [La idea de la infancia en la historia]. Ob. cit. 45p.

múltiples esfuerzos de la ciencia médica por disminuir las mortales cifras, “el resultado fue bastante decepcionante; incluso parecía que la situación empeoraba, como efecto de la pauperización de la población. Las fotos de los niños muertos o las descripciones del «velorio del angelito» se confrontaban brutalmente con el mundo moderno y pujante, de éxitos económicos, que la celebración del centenario se encargó de exaltar”.<sup>21</sup>

Así, la imagen del niño pasó a encarnar los vergonzosos contrastes entre ricos y pobres en Chile, y en ese contexto, comienza a tomar fuerza la exaltada idea de que todo niño “debe” ser feliz con independencia del estrato social al que pertenezca. Idea que pasó a ser vehiculizada a través del juguete como objeto representativo de la felicidad infantil, y que finalmente se transformó en la filantrópica práctica de regalar juguetes a los niños pobres.<sup>22</sup>

A pesar de la popular creencia de que la educación era la oportunidad para salir de la pobreza y la ignorancia, la verdad es que en el escenario educacional las diferencias sociales eran igual y macabramente reproducidas. “En un extremo, había colegios particulares y establecimientos fiscales dedicados a acoger y formar a los hijos de la élite dirigente; en el otro, escuelas

---

<sup>21</sup> Ibídem. 49p.

<sup>22</sup> Cfr. Ibídem. 51p.

en condición miserable, con alumnos descalzos que apenas podían retener a los niños un par de años”.<sup>23</sup>

Hacia el siglo XX la historia de Chile, nos da cuenta de que el Estado comienza a hacerse cargo del bienestar y protección del niño perteneciente a toda la clase social. Se producen importantes transformaciones, las que influenciadas por los emergentes modelos culturales extranjeros, especialmente aquellos provenientes de Europa, daban un nuevo aire a la imagen de la infancia.

El niño comienza a aparecer en el escenario político y legal, trayendo consigo importantes cambios legislativos. “El estado fue cada vez más protagónico como agente en muchas áreas, entre ellas las políticas de protección a las clases populares. La ley de menores de 1928 fue el punto de partida para esa institucionalidad tutelar, que daba al Estado amplias atribuciones para intervenir, cuando los padres de los niños pobres eran culpados de no asumir sus responsabilidades”.<sup>24</sup>

Posteriormente, en 1952, se publica la Ley 10.383 de Servicio de Seguro Social y sus beneficios, la que en su párrafo V, artículos 31 y 32, contempla un apartado de prestaciones por maternidad en el que se indica el derecho de las trabajadoras cotizantes, a percibir un subsidio, durante 6 semanas previas al parto, y seis semanas posteriores a éste, es decir, subsidio pre y post natal,

---

<sup>23</sup> *Ibidem.* 51p.

<sup>24</sup> *Ibidem.* 54p.

además de alimento suplementario a partir de la séptima semana después del parto.<sup>25</sup>

A partir de los años 60, ya se perciben cambios en la estructura familiar, el niño aparece como un integrante importante y digno de ser mirado y cuidado. Comienzan a divulgarse textos acerca de los cuidados del lactante, y de manera incipiente la literatura dirigida al público infantil comienza a tomar terreno. Las tensiones políticas que caracterizaron la década de los 50 y 60, ponían en la palestra nacional las políticas de infancia. “Lentamente comenzaba a hablarse de los «derechos de los niños» y, aunque con iniciativas aisladas, imágenes de la dura niñez eran reproducidas por la opinión pública y campañas políticas que a partir de los 50 enfatizaron medidas en torno a la ampliación de la escolaridad, al control de la mortalidad o a la disminución de la desnutrición infantil”.<sup>26</sup>

En relación a la escolaridad, en 1965, bajo el gobierno de Frei Montalva se promulga la reforma educacional que amplía la cobertura escolar a todos los niños del país, estableciendo así la enseñanza básica como obligatoria para todos.

---

<sup>25</sup> Cfr. CHILE. Ministerio de salubridad; previsión y asistencia social. 1952. Ley 10.383: Modifica la Ley N° 4.054, relacionada con el seguro obligatorio.

<sup>26</sup> FERRER, ROSARIO. 2015. Los niños del 70. (El día en que nació la JUNJI). Santiago, Ediciones de la JUNJI. 16p.

También en esta retórica, en el año 1969 se realiza en Santiago de Chile, la reunión anual del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef), la que congrega a 200 delegados de 40 países en que se discute sobre la situación de la infancia en el continente. “«Los niños nacen todos iguales pero no son iguales. El amor los concibe y el subdesarrollo los separa», se escribió entonces en la revista *Ercilla*, en un extenso reportaje titulado «los hijos del subdesarrollo», dedicado a la reunión internacional realizada en Chile”.<sup>27</sup>

No obstante, empero los cambios económicos, sociales, culturales y el esfuerzo de los gobiernos por poner a la infancia en un lugar más visible y digno, aún era posible observar situaciones abusivas y de desprotección. Aún habían niños que no asistían a la escuela pues debían trabajar extensas jornadas de hasta 12 horas, prestando servicios a las últimas oficinas salitreras que ocupaban mano de obra infantil, debido al bajo costo y su cualidad de obediencia. Así mismo, había alrededor de 600 niños presos en recintos de detención de adultos (de manera provisoria), pues no existían suficientes casas de menores. Hacia fines de los 70, la desnutrición infantil continuaba existiendo, y las cifras hablaban de unos 25 mil niños que morían antes del año de vida, producto de la falta de higiene y enfermedades infecciosas.

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* 18p.

Con la llegada de la Unidad Popular al poder, se levanta un discurso en que la infancia es el argumento y figura simbólica de un Chile que se hace cargo de sus niños. Los slogan de su campaña, eran mayoritariamente dirigidos a erradicar la desnutrición y la mortalidad infantil, con políticas de Estado tales como, «el medio litro de leche», que exigía la entrega gratuita de medio litro de leche a cada niño de la familia; así mismo se priorizó la construcción de consultorios médicos en diferentes barrios del país, y en sectores periféricos, donde la población sobrevivía en condiciones nefastas.<sup>28</sup>

Posteriormente, tras el golpe militar en Chile, el período de dictadura también estuvo marcado por un discurso y políticas orientadas a disminuir las tasas de desnutrición, lo que permitió al gobierno intentar proyectar una imagen de asistencia y protección hacia los niños de estratos sociales más bajos. No obstante, las instituciones de Derechos Humanos también dejaron entrever los efectos que tuvieron el exilio, la tortura y la cárcel para los niños chilenos.

Tras el fin de la dictadura, el 14 de Agosto de 1990, un año después de su aprobación, Chile ratifica el Convenio Internacional sobre los Derechos del Niño, dando con ello un eje orientador en virtud de los principios establecidos por la convención. En este sentido la legislación se alineó hacia crear y ajustar la institucionalidad a esta nueva mirada de la infancia. Cuales eran el principio

---

<sup>28</sup> Cfr. ibídem.

de no discriminación, participación del niño en toda medida que le afecte, supervivencia desarrollo y protección del niño, y finalmente el principio del interés superior del niño. “A diferencia de otras épocas, el concepto de derechos del niño penetró por diversas vías en la población y se instaló en la vida cotidiana”.<sup>29</sup>

A partir de lo anterior, la legislación nacional trajo consigo sustantivos cambios reflejados en la promulgación y reforma de leyes en materia de infancia. “Entre dichas reformas destacan la Ley 19.585, que modificó el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, eliminando la discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos; la Ley 19.620 (modificada por Ley 20.203), sobre nuevas normas de adopción de menores; la Ley 19.968 (modificada por Ley 20.286) que crea los tribunales de familia; la Ley 20.066, sobre violencia intrafamiliar; la Ley 20.084, (modificada por Ley 20.191) que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente; la reforma constitucional que amplió la gratuidad del derecho a la educación a la enseñanza media, la creación de la jornada escolar completa y la dictación de la Ley 20.370 (Ley General de Educación), que refuerza los principios de gratuidad y calidad de la educación; la Ley 20.379, que crea el Sistema de Protección Integral a la Infancia Chile Crece Contigo, el que busca acompañar, proteger y apoyar integralmente a

---

<sup>29</sup> ROJAS F., JORGE. La construcción de la niñez en Chile. En: ALVAREZ CH., JORGE. Del Buen Salvaje al Ciudadano [La idea de la infancia en la historia]. Ob. cit. 58p.

todos los niños y niñas (desde su gestación a los 4 años de edad) y sus familias; la Ley 20.519, que modifica disposiciones de la Ley 18.314 (sobre conductas tipificadas como terroristas), excluyendo de su aplicación a conductas ejecutadas por menores de edad y; la Ley 20.545, que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el Permiso Postnatal Parental, permitiendo una extensión íntegra del descanso por maternidad a 24 semanas”.<sup>30</sup> Se agrega a ello la ley 20.680, conocida públicamente como ley “Amor de papá”, publicada el 21 de Junio de 2013, que introduce modificaciones al Código Civil y otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados.<sup>31</sup>

Como podemos observar, ha habido una evolución respecto de la consideración y el trato a la infancia, tanto a nivel mundial como en el escenario nacional. No obstante las cifras aportadas por UNICEF, aun nos muestran que los malos tratos a la infancia constituyen un problema a nivel mundial. En Chile el 73,6% de los niños y niñas sufre violencia física o psicológica de parte de sus padres o parientes. El 53,9% de los niños y niñas, recibe castigos físicos.

---

<sup>30</sup> OLSEN, TOM. 2012. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y el mundo académico) [En línea] Edición UNICEF <[http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf) > [Consulta: 19 de Noviembre de 2015].

<sup>31</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. Ley 20.680: Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, 21 de junio de 2013.

Un 25,4% es víctima de violencia grave, y un 28,5% de violencia física leve. Un 19,7% de los niños y niñas sufre de violencia psicológica.<sup>32</sup>

Estas aún lamentables cifras, nos advierten sobre la importancia de seguir investigando sobre el maltrato infantil; de nominarlo, describirlo, identificarlo, y finalmente trabajar en erradicarlo. “La aceptación de la existencia de niños maltratados y abusados por los adultos, ha sido el resultado de un largo proceso de cuestionamiento de las representaciones que impedían la emergencia de este fenómeno a la conciencia social. El proceso de reconocimiento de esta realidad ha sido el resultado de una co-construcción mental, en el interior de un campo social, y durante un período histórico [...] El maltrato «sólo existe» desde que los observadores distinguieron, en el marco de sus interacciones, un fenómeno que les preocupó, lo nombraron y lo definieron verbalmente. Para que el maltrato existiera, fue necesario que ese «descubrimiento» se transformara en un fenómeno social, es decir, que fuera reconocido en el interior de un contexto de interacción social cada vez más amplio, como es toda la comunidad”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> UNICEF. Maltrato infantil en Chile [En línea]  
< [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf) >  
[Consulta: 19 de noviembre de 2015].

<sup>33</sup> BARUDY L., JORGE. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Ob. cit. 32p.

## **CAPITULO II**

### **MARCO CONCEPTUAL**

#### **1. Tratamiento y definición de maltrato infantil**

Las definiciones de lo que es el maltrato infantil se han ido completando y complementando en virtud de cada nuevo hallazgo al respecto, incorporando tipos de maltrato no incluidos en las primeras definiciones del fenómeno. Actualmente el término incluye el maltrato físico, emocional, y sexual hasta todas aquellas situaciones que, por negligencia de parte del adulto a cargo ocasionan daño, dentro de las cuales el abandono infantil es la forma más extrema.<sup>34</sup>

Para acercarnos a lo que se ha estudiado al respecto, se estima pertinente revisar algunas definiciones.

“UNICEF define como víctimas de maltrato y abandono a aquellos niños, niñas y adolescentes de hasta 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

---

<sup>34</sup> Cfr. COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 55p.

transgresión de los derechos individuales y colectivos e incluye el abandono completo o parcial”.<sup>35</sup>

Para la Organización Mundial de la Salud “El maltrato infantil se define como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil”.<sup>36</sup>

Gracia Fuster y Musitu Ochoa, definen el maltrato infantil como “cualquier daño físico o psicológico no accidental contra un menor de dieciséis o dieciocho años –según el régimen de cada país- ocasionado por sus padres o cuidadores, que ocurre como resultado de acciones físicas, sexuales o emocionales de omisión o comisión y que amenazan el desarrollo normal, tanto físico como psicológico, del niño”.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> UNICEF. 2015. 4º Estudio de Maltrato infantil en Chile (Análisis comparativo 1994-2000-2006-2012). Santiago, UNICEF. 8p.

<sup>36</sup> OMS. 2014. Maltrato Infantil, Nota descriptiva N° 150 [En línea]  
<<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/>> [Consulta: 19 de Noviembre de 2015]

<sup>37</sup> GRACIA F., ENRIQUE y MUSITU O., GONZALO citado por COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 55p.

A la fecha, no existe una definición mundial, ni plenamente consensuada, acerca de lo que es el maltrato infantil. Sólo hay acuerdos parciales respecto de que estaría constituido por acciones y/u omisiones, que interfieran en el bienestar físico, psicológico y social del niño. Al respecto Barudy sostiene que “no existe una única definición del maltrato infantil porque, en primer lugar, este problema ha sido abordado desde diferentes ámbitos profesionales –medicina, psicología, trabajo social y derecho- que, en tanto poseen diversas perspectivas, han caracterizado de distinta forma qué es maltrato y qué no. En segundo lugar, el modo en que una cultura conceptualiza la infancia determina, en cierto sentido, las prácticas de crianza, los estilos de relación que los adultos establecen con los niños, los ambientes que se diseñan para ellos, los desarrollos que consideran necesarios las expectativas que se tienen sobre ellos. Lo que un grupo cultural percibe en algún momento como maltrato para otros puede conformar actos rituales incuestionables e, incluso, necesarios.”<sup>38</sup>

Si bien aún no es posible alcanzar un consenso generalizado entre los profesionales relacionados con la infancia (López y Cols., 1995), es la definición más comúnmente aceptada la que afirma que maltrato es «aquella situación que provoca un perjuicio para la salud física o psíquica del menor, o

---

<sup>38</sup> BARUDY L. JORGE. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Ob. cit. 54p.

le coloca en grave riesgo de padecerlo»<sup>39</sup>. ¿Pero, quien o como se define lo que es perjudicial para un niño?, ¿es un consenso mundial lo que es perjudicial o riesgoso para un niño?

No existe precisión acerca de los factores de riesgo que inciden en las conductas maltratantes, ni siquiera hay un acuerdo generalizado acerca de las consecuencias del maltrato. “La ausencia de una o unas definiciones que hayan alcanzado una aceptación general, hace que la mayoría de los investigadores desarrollen su propia definición particular para sus investigaciones, lo que provoca una imposibilidad evidente de comparar sus resultados. La falta de fiabilidad viene provocada por la habitual amplitud, vaguedad e imprecisión de la mayoría de las definiciones existentes de maltrato infantil. La falta de delimitación taxonómica se relaciona con la imposibilidad conceptual de especificar la entidad o entidades conductuales concretas que se denominan “maltrato” o “abandono”. No hay una verdadera uniformidad en lo que se entiende por maltrato, ni en los diferentes indicadores individuales, familiares o sociales que se presentan en cada tipología de maltrato”.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> MARTÍN H., JAVIER. La Intervención en el Maltrato Infantil. Ob. cit. 29p.

<sup>40</sup> ARRUBARRENA, MARÍA IGNACIA y DE PAÚL, JOAQUÍN. 2011. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Ediciones Pirámide. 22p.

En este sentido, precisar una situación como un maltrato requerirá de la comprensión acabada de lo que es el bienestar para el menor, aspecto del cual tampoco existe un consenso generalizado. La representación del estado de bienestar del niño, además, podría estar teñida de concepciones subjetivas, culturales, sociales, históricas. Convirtiendo la definición del concepto en un hecho relativo al momento histórico, el lugar, y la persona quien lo define. “No está establecido un estándar normalizado y acordado acerca del cuidado de los niños, excepto en algunos aspectos muy específicos: cuidados sanitarios, necesidades biológicas (alimentación, vivienda, vestido, higiene), y asistencia a la escuela. Pero incluso en estos aspectos pueden existir muchas dudas: ¿Qué es una vivienda digna?, ¿Cuál es la alimentación adecuada?, ¿Cuáles son los cuidados sanitarios mínimos? [...] Los otros tipos de necesidades, en cambio son más difíciles de valorar aún, y requieren una interpretación de la realidad del menor mediante un juicio de valor profesional.”<sup>41</sup>

Por otra parte, el momento evolutivo en que se encuentra el niño/a, también es una variable a considerar en la valoración de una conducta, para determinar si se trata de un acto de maltrato o no. Por ejemplo, encomendar independencia en tareas como vestirse, alimentarse, o asearse, podría constituir un acto de disciplina en un niño mayor de 6 años, no obstante, se podría evaluar como un acto de negligencia en un menor de 2 años.

---

<sup>41</sup> MARTÍN H., JAVIER. La Intervención en el Maltrato Infantil. Ob. cit. pp.26-27.

Incuestionablemente, la cultura en que nace y se desarrolla un niño, es una variable crucial a la hora de evaluar un comportamiento como maltrato o no. En el judaísmo, el *brit milah*, la práctica de circuncidar a los recién nacidos es un mandato divino. Así como la circuncisión en las niñas, que ha sido una práctica cuestionada en el mundo, no obstante, desde una mirada más sincrética o relativista, constituye un ritual de iniciación dado principalmente en las culturas islámicas, que da inclusión y aceptación a las niñas en su cultura. Barudy sostiene, que es importante considerar que no existe ninguna fórmula universal para determinar los cuidados óptimos que necesita un niño. Ello permitirá prevenir actitudes «entocentristas» en que se impongan modelos de crianza por considerarse mejor que otros. Sin embargo, tampoco se debe crear al respecto un relativismo cultural extremo, al límite de que ello interfiera en la protección de un niño vulnerado so pretexto del respeto a la cultura.<sup>42</sup> Desde este punto de vista, es un área de difícil delimitación, dadas las subjetividades comprometidas.

De acuerdo a lo planteado por algunos autores como Arruabarrena y de Paúl, además sería relevante tener en cuenta los factores de vulnerabilidad en el niño, en tanto una misma conducta puede no ser dañina en un niño, mientras que en otro con algún tipo de discapacidad física, mental, u otra podría ser

---

<sup>42</sup> Cfr. BARUDY L., JORGE. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Ob. cit. 96p.

considerado como una negligencia. Así mismo, si definimos el maltrato en tanto a las consecuencias, se debe evaluar la existencia de daño real o daño potencial. Ello apunta a si el daño está dado por una lesión física (lo que ocurriría en baja proporcionalidad), o bien no se observan lesiones de inmediato, lo que no implicaría que no existe la agresión. “Incluir el criterio de daño potencial implica establecer una predicción de que en el futuro los comportamientos parentales serán dañinos en un determinado nivel de severidad”.<sup>43</sup>

Este escenario de ambigüedad e incertidumbre respecto del fenómeno de maltrato infantil, inevitablemente genera repercusión en contextos judiciales y contenciosos, en donde es esencial tener claridad respecto de lo que se entenderá por maltrato. Ya que en virtud del principio del interés superior del niño/a y adolescente, las decisiones y/o acuerdos tomados en esta instancia, serán determinantes en el curso vital del niño y de su familia. “Establecer una definición de maltrato no es accesorio; por el contrario, es la base no sólo para comprenderlo, sino sobre todo para cambiarlo. [...] En la medida en que la clínica del maltrato busca corregir las situaciones individuales, familiares y sociales que lo producen, es fundamental que los profesionales se pongan de

---

<sup>43</sup> ARRUBARRENA, MARÍA y DE PAÚL, JOAQUÍN. Maltrato a los niños en la familia. Ob. cit. 26p.

acuerdo en cada red, sobre qué es lo que entienden por maltrato, así como por qué se produce”.<sup>44</sup>

## **2. Descripción teórica de las tipologías de maltrato**

Dicho lo anterior, además es relevante considerar el tipo de maltrato que se va a evaluar. Puesto que las consecuencias o síntomas que cada uno de ellos genera en la víctima son distintos, así mismo los factores de riesgo en cada tipología de maltrato podrían diferir entre sí. A continuación se describen los tipos de maltrato detallados en la literatura.

### **2.1 Maltrato Físico.**

Unicef define el maltrato físico como toda agresión que puede o no tener como resultado una lesión física, producto de un castigo único o repetido, con magnitudes y características variables.<sup>45</sup>

De acuerdo a Arruabarrena y De Paúl, Este tipo de maltrato estaría definido como no accidental por parte del agresor, y provocaría en la víctima un daño físico, o el riesgo de padecerlo. En el caso de existir lesiones, algunos indicadores serían: moretones o cicatrices en diversas partes del cuerpo; quemaduras con la forma del objeto que la provocó, como un cigarrillo por

---

<sup>44</sup> BARUDY L., JORGE. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Ob. cit. 34p.

<sup>45</sup> UNICEF. Maltrato infantil en Chile [En línea]  
<[http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf)>  
[Consulta: 19 de noviembre de 2015].

ejemplo; fracturas; torceduras o dislocaciones, cortes pinchazos, lesiones internas como fracturas de cráneo, daños cerebrales, hematomas, etc.<sup>46</sup>

La docente en Psicología Silvina Cohen, considera el maltrato físico como cualquier acción no accidental, por parte de los padres o cuidadores, que provoque un daño físico o enfermedad al niño. Puede ser crónico o simplemente el resultado de uno o dos episodios aislados. Agrega que es una tipología más fácil de identificar ya que habitualmente produciría lesiones visibles (hematomas, cicatrices, fracturas, mordeduras, sin explicación); no obstante ocasionalmente también podría generar lesiones internas o no detectables. La autora se detiene a señalar que este tipo de maltrato suele estar legitimado por pautas culturales que consideran el castigo corporal como un acto correctivo.<sup>47</sup> Es posible agregar a ello, que en nuestro país se trata de una práctica no poco habitual y justificada, sobre todo en las generaciones más longevas, probablemente, debido a que ellos crecieron, y fueron educados bajo éste estilo de crianza, hace tan solo un par de década atrás.

Cohen, incluye el abandono infantil al interior de la tipología del maltrato físico, considerando que es su forma más extrema, al dejar descubiertas todas la

---

<sup>46</sup> Cfr. ARRUBARRENA, MARÍA y DE PAÚL, JOAQUÍN. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Ob. cit. 27p.

<sup>47</sup> Cfr. COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 61p.

necesidades más elementales del niño, relativas a alimentación, higiene, educación, vivienda, vestido, y cuidados médicos.

Para Barudy, la violencia agresiva y el maltrato físico a los niños, son fenómenos que tienen que ver con una falla en la función «autopoiética»<sup>48</sup> de generar rituales –comportamientos y representaciones que cumplen un rol de reguladores para garantizar funciones familiares y mantener la cohesión del conjunto-, y de esta forma, evitar la auto destrucción del grupo familiar. Dicha disfuncionalidad tendría su origen en un trastorno en la función primaria del apego. “Estos comportamientos asociativos (rituales), [...] corresponden a lo que los etólogos llaman comportamientos sociales altruistas, es decir, comportamientos individuales que comportan consecuencias benéficas para el conjunto del sistema [...] cuando estos rituales fallan, los miembros de las familia se ven confrontados a un desbordamiento emocional que puede expresarse en el fenómeno de la violencia familiar”.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Neologismo, con el que se designa un sistema capaz de reproducirse y mantenerse por sí mismo. Fue propuesto por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela en 1972 para definir la química de auto-mantenimiento de las células vivas. Una descripción breve sería decir que la autopoiesis es la condición de existencia de los seres vivos en la continua producción de sí mismos.

<sup>49</sup> BARUDY L., JORGE. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Ob. cit.114p.

## **2.2 Negligencia física/cognitiva.**

Unicef refiere que el descuido o negligencia es ocasionado cuando uno de los padres no toma medidas para promover el desarrollo de un niño o niña – estando en condiciones de hacerlo- en una o varias de las siguientes áreas; salud, educación, desarrollo emocional, nutrición, amparo y condiciones de vida segura. Por lo tanto, el descuido se distingue de la situación de pobreza ya que puede ocurrir sólo en los casos que las familias u otras personas a cargo disponen de recursos razonables.<sup>50</sup>

Así mismo, Arruabarrena y De Paul señalan que este tipo de maltrato se constituye cuando las necesidades físicas y cognitivas básicas del menor, no son atendidas temporal o permanentemente por ningún miembro del grupo que convive con el niño (comida, abrigo, higiene, estimulación cognitiva, educación, protección, salud).<sup>51</sup>

Barudy, señala que la familia negligente es un sistema en que los adultos responsables, o los padres, presentan comportamientos caracterizados por la omisión o insuficiencia en el cuidado de los niños. En este contexto, describe

---

<sup>50</sup> 4° Estudio de Maltrato infantil en Chile. 2015. (Análisis comparativo 1994-2000-2006-2012), OPS (Organización Panamericana de Salud), Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud (2003), Informe Mundial sobre la violencia y salud, Publicación Científica y Técnica N° 588, Washington, D.C., p. 66. Santiago. UNICEF. 9 p.

<sup>51</sup> ARRUABARRENA, MARÍA y DE PAÚL, JOAQUÍN. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Ob. cit. 29p.

tres subtipos de Negligencia, aludiendo al origen o causalidad de cada una de ellas;

- a) Negligencia Biológica por trastorno del apego; en que los factores estarían asociados a condiciones de la madre que no permitieron que se consagrara el apego con el recién nacido, dentro de ellos la depresión, enfermedades mentales, toxicomanía y alcoholismo, y trastornos del apego por traumatismos infantiles. No obstante ello podría darse también por factores dependientes del bebé, o por factores dependientes del padre.
- b) Negligencia Cultural; se daría cuando los padres son portadores de modelos de crianza peligrosos, o poco adecuados para los niños (prácticas culturales que podrían poner en riesgo la vida del niño); Puede presentarse también debido a las carencias educacionales de los padres o cuidadores.
- c) Negligencia Contextual; se refiere a la pobreza como medio ambiente en que se desarrolla un niño. Es interesante la propuesta de este punto ya que describe lo que habitualmente observamos, pero nadie refiere. Regularmente -o por lo menos en Chile- es posible reparar en que las intervenciones de organismos de protección a derechos de la infancia, están dirigidas al segmento más pobre y privado de la población, lo que inevitablemente instala en el imaginario colectivo la idea de que los

padres de familias pobres son maltratadores en la crianza de sus hijos. Al respecto el Dr. Barudy sostiene que “acusar a los padres de familias pobres de maltratar a sus hijos porque presentan signos exteriores de estar mal cuidados, sin considerar la situación social en que viven, es una injusticia social que agrava la situación de los niños. No se puede exigir a padres que no tienen trabajo, ni vivienda adecuada y que viven con un mínimo de dinero que cuiden, visten, alimenten y eduquen a sus hijos como si esta situación no existiera [...] La pobreza crea un contexto de vida para los niños y sus familias que les obliga a desarrollar una serie de comportamientos y de creencias que a menudo se transmiten de generación en generación, y que corresponden a respuestas adaptativas a esta situación injusta y carenciada. [...] El aislamiento social de estas familias –causa y consecuencia de situaciones de carencias- se mantiene por el sentimiento general que tienen sus miembros de ser incompetentes o incapaces de resolver los problemas y conflictos de la vida cotidiana. Las exigencias afectivas exageradas, los comportamientos «inadecuados» y el carácter multi problemático que caracteriza a estas familias, pueden provocar el alejamiento de profesionales o amigos potenciales, lo que refuerza su aislamiento. [...] Además el aislamiento social aumenta los riesgos de negligencia causada por la pobreza, porque los padres excluidos del funcionamiento

social tienen menos acceso a fuentes educativas que podrían ayudarles a mejorar los cuidados de sus hijos”.<sup>52</sup>

Dicho esto, entenderíamos que efectivamente la pobreza genera contextos facilitadores de negligencias en la satisfacción de necesidades básicas de los niños, no obstante, ello como producto de las carencias, y no de una paternidad negligente.

### **2.3 Maltrato emocional.**

Unicef denomina esta tipología como Abuso emocional, describiendo que “se produce cuando un cuidador no brinda las condiciones apropiadas y propicias e incluye actos que tienen efectos adversos sobre la salud emocional y el desarrollo del niño. Tales actos incluyen la restricción de los movimientos del niño o niña, la denigración, la ridiculización, las amenazas e intimidación, la discriminación, el rechazo y otras formas no físicas de tratamiento hostil”.<sup>53</sup>

Arruabarrena y De Paul, hablan de maltrato y abandono emocional, señalando que el maltrato es “hostilidad verbal crónica en forma de insulto, desprecio, crítica o amenaza de abandono, y constante bloqueo de las iniciativas de interacción infantiles (desde la evitación hasta el encierro o confinamiento) por parte de cualquier adulto del grupo familiar [...] Se define por la falta persistente

---

<sup>52</sup> BARUDY L., JORGE. El dolor invisible de la infancia, una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Ob. cit. pp.97-100

<sup>53</sup> UNICEF. 2015. 4° Estudio de Maltrato infantil en Chile (Análisis comparativo 1994-2000-2006-2012). Santiago, UNICEF, 8p.

de respuestas a las señales (llanto, sonrisa) expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el niño y la falta de iniciativa de interacción y contacto, por parte de una figura adulta estable”.<sup>54</sup> Los mismos autores categorizan en esta tipología conductas representativas de este tipo de maltrato, tales como,

- a) El rechazo de cualquier tipo al niño; despreciándolo, avergonzándolo por mostrar conductas emocionales (como afecto, dolor o tristeza), humillarlo en público, criticarlo y castigarlo constantemente.
- b) Aterrorizar; referido a situaciones en las que se amenaza con castigar de manera extrema o siniestra, con matarle o abandonarle.
- c) Aislamiento; se refiere a negar al niño las oportunidades para satisfacer sus necesidades de interactuar o comunicarse con otros niños o adultos.
- d) Violencias doméstica extrema y/o crónica; exponer al niño a situaciones de violencia, física o verbal entre los padres.

En cuanto al abandono emocional plantean las siguientes conductas,

- a) Ignorar; todo intento y necesidad del niño de interactuar, y no reflejar emociones hacia la interacción con él. Total ausencia de expresiones de afecto, cuidado y amor.

---

<sup>54</sup> ARRUBARRENA, MARÍA y DE PAÚL, JOAQUÍN. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Ob. cit. 31p.

- b) Rechazo de atención psicológica; negar la posibilidad al niño de recibir atención psicológica ante algún problema emocional o conductual, cuando uno de estos le aqueje.
- c) Retraso en la atención psicológica; así mismo el retraso en proporcionar la atención ante problemas severos como depresiones, intentos suicidas, u otros diagnósticos que requieran de atención psicológica urgente.<sup>55</sup>

Por su parte Cohen Imach, agrega que el maltrato emocional, es una de las formas más naturalizadas de maltrato, la que además resulta dificultosa de detectar y probar, debido a que “en la mayoría de los casos se esconde bajo una dinámica familiar en apariencia normal”. Al igual que los autores previamente citados, Cohen señala que este tipo de maltrato adopta tres formas de en su ejecución.

- a) Rechazo; evitación del contacto con el niño, se excluye de actividades familiares y otras, desvalorizándolo siempre en sus logros.
- b) Atemorizar; asustar al niño mediante personajes reales o ficticios, x ejemplo “el viejo del saco”. La amenaza de cualquier tipo, también entra en esta categoría.

---

<sup>55</sup> Cfr. ibídem. pp.31-33

- c) Abandono emocional; no dar respuesta a las demandas de afecto o retroalimentación del niño. No mostrar interés por sus actividades, ni protegerlo de ataques externos.<sup>56</sup>

## **2.4 Abuso sexual.**

Unicef señala, que “actualmente no habría un consenso en relación a la definición de abuso sexual infantil, sin embargo, en 1978 el *National Center of Child Abuse and Neglect*, propone que se considere como abuso sexual a los «contactos e interacciones entre un niño/a y un adulto, cuando el adulto usa al niño/a para estimularse sexualmente él mismo, al niño/a o a otra persona»<sup>57</sup>

Desde una perspectiva similar del fenómeno Arruabarrena y De Paul, definen que se trata de “cualquier clase de contacto sexual con una persona menor de 18 años por parte de un adulto, desde una posición de poder o autoridad sobre el niño”.<sup>58</sup> Otorgando así, un lugar de relevancia al contexto de relaciones desiguales en las que se encuentra el niño en contraposición al adulto.

Finkelhor sociólogo experto en abuso sexual infantil, denomina el abuso como “victimización sexual”, y define que se trata de “encuentros sexuales entre niños menores de trece años y personas por lo menos cinco años mayores que

---

<sup>56</sup> Cfr. COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. pp.61-63

<sup>57</sup> GARBARINO, ECKENRODE, BOLGE. 1999. 162p. En: 4° Estudio de Maltrato infantil en Chile (Análisis comparativo 1994-2000-2006-2012). 2015. Santiago, UNICEF.

<sup>58</sup> ARRUABARRENA, MARÍA y DE PAÚL, JOAQUÍN. 2011. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Madrid, Ediciones Pirámide. pp. 33-34

ellos, y encuentros de niños de trece a dieciséis años con personas por lo menos diez años mayores que aquellos”. Según este autor los abusos pueden consistir en “coito, contacto anal o genital, manoseos, o un encuentro exhibicionista”.<sup>59</sup> Resulta interesante aquí la consideración al margen de edad a considerar entre el agresor y la víctima como un argumento dinámico, que no se limita a establecer la mayoría de edad por sí sola como límite.

Una definición más completa es la del *Standing Committee on Sexually Abused Children* (SCOSAC) de 1984, que señala; “Cualquier niño por debajo de la edad de consentimiento puede considerarse como sexualmente abusado cuando una persona sexualmente madura, por designio o por descuido de sus responsabilidades sociales o específicas en relación con el niño, ha participado o permitido su participación en cualquier acto de una naturaleza sexual que tenga el propósito de conducir a la gratificación sexual de la persona sexualmente madura. Esta definición es procedente aunque este acto contenga o no contacto físico o genital, sea o no iniciado por el niño, y aunque sea o no discernible el efecto pernicioso en el corto plazo”.<sup>60</sup> Como se observa esta definición incluye la participación no física del perpetrador, estando presente el

---

<sup>59</sup> FINKELHOR. 1984, citado por: COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 63p.

<sup>60</sup> COHEN I., SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Teoría, clínica y evaluación. Ob. cit. 63p.

propósito de la gratificación sexual. Y excluye la necesidad de presentar en la inmediatez los efectos perniciosos de la misma.

En Chile, el Servicio Nacional de Menores, en adelante SENAME, se refiere a la existencia del abuso sexual infantil cuando “un adulto utiliza la seducción, el chantaje, las amenazas, y/o la manipulación psicológica para involucrar a un niño o niña en actividades sexuales o erotizadas de cualquier índole (insinuaciones, caricias, exhibicionismo, voyeurismo, masturbación, sexo oral, penetración oral o vaginal, entre otros). Esto implica involucrar al niño o niña en una actividad que no corresponde a su nivel de desarrollo emocional, cognitivo, ni social.”<sup>61</sup>

No obstante las múltiples definiciones, unas más completas que otras, no parece haber una definición universal acerca de lo que constituye el abuso sexual infantil. Durante años de investigación, se ha procurado establecer definiciones específicas y operativas que son lo bastante amplias como para incluir un campo de experiencias abusivas y/o potencialmente abusivas, y, sin embargo, aún existen algunas variaciones entre los diferentes y múltiples estudios. “Estas variaciones resultan muy importantes porque pueden explicar algunas de las que se observan en las estadísticas de abuso sexual infantil, la índole más bien amplia de muchas definiciones basadas en la investigación

---

<sup>61</sup> MACURAN N., GRETER. 2011. La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 29p.

puede determinar que no se suministren las mejores pautas para los problemas concernientes a la planificación del tratamiento de la salud mental, como la interrogante acerca de cuándo sería necesaria la intervención”.<sup>62</sup>

Desde la Psicología, uno de los modelos que sustenta la comprensión del abuso sexual infantil, yace a partir de la explicación y descripción de las consecuencias de esta vulneración en la víctima. “sus orígenes pueden encontrarse en el Psicoanálisis y la Psiquiatría del siglo pasado, habiéndose consolidado a partir de la amplia evidencia de tratamiento de personas que han vivenciado situaciones límites o que han sido víctimas de la violaciones a los derechos humanos [...] El paradigma tuvo su consolidación en Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo XX, cuando proliferaron modelos explicativos de las consecuencias de los abusos sexuales en el desarrollo psicológico y en la estructuración de la personalidad de los niños víctimas”.<sup>63</sup>

Desde el Derecho, muchas de estas definiciones han sido desestimadas por ser consideradas *ultra legem*, debido a que estas serían opuestas a la doctrina y a la jurisprudencia, debido a que desde la perspectiva penal “el abuso exige tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima. El

---

<sup>62</sup> GLASER, DANYA y FROSH, STEPHEN. 1997. Abuso Sexual de Niños. Buenos Aires, Editorial Paidós. 18p.

<sup>63</sup> MACURAN N., GRETER. La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual infantil. Ob. cit. 30p.

código penal no admite abuso deshonesto a distancia ni de palabra”.<sup>64</sup> De acuerdo a ello el abuso no podría ser tipificado por las palabras u otras expresiones que no sean de contacto corporal con la víctima.

A pesar de lo señalado, existen algunos consensos relevantes en la temática del abuso sexual infantil, uno de ellos radica en afirmar que la observación de su dinámica, da cuenta que el abuso suele darse al interior de la familia, y que generalmente el agresor sexual es una persona conocida por sus víctimas infantiles, lo que hace más compleja la develación del abuso por parte del niño. Por otra parte, para la familia no resulta sencillo establecer cuando se trata de un contacto abusivo o no, en tanto situar la distinción entre si el adulto ha establecido un vínculo y contacto afectivo genuino, o si se trata de un contacto al servicio de su gratificación sexual, es poco probable de pesquisar.

Cohen Imach, describe que este tipo de abuso, en la mayoría de los casos se mantiene oculto debido a la vergüenza, la culpa, o temor que puede generar el abusador en la víctima. Agrega a esto la habitual reacción de incredulidad por parte de adulto que conoce del hecho, debido a lo difícil de aceptar. La autora también enfatiza en la falta de una definición consensuada al respecto.

---

<sup>64</sup> MERIÑO A., MARCELO. 2010. La investigación Forense de los Delitos Sexuales. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago. 70p.

## **2.5 Otros tipos de maltrato.**

### **2.5.1 Síndrome de Alienación Parental**

En 1985 el psiquiatra norteamericano Richard Gardner, define por primera vez el SAP (Síndrome de Alienación Parental), al que se refiere como “un trastorno que surge principalmente en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña”.<sup>65</sup>

Hacia 1980 tuvo lugar por parte de los profesionales, una gran producción de literatura relativa al tema; ella se refería a las circunstancias y tendencias que ocurrían en los procesos de divorcio y custodia de menores en USA, que fueron encontradas como perturbadoras; así mismo fue estudiado el aumento de las falsas acusaciones de abusos que se producían como forma de influir en el resultado de estas discrepancias.

El Psicólogo Clínico Forense José Manuel Aguilar, explica en su libro “S.A.P” las conductas, o criterios que describen este fenómeno, tales como; Las campañas de injuria y desaprobación por parte del hijo hacia el progenitor

---

<sup>65</sup> GARDNER, R. citado por: AGUILAR, JOSÉ. 2009. Síndrome de Alienación Parental. Barcelona, Editorial Almuzara, S.L. pp.25- 26

alienado, el que es tratado sistemáticamente como un “desconocido odioso cuya proximidad sienten como una agresión hacia su persona, apareciendo independientes del progenitor alienador que inició la campaña”;<sup>66</sup> Ello se acompaña de explicaciones triviales que justifican la campaña de desacreditación, siempre caracterizada por argumentos débiles, y de poco contenido para fundamentar su comportamiento, esta es la razón por la que la interacción con el padre alienado, se caracteriza por inexistencia de dialogo, bloqueando todo intento de consensos o acuerdos; Así mismo, el contenido de sus argumentos carece del sentimiento ambivalencia en su odio hacia el progenitor, característica que de acuerdo a Aguilar, es relevante en el reconocimiento del Síndrome, ya que “Las relaciones personales, y dentro de ellas, las relaciones familiares, son el exponente máximo de la mezcla de sentimientos encontrados que unos sujetos generan en otros. Un niño abusado sexualmente es capaz de reconocer situaciones agradables que vivió con su abusador en otras circunstancias, así como una mujer maltratada por su marido sorprende a su psicólogo cuando en la evaluación relata con añoranza sus recuerdos sobre el noviazgo junto a él”.<sup>67</sup>

Según el Dr. Gardner, el lavado de cerebro, componente del SAP, puede ser relativamente consciente por parte del progenitor programador y puede ser

---

<sup>66</sup> AGUILAR, JOSÉ. 2009. Síndrome de Alienación Parental. Ob. cit. 33p.

<sup>67</sup> Ibídem. 37p.

sistemático o sutil. La contribución activa del niño a la denigración del otro progenitor, puede ayudar a crear y a mantener un mutuo lazo de refuerzo entre el niño y el progenitor programador. Gardner ve al progenitor alienador como el adulto responsable que escoge o transmite un conjunto de pensamientos y creencias negativas sobre el otro progenitor. Las experiencias cariñosas de los niños existentes en el pasado con el progenitor (mayoritariamente el padre) son reemplazadas con nuevos pensamientos y realidades del progenitor alienador, que terminan sustituyendo la realidad y creando otra nueva y así justificando el rechazo programado del niño al progenitor alienado.

La culminación del proceso del SAP, estaría completo cuando el hijo alienado profesa autonomía de pensamiento, y toma independencia del padre alienador, logrando iniciativa propia en la campaña de denigración; En este sentido el hijo siempre actuará en defensa del progenitor alienador, justificando todo cuanto este diga y haga, con una actitud inquebrantable y a veces incluso infundada; La ausencia del sentimiento de culpabilidad en el hijo alienado, es particularmente impermeable, permitiendo alcanzar en los menores, niveles de denigración realmente irracionales; En presencia de un SAP, muchos de los relatos que ocupa el hijo alienador, en la descripción de situaciones, son lo que Aguilar describe como escenarios prestados, ya que se trata de situaciones jamás vividas por ellos, o exageración absurda de episodios vividos con el progenitor odiado, lo que generalmente se puede detectar en el lenguaje poco

atingente a su edad utilizando palabras poco probables de ser comprendidas a su edad, o en la dificultad de describir en detalle lo relatado; Finalmente toda esta aversión generada hacia el progenitor odiado, se extiende hacia todo su entorno familiar, alcanzando a abuelos, tíos u otros afectivamente cercanos.

Es importante establecer criterios diferenciales entre el SAP y el abuso sexual o negligencia. Para ello Aguilar señala que el niño que sufre de abuso o negligencia, recuerda el evento sin ayudas externas, mediante datos creíbles con mayor cantidad y calidad de detalles; despliega conocimientos sexuales inapropiados para su edad; se observan indicadores físicos, trastornos funcionales, retrasos educativos, alteraciones importantes en el patrón de interacción del niño abusado, desórdenes emocionales, culpa o vergüenza por lo que declara, las denuncias suelen ser previas al evento de la separación.<sup>68</sup>

Este tipo de maltrato como otros, genera como consecuencia en el menor que es víctima, un desgaste emocional muy potente. El niño alienado pierde a uno de sus progenitores, y con ello experiencias importantes para su infancia y su desarrollo. Además la presencia del progenitor alienado suele generar en ellos episodios de crisis de angustia y desestabilización emocional; afectándose áreas del desarrollo psicológico. “Para finalizar, es necesario considerar que estamos hablando de un tipo de abuso emocional con amplias y profundas

---

<sup>68</sup> *Ibidem.* 74p.

consecuencias para los menores y su entorno. Más allá de las diferencias surgidas entre los adultos, estas conductas son las responsables de la ruptura de los lazos afectivos de los menores con parte de su familia, lo que provoca un empobrecimiento innecesario, así como su exposición a escenarios en los que la probabilidad de desarrollar diversos problemas está aumentada”.<sup>69</sup>

Actualmente el SAP no ha sido considerado cómo trastorno en ninguno de los manuales psiquiátricos DSM (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales), y tampoco ha sido reconocido ni definido por la Organización Mundial de la Salud.

### **2.5.2 Síndrome de Munchausen**

El Síndrome de Münchhausen, es denominado así por el Dr. Richard Asher en 1951, y se trata de uno de los "Trastornos Ficticios" en la clasificación psiquiátrica internacional DSM IV (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales). Éste se refiere a un cuadro clínico en que la persona presenta una serie de síntomas de enfermedad física, auto provocados, así como múltiples dolencias inventadas por el paciente para simular la enfermedad. El fin que persiguen las personas que padecen este diagnóstico, es la hospitalización, o la búsqueda de atención de otras personas a través de la victimización por la supuesta enfermedad.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.171p.

Este síndrome también puede ser presentado, externalizando la enfermedad ficticia a otro. En esta representación, es denominado Munchausen por poderes.

*Munchausen-by-proxy* (o Munchausen-por-poder), fue descrito por primera vez por Meadow en 1977, quien refiere que uno de los padres simula la enfermedad de un hijo, o directamente la provoca. El padre puede fabricar una historia médica, causar síntomas físicos, o alterar muestras de laboratorio o medidas de temperatura. Todas estas acciones derivan en enfermedades que, muchas veces, resultan incomprensibles para el equipo médico. Generalmente la primera acción del equipo tratante, es realizar al paciente innumerables exámenes médicos, de laboratorio, hospitalizaciones y operaciones, en la búsqueda de un diagnóstico certero. La enfermedad provocada al niño, puede llegar, en su grado más extremo, a causar la muerte de éste. El agresor, que es por lo general la madre, establece aparentemente una relación muy cercana con su hijo, pero una observación más profunda de esta relación, revela que esta madre está más involucrada en los temas relacionados con la enfermedad del niño que con el niño mismo, y que su interés principal está volcado hacia la relación con el equipo de salud.

Habitualmente, los padres o cuidadores que padecen este síndrome, son personas que tienen conocimientos médicos o farmacológicos de algún tipo.<sup>70</sup>

Los principales indicadores de un Munchausen por poderes estarían dados por “reiteradas hospitalizaciones y exploraciones médicas que no arriban a diagnósticos precisos, cambio constante de lugares de atención, ausencia de un médico estable que controle al niño, síntomas persistentes de difícil explicación etiológica, aplicación de todo tipo de remedio y/o recursos técnicos que agreden al niño, conocimiento profundo por parte del adulto de la sintomatología, manifestaciones clínicas y abordaje... El nivel educativo del adulto es medio, se vislumbra a través de un lenguaje apropiado que logra convencer al médico. Los síntomas del niño desaparecen cuando no está en contacto con la familia”.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Cfr. MAIDA, ANA; MOLINA, MARÍA; CARRASCO, XIMENA. 1999. Síndrome de Munchausen por poder; Un diagnóstico a considerar [En línea] Revista Chilena de Pediatría. Santiago mayo 1999, V.70 N.3 <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-41061999000300007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41061999000300007)> [Consulta: 29 de Marzo de 2016].

<sup>71</sup> AMATO, MARÍA INÉS.2007. La pericia psicológica en violencia familiar. Buenos Aires, Ediciones La Rocca. 139p.

### **CAPITULO III**

#### **MARCO LEGAL**

##### **1. Materias en que incide el maltrato infantil en Chile**

En nuestro ordenamiento, el derecho a la tutela jurisdiccional está consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, al expresar que se asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, por ello, el fin de la jurisdicción es proteger los derechos de las personas. En lo particular, los derechos de los niños exigen que el Estado tenga conductas activas para que los particulares dispongan de medios, tanto jurídicos y materiales para la realización de sus necesidades.<sup>72</sup> Así mismo, el artículo 5° inciso 2°, segunda parte, consagra que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Desde este punto de vista, el escenario jurídico en el que se enmarca la sanción del maltrato infantil en nuestro país, denota importantes carencias, ya que “en Chile, no existe un cuerpo legal que aborde integralmente el maltrato infantil, su regulación y tratamiento se encuentra disperso en distintos cuerpos

---

<sup>72</sup> NUÑEZ R., GERMÁN. 2010. La Judicatura de Familia. ¿Tutela Efectiva de los Derechos de los Menores?: Las Medidas de Protección en el Derecho Chileno. Revista Chilena de Derecho de Familia (3):249.

legales: Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar, Ley N° 16.618 de Menores, artículo 234 del Código Civil, diversos artículos del Código Penal, Ley N° 19.968 y Ley N° 20.536 sobre Violencia Escolar.

Si bien el Código Penal tipifica como delito diversas conductas que se incluyen dentro del concepto de maltrato infantil (como delitos sexuales, abandono), el maltrato infantil, sólo se encuentra tipificado como delito cuando se produce en el ámbito familiar, respecto de determinados sujetos activos y pasivos contemplados en la ley de Violencia Intrafamiliar”.<sup>73</sup>

En el derecho comparado, naciones como Alemania, Bolivia Colombia, España, El Salvador, Malta, México, Portugal, Rumania, San Marino, Suiza y Venezuela, poseen normas penales específicas sobre el maltrato de niños, las que pueden extenderse hasta un máximo de 5 años de prisión<sup>74</sup>.

En Chile en tanto, la de vulneración del derecho a la infancia no se encuentra sistematizada. Desde este punto de vista, y siguiendo a García Méndez, la legislación nacional no se ajustaría al espíritu de la Convención, considerando

---

<sup>73</sup> BCN Informe. Sanción penal del maltrato infantil fuera del ámbito familiar. Legislación comparada.  
[En línea]  
<[http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21459/4/Informe%20maltrato%20ninos\\_def\\_v2.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21459/4/Informe%20maltrato%20ninos_def_v2.pdf)> [Consulta: 02 de mayo del 2016].

<sup>74</sup> Cfr. BCN Informe. Sanción penal del maltrato infantil fuera del ámbito familiar. Legislación comparada.  
[En línea]  
<[http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21459/4/Informe%20maltrato%20ninos\\_def\\_v2.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21459/4/Informe%20maltrato%20ninos_def_v2.pdf)> [Consulta: 04 de mayo del 2016].

que carece de un adecuado y suficiente marco legal, a lo que se suma, que el desarrollo de los juristas en la materia, aún es insuficiente.<sup>75</sup>

Para observar la sanción del maltrato infantil en la legislación nacional, se debe atender a los distintos cuerpos legales, y las conductas sancionadas como maltrato en función de ellos. Por esta razón en los puntos siguientes se exponen las materias jurídicas en las que el maltrato infantil tiene incidencia, a fin de que la dispersión legislativa, no permita perder de vista el acontecimiento y los efectos que un diagnóstico de maltrato infantil, puede generar en el escenario del Derecho de Familia.

En síntesis, el presente capítulo expone de manera breve las materias en que el maltrato infantil incide, ellas son: violencia intrafamiliar, medidas de protección, cuidado personal, relación directa y regular y adopción.

### **1.1 Ley de Violencia Intrafamiliar**

La Ley N° 20.066 que establece la ley de Violencia Intrafamiliar,<sup>76</sup> es publicada el 7 de Octubre de 2005, misma fecha en que deroga la antigua Ley N° 19.325. Esta ley modifica en forma sustancial el estatuto de violencia intrafamiliar en nuestro país, incorporando el delito de maltrato habitual, como un delito de carácter subsidiario, respecto de los delitos de mayor gravedad. Con ello, se amplía la respuesta estatal a la violencia intrafamiliar, entregando

---

<sup>75</sup> Cfr. NUÑEZ R. GERMAN. La Judicatura de Familia. ¿Tutela Efectiva de los Derechos de los Menores?: las Medidas de Protección en el Derecho Chileno. Ob. cit. 247p.

<sup>76</sup> En adelante LVIF.

parte de ella a la justicia penal.<sup>77</sup> El año 2010, la ley 20.480 introduce modificaciones en este cuerpo legal y en el Código Penal, estableciendo la figura de femicidio, para sancionar y aumentar las penas aplicables a este delito, además de modificar las normas relativas al delito de parricidio.<sup>78</sup>

Desde la publicación de la referida ley, se advierte que las pretensiones de ésta, así como sus modificaciones, son las de promover la asunción del rol del Estado en “prevenir sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar”<sup>79</sup>, amparando y otorgando protección a las víctimas de este tipo de actos, entendiendo y atendiendo al contexto de desigualdad en que estos se producen.

### **1.1.1 Concepto**

El artículo 5° la LVIF señala expresamente 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*

---

<sup>77</sup> Cfr. CASAS B., LIDIA, RIVEROS W., FRANCISCA y VARGAS P., MACARENA. 2012. Violencia de Género y la administración de justicia. Santiago, Vicerrectoría académica de la Universidad Diego Portales-Servicio Nacional de la Mujer. 17p.

<sup>78</sup> BCN [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4620/>> [Consulta: 02 de Mayo de 2016].

<sup>79</sup> CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.066: Establece Ley de Violencia Intrafamiliar, 07 de octubre de 2005.

*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, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.*

Del análisis, es dable observar algunas diferencias con otras legislaciones, como la española en que existe una clara distinción entre violencia de género y violencia doméstica. Respecto a la primera tipología, su tratamiento apunta exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo, y su regulación se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la que en la Exposición de Motivos, sostiene “*que, la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.*”

De ello, se aleja en su origen la violencia doméstica y se establece como un perfil diferenciado, ya que esta apunta a los integrantes de la familia como sujetos de referencia. Como bien lo explica la catedrática María Luisa Maqueda, no es posible reducir el concepto de violencia hacia la mujer al

contexto de violencia doméstica, puesto que la escena familiar y de pareja es sólo una más, en la que la histórica hegemonía masculina encuentra un lugar. No obstante dicha relación de poder y subordinación no se agota aquí, “las relaciones de pareja o de convivencia familiar son sólo un escenario privilegiado de esa violencia pero no pueden –ni deben- acaparar la multiplicidad de manifestaciones que se ocultan bajo la etiqueta de violencia de género. El reduccionismo a que conduce esa equiparación es necesariamente negativo porque enmascara la realidad de un maltrato que victimiza a la mujer por el hecho de serlo, más allá de sus relaciones personales de afecto o sexuales, esto es, cuando transcurren en el ámbito profesional o laboral o social en su sentido más amplio.”<sup>80</sup>

En Chile en cambio, la ley regula el contexto de las relaciones de familia, en el que se incluyen las relaciones de pareja, toda vez que entre víctima y ofensor exista alguna de las relaciones de parentesco que menciona el artículo 5° de la LVIF. Desde esta perspectiva, la ley no establece distinción de la víctima, ya sea que esta se encuentre en calidad de cónyuge, pareja o conviviente, o tenga otro tipo de parentesco, como hijos hermanos, padres. En otras palabras, el legislador ha contemplado la protección por igual a todo integrante de la familia, sea este mayor o menor de edad, que tenga un grado de parentesco con el

---

<sup>80</sup> MAQUEDA A, MARÍA. La Violencia de Género entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [En línea] <<http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>> [Consulta: 14 de julio de 2016].

ofensor o que presente algún tipo de dependencia de éste, ignorando de esta forma las consideraciones de género que el Estado Español ha contemplado en su legislación. En la legislación nacional empero, “encontramos una alusión a la especial vulnerabilidad de los sujetos, sujetos que no necesariamente se agotan en el menor de edad o en el discapacitado, sino también cualquier otra persona integrada en el núcleo familiar, que se encuentre amparada económica y afectivamente a este núcleo, aun cuando no tenga relación de parentesco”<sup>81</sup>.

### **1.1.2 Marco regulatorio**

La violencia intrafamiliar se encuentra regulada en el cuerpo de la Ley 20.066; en la Ley N°19.968 que “crea los Tribunales de Familia”, y sus modificaciones; y disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal y de la Ley N° 20.286 que modifica la Ley N° 19.968. Finalmente en la Ley 18.216 “sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad” y sus modificaciones establecidas en la Ley 20.603.

Respecto a la normativa internacional, Chile ha suscrito los siguientes tratados, que informan la Ley de Violencia Intrafamiliar; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer CEDAW (1979); Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989. Ratificada por el Estado chileno en enero de 1990); Declaración

---

<sup>81</sup> VILLEGAS D., MYRNA. El delito de maltrato habitual en la Ley 20.066 a la luz del derecho comparado. [En línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992012000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200002)> [Consulta 18 de mayo de 2016].

sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Asamblea General de Naciones Unidas, 1993); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belem do Pará (1994); Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad (1991); y “Protocolo de Palermo” Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (2003) ratificado por Chile el año 2004.

### **1.1.3 Sujetos**

La acción de violencia intrafamiliar, como su definición en la Ley 20.066 lo indica, es *“todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica”*. En este sentido, se podría distinguir que el bien jurídico protegido, corresponde a la protección de la vida –esencialmente- en el escenario de la violencia de género en las relaciones afectivas; así como a la integridad física y psíquica de la mujer y el resto de los sujetos que ampara la Ley, señalados en el artículo 5°. El sujeto pasivo de la violencia intrafamiliar, según la misma ley señala, es quien tenga o haya tenido la calidad de ascendiente; cónyuge del ofensor; pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor, de su cónyuge o de su actual conviviente; los padres de un hijo común; y personas menores de edad o discapacitadas que estén bajo el cuidado o dependencia de cualquier integrante del grupo familiar.

En el sentido contrario el ofensor, o sujeto activo es quien ejerce la violencia, y puede ser sancionado aun cuando no conviva en el grupo familiar.

#### **1.1.4 Procedimiento en la Ley de Violencia Intrafamiliar**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 6°, inciso 2°, es el Juez de Familia del domicilio del afectado, quien debe conocer de la violencia si los hechos acaecidos no son constitutivos de delito. Al contrario, si los hechos revisten caracteres de delito, es de competencia de los juzgados con jurisdicción en lo penal.

De acuerdo a lo establecido en el 2° párrafo de la Ley 19.968, artículo 81 y siguientes, el procedimiento se inicia por denuncia (oral o escrita), o por demanda de: la víctima, el ascendiente, descendientes, guardadores, tutores, o cualquiera persona con conocimiento directo de los hechos.

Carabineros e Investigaciones deben recibir, obligatoriamente, la denuncia y ponerla en conocimiento del juez competente, en forma inmediata. Una vez recibida la denuncia, el juez citará a audiencia preparatoria dentro de los diez días siguientes. En la audiencia preparatoria se fijará la audiencia de juicio dentro de los 30 días siguientes, a menos que el procedimiento termine por suspensión condicional.

En caso de existir una situación de riesgo inminente según indica el artículo 7° inciso 1° de la LVIF, *“el tribunal, con el solo mérito de la denuncia, deberá adoptar las medidas de protección o cautelares que correspondan”*. Y de

acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del mismo artículo, se presumirá tal riesgo *“cuando haya precedido intimidación de causar daño por parte del ofensor o cuando concurren además, respecto de éste, circunstancias o antecedentes tales como: drogadicción, alcoholismo, una o más denuncias por violencia intrafamiliar, condena previa por violencia intrafamiliar, procesos pendientes o condenas previas por crimen o simple delito contra las personas o por alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 del Título VII, del Libro Segundo del Código Penal o por infracción a la ley N°17.798, o antecedentes psiquiátricos o psicológicos que denoten características de personalidad violenta. Asimismo, se presumirá que hay una situación de riesgo inminente, cuando el denunciado oponga, de manera violenta, su negativa a aceptar el término de una relación afectiva que ha mantenido recientemente con la víctima”*. Además, siguiendo el inciso 3°, *“el tribunal cautelará especialmente los casos en que la víctima esté embarazada, se trate de una persona con discapacidad o tenga una condición que la haga vulnerable.”*

Las disposiciones aquí señaladas, tienen como objetivo prevenir una eventual situación de peligro que atente contra la vida, o la integridad física o psíquica de los sujetos. En este sentido, Carrasco Jiménez aborda un interesante debate respecto al tema de las garantías, cuando considera que la sola denuncia de una situación de riesgo, habilita al juez en su potestad cautelar a restringir garantías constitucionales de una persona, a través de las medidas

cautelares dispuestas en la ley para estos efectos.<sup>82</sup> Al respecto, se podría evitar con ello de manera efectiva, que se concrete la vulneración de derechos que pone en riesgo grave la vida, o integridad física /psíquica de los sujetos, cuando los hechos son efectivos. Sin embargo, también existe la hipótesis de que los hechos expuestos no sean tales, y que ello responda a otras razones “como forma de revanchismo o perjuicio gratuito, movidos por la cólera o el despecho de algunos de los sujetos de la relación doméstica”.<sup>83</sup> Un ejemplo de ello lo podría constituir la alienación parental, -previamente descrita en el marco conceptual-.

#### **1.1.5 Medidas Cautelares**

Como su nombre lo indica, la finalidad de estas medidas está destinada a cautelar a la víctima y su grupo familiar, así como a resguardar el bienestar económico, e integridad patrimonial de las mismas.

En sede familia, el juez posee la facultad de decretar las medidas que estime pertinentes frente a situaciones específicas como: casos urgentes, cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar. Así en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio inclusive, el juez, de oficio o a petición de

---

<sup>82</sup> Respecto a las Medidas Cautelares, estas aparecen expuestas con mayor extensión en Capítulo III, apartado 1.1.5

<sup>83</sup> CARRASCO J, EDISON. 2008. Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar. Santiago, Librotecnia. 134p.

parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar medidas cautelares. Esta potestad cautelar es amplia, y las medidas cautelares podrán llevarse a efecto en cualquier etapa de la investigación o del procedimiento en casos de violencia intrafamiliar, incluso antes de notificarse a la persona contra quien se dicten, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene, conforme al principio de protección a la víctima de manera eficaz y oportuna.

Además estas medidas no sólo se reducen a mantener el *status quo* de la situación de hecho (medidas conservativas), sino que también pueden ser de carácter innovativas, teniendo como objetivo modificar el estado de hecho o de derecho, hacer o dejar de hacer algo, en virtud de la protección de un derecho<sup>84</sup>.

Las medidas cautelares que el juez de familia podrá adoptar en el marco del procedimiento por VIF, aparecen descritas en el artículo 92° de la ley 19.968. ello en armonía con lo dispuesto en el artículo 7° letra d) de la Convención *Belém do Pará* que exige al Estado adoptar “*medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad*”.

---

<sup>84</sup>Cfr. Artículo 22 Ley 19.968.

Además el Juez de familia, en conformidad a lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 92°, podrá decretar medidas cautelares especiales en el procedimiento de protección de derechos del niño, niña o adolescentes comprometidos en familias donde exista violencia intrafamiliar. Tratándose de este procedimiento, sólo pueden decretarse aquellas contempladas en el artículo 71 de la ley 19.968, ellas son:

- a) *Su entrega inmediata a los padres o a quienes tengan legalmente su cuidado;*
- b) *Confiarlo al cuidado de una persona o familia en casos de urgencia. El juez preferirá, para que asuman provisoriamente el cuidado, a sus parientes consanguíneos o a otras personas con las que tenga relación de confianza;*
- c) *El ingreso a un programa de familias de acogida o centro de diagnóstico o residencia, por el tiempo que sea estrictamente indispensable. En este caso, de adoptarse la medida sin la comparecencia del niño, niña o adolescente ante el juez, deberá asegurarse que ésta se verifique a primera hora de la audiencia más próxima;*
- d) *Disponer la concurrencia de niños, niñas o adolescentes, sus padres, o las personas que los tengan bajo su cuidado, a programas o acciones de apoyo, reparación u orientación, para enfrentar y superar las*

*situaciones de crisis en que pudieren encontrarse, e impartir las instrucciones pertinentes;*

*e) Suspender el derecho de una o más personas determinadas a mantener relaciones directas o regulares con el niño, niña o adolescente, ya sea que éstas hayan sido establecidas por resolución judicial o no lo hayan sido;*

*f) Prohibir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común;*

*g) Prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éste o ésta permanezca, visite o concurra habitualmente. En caso de que concurren al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos;*

*h) La internación en un establecimiento hospitalario, psiquiátrico o de tratamiento especializado, según corresponda, en la medida que se requiera de los servicios que éstos ofrecen y ello sea indispensable frente a una amenaza a su vida o salud;*

*i) La prohibición de salir del país para el niño, niña o adolescente sujeto de la petición de protección.*

En efecto, es posible observar que varias de estas medidas revierten un carácter innovativo en la situación de hecho. No obstante, al amparo del mismo artículo 71, estas medidas ya sean destinadas a modificar el *status quo* vigente

o no, siempre deberán fundarse en antecedentes calificados como suficientes para ser aplicadas.

De lo expuesto, es importante relevar, según mandata el artículo 71° *que en ningún caso, podrá ordenarse como medida de protección el ingreso de un niño, niña o adolescente a un establecimiento penitenciario para adultos.*

Las circunstancias que califican la aplicación de una medida de este tipo, son la vulneración de los derechos, o el inminente riesgo de que ellos puedan ser afectados. En este sentido, el mismo artículo 71° consagra *que la resolución que determine la imposición de una medida cautelar deberá fundarse en antecedentes que sean calificados como suficientes para ameritar su adopción, de los que se dejará expresa constancia en la misma.* Por ello, cabe señalar que el juez ha de tener cuenta la valoración de las pruebas que se tengan a la vista, en virtud de las reglas de la sana crítica.

Finalmente, se establece que cuando la adopción de cualquier medida cautelar tenga lugar antes del inicio del procedimiento, *el juez fijará desde luego la fecha en que deberá llevarse a cabo la audiencia preparatoria, para dentro de los cinco días siguientes contados desde la adopción de la medida.*

*En ningún caso la medida cautelar decretada de conformidad a este artículo podrá durar más de noventa días.<sup>85</sup>*

#### **1.1.6 Constitutivo de delito**

En atención al artículo 14° de la LVIF, será constitutivo del delito de maltrato habitual, *el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley, se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.*

*Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.*

*El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968.*

Del análisis de la ley se puede deducir que el concepto del “habitualidad” es el que determina el tipo penal a los actos referidos en ella. Dicho concepto no

---

<sup>85</sup> Cfr. Art. 71° Ley 19.968.

encuentra una definición de manera explícita en la Ley de Violencia Intrafamiliar, sin embargo, el legislador ha procurado establecer algunos criterios a fin de precisar su contenido. Uno de ellos se encuentra descrito en el citado artículo 14° de la ley, el que ofrece un razonamiento cuantitativo en torno al hecho, para determinar su habitualidad. No obstante, al no precisarse el número requerido para constituir el delito, queda en manos del sentenciador establecer cuantos actos ejecutados lo establecerán.<sup>86</sup>

Ahora bien, el número de actos cometidos puede dar cuenta de la habitualidad, sin embargo, no resuelve la duda sobre el contenido de los actos que se deben considerar para esta cuantificación. ¿Deben ser todos de la misma clase?, ¿todos de violencia física, o todos de violencia psíquica?, el legislador no lo señala. Pero, frente al hecho de que tanto la violencia física como psíquica, se encuentran definidas como actos de violencia intrafamiliar, estas se entienden como un solo fenómeno de características propias en función del contexto en que se establecen las relaciones de poder. Dicho esto, no debiera constituirse como requisito de habitualidad, la reiteración de una tipología única de actos ejecutados.<sup>87</sup>

Todavía en el artículo 14° de la LVIF, se establece como segundo criterio de *habitualidad*, la proximidad de los actos en el tiempo, lo que tampoco ha sido

---

<sup>86</sup> Cfr. CARRASCO J., EDISON. Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar. Ob. cit.134p.

<sup>87</sup> Cfr. Ibídem. 137p.

precisado. Por lo que será discrecional del juez determinar el tiempo dentro del cual se ha de estimar que los hechos han sido próximos o no entre sí.

Finalmente, respecto de la excepción atendida en el inciso tercero, *cuando el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad*, se desprende que “los que no conforman el maltrato habitual, son los que se encuentran sobre el primer grado de la escala para los simples delitos, esto es, todo lo que sea superior a presidio menor en su grado mínimo. Por otro lado, los que conforman el contenido de los hechos serían siempre las faltas, las cuales quedan en rango inferior al simple delito”.<sup>88</sup>

### **1.1.7 Sanciones**

El maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar será sancionado conforme a lo establecido en el artículo 8° de la LVIF que señala “*se castigará el maltrato constitutivo de violencia intrafamiliar, atendida su gravedad, con una multa de media a quince unidades tributarias mensuales a beneficio del gobierno regional del domicilio del denunciante o demandante, para ser destinada a los centros de atención de víctimas de violencia intrafamiliar existentes en la región respectiva y que sean de financiamiento público o privado.*

*El condenado deberá acreditar el pago de la multa dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la notificación de la sentencia, a menos que el juez, por motivos fundados, prorrogue dicho término hasta por quince días.*

---

<sup>88</sup> Ibídem.138p.

*En caso de incumplimiento el tribunal remitirá los antecedentes al Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.”*

En su sentencia el juez además deberá adoptar una o más de las siguientes medidas accesorias, establecidas en el artículo 9° de la LVIF.

*a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.*

*b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente. Si ambos trabajan o estudian en el mismo lugar, se oficiará al empleador o director del establecimiento para que adopte las medidas de resguardo necesarias.*

*c) Prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso, de armas de fuego. De ello se informará, según corresponda, a la Dirección General de Movilización, a la Comandancia de Guarnición o al Director de Servicio respectivo, para los fines legales y reglamentarios que correspondan.*

*d) La asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Las instituciones que desarrollen dichos programas darán cuenta al respectivo tribunal del tratamiento que deba seguir el agresor, de su inicio y término.*

*e) Obligación de presentarse regularmente ante la unidad policial que determine el juez.*

*El juez fijará prudencialmente el plazo de estas medidas, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años, atendidas las circunstancias que las justifiquen. Ellas podrán ser prorrogadas, a petición de la víctima, si se mantienen los hechos que las justificaron. En el caso de la letra d), la duración de la medida será fijada, y podrá prorrogarse, tomando en consideración los antecedentes proporcionados por la institución respectiva.*

*Sin perjuicio de lo anterior, el juez, en la sentencia definitiva, fijará los alimentos definitivos, el régimen de cuidado personal y de relación directa y regular de los hijos si los hubiere y cualquier otra cuestión de familia sometida a su conocimiento por las partes.*

Además la Ley 20.066 establece un registro de condenados por este cuerpo legal, así como de las demás resoluciones que la ley ordene inscribir.

Tratándose de la penalidad, la condena para estas conductas es presidio menor en su grado mínimo, es decir una pena privativa de libertad entre 61 y 540 días. Además si el sentenciado cumple con los requerimientos que la ley 18.216 indica, éste podrá optar a cumplir la condena reemplazándola por una medida alternativa.

### 1.1.8 Categorías de Violencia Intrafamiliar

“Los estudios epidemiológicos a nivel mundial, muestran dónde se concentra la mayor cantidad de casos de VIF. A raíz de lo anterior se han delimitado tres grandes fenómenos: maltrato y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes; la violencia en la pareja o violencia doméstica, y el maltrato a personas mayores.”<sup>89</sup>

Respecto a la primera categoría, maltrato infantil, se ha dado amplio tratamiento en el capítulo II de esta investigación.

En relación a la violencia hacia la mujer, éstas son sus principales manifestaciones;

- Abuso psicológico o emocional: Conducta u omisión que tiene por objeto causar temor e intimidación y controlar la conducta, sentimientos y pensamientos de la persona que está siendo abusada, atentando al bienestar físico de la afectada. Como las otras tipologías, también se instala en la relación asimétrica de poder, donde el agresor genera de manera paulatina en la víctima manipulación psicológica para influir sobre la autonomía de sus pensamientos, decisiones, conductas y percepciones. La víctima va perdiendo el sentido crítico y la capacidad de defenderse, tornándose dependiente ante el dominio absoluto y destructivo del agresor.

---

<sup>89</sup> Plan Nacional de Violencia Intrafamiliar en Chile [En línea] Unidad de Prevención de Violencia Contra la Mujer-Chile Acoge <[https://www.sernam.cl/descargas/Plan\\_Nacional\\_2012-2013.pdf](https://www.sernam.cl/descargas/Plan_Nacional_2012-2013.pdf)> [Consulta: 03 de julio de 2016].

Se considera este tipo de agresión como violencia pasiva, en tanto las consecuencias en la víctima no constituyen lesiones desde el punto de vista penal, sin embargo, su habitualidad, surte un menoscabo en la identidad, emocionalidad, y auto estima de quien la padece.

Se puede observar que el silencioso proceder de este tipo de agresión, es lo más grave, puesto que la reafirma y la vuelve impune en el paso del tiempo, sin que la víctima incluso, pueda llegar a identificar sus efectos, ya que en múltiples ocasiones, es ella misma quien válida esta agresión como forma de relacionarse. Al respecto, podría citar a modo de ejemplo de lo señalado, la sexta Encuesta Nacional de la Juventud, la que reportó en el año 2010, que las mujeres entrevistadas -entre 15 y 29 años- declaran ser o haber sido víctimas de violencia psicológica, en cifras de alrededor de un 50% menos, que aquellas que declaran haber sido violentadas físicamente.<sup>90</sup>

- **Abuso Físico:** Acto por el cual se inflige o intenta infligir daño no accidental, por medio del uso de la fuerza física o algún tipo de objeto u arma, que pueda provocar o no lesiones externas, internas o ambas. La manifestación más extrema es el femicidio, en que el agresor atenta contra la vida de su víctima. Este último constituye una figura penal contemplada de la

---

<sup>90</sup> INJUV. 2010. Sexta Encuesta Nacional de la Juventud, Instituto Nacional de la Juventud. Tipo de Violencia en la pareja según tramo etario y sexo [En línea] <<http://estudios.sernam.cl/?m=s&i=51>> [Consulta: 18 de julio de 2016].

Ley 20.066, tras la publicación de la Ley 20.480 el 18 de diciembre de 2010 que modificó el Código Penal y la ley de Violencia Intrafamiliar.

Según las cifras aportadas por el servicio Nacional de la Mujer, el año 2015 se registraron 45 femicidios en Chile, y en lo que va del presente 2016 a la fecha, se han registrado 15.<sup>91</sup>

- Abuso sexual: Comprende todo acto en el que por medio de la fuerza física, coerción o intimidación psicológica, obliga a otra a que ejecute un acto sexual contra su voluntad, o que participe en interacciones sexuales que propician su victimización y de la que el ofensor intenta obtener gratificación. El abuso sexual en la pareja, ha sido considerado como la manifestación más grave de violencia conyugal, es un importante indicador de riesgo, así como también indica un mayor deterioro de la relación de pareja. (Martínez y otros, 1997).

Al respecto, es posible observar que aún se encuentra inserto en el imaginario de algunos, que este tipo de violencia no es tal cuando tiene lugar dentro de la relación afectiva de pareja, y con mayor fuerza en el matrimonio.

En efecto, una sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica condenó a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, al autor del delito de violación, cometido en contra de su cónyuge el año 2007. No

---

<sup>91</sup> SERNAM. Estadística de femicidios 2016 [En línea]  
<[http://portal.sernam.cl/img/uploads/FEMICIDIOS%202016%20al%2026\\_05.pdf](http://portal.sernam.cl/img/uploads/FEMICIDIOS%202016%20al%2026_05.pdf)> [Consulta: 28 de Julio de 2016]

obstante lo simbólico de este hecho es lo alegado por la defensa, quien sostuvo que el Código Civil define el contrato del matrimonio y, que dentro de esos fines, se encuentra el de la procreación.<sup>92</sup>

- Abuso financiero y/o patrimonial: Impedir o limitar la participación de las mujeres en el trabajo remunerado, el acceso a la información de bienes materiales, el manejo del dinero y recursos económicos.<sup>93</sup>

Se trata de un maltrato solapado que se presenta de manera encubierta puesto que en los contextos en que es el hombre el único proveedor económico del grupo familiar, éste ejerce el maltrato marcando la desigualdad y restringiendo el acceso al dinero, en un atentado directo contra la autonomía y libertad de la mujer. En alguna medida, revierte un tipo de maltrato psicológico también.

Se debe agregar, que en el contexto de la presente investigación, cualquiera de estas tipologías de maltrato podría afectar de manera más directa o indirecta a los niños en la calidad de hijos de las víctimas, al considerar que ellos como espectadores de las agresiones, y de la dinámica de violencia, podrían sufrir secuelas de carácter psicológico en el desarrollo de la percepción de sí mismo, y de su mundo emocional.

---

<sup>92</sup> Sentencia Rol N° 0600753725 3. Del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica [En línea] <[http://www.defensores.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=935&Itemid=48](http://www.defensores.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=935&Itemid=48)> [Consulta: 18 de julio de 2016]

<sup>93</sup> Plan Nacional de Violencia Intrafamiliar en Chile, Unidad de Prevención de Violencia Contra la Mujer Chile Acoge [En línea] <[https://www.sernam.cl/descargas/Plan\\_Nacional\\_2012-2013.pdf](https://www.sernam.cl/descargas/Plan_Nacional_2012-2013.pdf)> [Consulta 03 de julio de 2016].

Finalmente respecto de la violencia hacia adultos mayores, o personas mayores de 60 años, existe VIF cuando se presente “cualquier acción u omisión que produzca daño a una persona mayor y que vulnere el respeto a su dignidad y el ejercicio de sus derechos como persona, pudiendo ocurrir de manera intencionada, como también por desconocimiento de manera no intencionada. El daño producido a una persona mayor puede ser de orden físico, psíquico y/o patrimonial.”<sup>94</sup>

Sobre el concepto de violencia intrafamiliar y la relación de éste con la materia de esta investigación -maltrato infantil-, se ha querido citar el siguiente fallo del 31 de Agosto de 2009, Puerto Montt.

Se esgrime la figura de violencia psicológica de un abuelo en contra de su nieta, a quien ha intimidado sostenidamente mediante conductas como disparar al aire con su escopeta, o violentar a sus mascotas. Provocando en la menor de edad -de acuerdo a informe de psicóloga en calidad de perito- secuelas como “terror nocturno, ansiedad e irritabilidad en el hogar, dolores de estómago, cefaleas, y taquicardia, lo que obedece a trastornos ansiosos”. Respecto a ello el sentenciador ha señalado, “que conforme a lo razonado pueden constituir actos de violencia intrafamiliar aquellos que con ocasión de conductas humanas manipulen objetos u animales con el fin de producir miedo, temor, amenaza y sentimientos de inseguridad, insatisfacción o angustia.”

---

<sup>94</sup> SENAMA. 2007. “Guía de Prevención del Maltrato en Personas Mayores”.

Que se han producido graves secuelas en niña, y que de acuerdo a la doctrina, es un tipo de violencia denominada “violencia pasiva”, en la que “los niños son testigos de violencia, y el daño que sufren es a nivel psicológico y se les daña en forma indirecta”.

En efecto, se considera que los hechos son constitutivos de actos de violencia intrafamiliar de aquellos de carácter psicológico que recaen sobre una persona menor de edad, a lo que se refiere el art 5° de la LVIF.

Respecto de la sentencia, se condena al denunciado al pago de una multa ascendente a 2 UTM a beneficio del Gobierno Regional, para ser destinada a Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar de la Región, debiendo el condenado acreditar el pago de la multa dentro de los 5 días siguientes a la fecha de notificación. Además se aplica al sentenciado la accesoria consistente en la prohibición de acercarse a los denunciantes y a sus hijos, o al domicilio de las víctimas o al lugar de sus trabajos por el lapso de un año contado desde la notificación de la sentencia. El denunciado deberá pagar las costas del juicio.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 2010. Rol Corte N° 115-2009. En: Jurisprudencia sobre Violencia Intrafamiliar. Departamento de Estudios jurídicos PUNTO LEX. Santiago, Editorial PUNTO LEX. pp.142-147.

## **1.2 Medidas de Protección**

### **1.2.1 Concepto**

El legislador no ha realizado una definición de la medida de protección como concepto jurídico.

Las medidas de protección a la infancia, según García Méndez “son un instrumento fundado en la potestad del Estado ejercida por intermedio del órgano jurisdiccional para proteger a los menores de edad que se encuentran gravemente vulnerados en sus derechos, manteniendo la mirada en la situación irregular que están viviendo, a través de mecanismos asistenciales.”<sup>96</sup>

Por su parte Núñez y Cortés, agregan que las medidas de protección destinadas a niños, niñas o adolescentes tienen por objetivo, neutralizar la amenaza o terminar con la vulneración de derechos.<sup>97</sup>

No obstante lo descrito en ambas definiciones, la ley no precisa lo que se entiende por vulneración de derechos.

Dicho esto, se considera que virtud de su función, la medida de protección es -como su nombre lo indica- el acto jurídico destinado a la protección de la infancia frente a la vulneración de sus derechos, lo que se entenderá como un daño manifiesto, o el riesgo inminente de que un daño pueda llegar a concretarse.

---

<sup>96</sup> Citado por NUÑEZ R., GERMÁN. La Judicatura de Familia. ¿Tutela Efectiva de los Derechos de los Menores?; Las Medidas de Protección en el Derecho Chileno. Ob. cit. 259p.

<sup>97</sup> NUÑEZ Á., RENE y CORTÉS R., MAURICIO. 2012. Derecho Procesal de Familia. La Primera Reforma Procesal Civil en Chile. Santiago, Thomson Reuters,. 363p.

### **1.2.2 Marco regulatorio**

La Ley 19.968, publicada el 30 de Agosto del año 2004, establece la regulación del procedimiento ordinario ante los Juzgados de Familia, así como la regulación de procedimientos especiales; entre los que se encuentra el procedimiento de aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Dicha regulación aparece contenido en el Título IV sobre Procedimientos Especiales en los artículos 68° al 80° de la referida Ley. Además de manera supletoria a lo no previsto en éste Título, se aplica lo establecido respecto del procedimiento de reglas generales contenido en el Título III de la Ley de Tribunales de Familia.

Respecto de las medidas de protección que el juez de familia puede adoptar en la sentencia, estas aparecen establecidas en el artículo 30<sup>98</sup> de la Ley de Menores 16.618, y, de ella se aplica lo establecido en los artículos 1°, 15, 16 bis, 31,33, 54-57, 60,61 y 69.

En relación a los instrumentos internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 19 el mandato a que los Estados Partes garanticen a través de medidas preventivas y de tratamiento, la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, víctimas de toda

---

<sup>98</sup> Ellas son; 1°) Devolver el menor a sus padres, guardadores o personas a cuyo cargo estuviere, previa amonestación; 2°) Someterlo al régimen de libertad vigilada, lo que se efectuará en la forma que determine el reglamento; 3°) Confiarlo, por el tiempo que estime necesario, a los establecimientos especiales de educación que esta ley señala, y 4°) Confiarlo al cuidado de alguna persona que se preste para ello, a fin de que viva con su familia, y que el juez considere capacitada para dirigir su educación.

forma de malos tratos; informando con ello la legislación nacional en esta materia.

Sin embargo, es necesario precisar en este punto que en materia de vulneración de derechos a la infancia, se puede estar frente a transgresiones acontecidas en el seno de la familia, o fuera de ésta. Para efectos de la primera hipótesis, la vulneración en contexto familiar, es decir perpetrada por un pariente del niño, niña o adolescente, se encuentra regulada en la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, y en la Ley 19.968, en el Procedimiento relativo a los Actos de Violencia Intrafamiliar, artículos 81 al 101. Por su parte, la vulneración infantil acaecida fuera del grupo familiar, se encuentra regulada en distintos cuerpos legales, tales como; Ley 20.536 sobre Violencia Escolar, Ley 20.526 que sanciona el acoso sexual de menores la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil; Ley 20.230 que adecua el Decreto Ley N° 321 sobre libertad condicional a la regulación vigente del delito de violación de menores; Ley 20.207 que establece que la prescripción de delitos sexuales contra menores se computará desde el día en que estos alcancen la mayoría de edad; Ley 20.032 que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME y su régimen de subvención; Ley 19.927 que modifica los códigos Penal de Procedimiento Penal y Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil; Ley 19.874 que facilita la denuncia en caso de atentados sexuales y

permite una mejor investigación del delito; Ley 19.617 que modifica el Código Penal el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materia relativas al delito de violación; Ley 19409 que sanciona a quien facilite la entrada al país a personas para ejercer la prostitución; Ley 19.324 que introduce modificaciones a la Ley N° 16.618 de menores en materia de maltrato de menores; Ley 19304 que modifica el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Menores en lo relativo al maltrato de menores; y Ley 19.241 que perfecciona las normas relativas al delito de secuestro y sustracción de menores.<sup>99</sup>

### **1.2.3 Características y Principios**

A pesar de que los tribunales de familia, no poseen facultades penales para sancionar delitos, la ley le brinda al Juez de Familia, amplias potestades cautelares toda vez que existan situaciones de riesgo para las víctimas, o vulneración de derechos a la infancia. En este último caso, el fundamento que sustenta esta potestad cautelar, es el interés superior del niño, el que en virtud de los tratados internacionales y la Constitución de la República, se encuentra protegido por todo el ordenamiento jurídico.

---

<sup>99</sup> BCN [En línea]  
[https://www.leychile.cl/Consulta/listado\\_n\\_sel? grupo aporte=&sub=868&agr=2&comp=](https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel? grupo aporte=&sub=868&agr=2&comp=)  
[Consulta 15 de julio de 2016].

De ahí que el juez de familia tenga la atribución de iniciar de oficio el procedimiento, determinar el objeto de juicio, y llevar adelante el procedimiento incluso sin esperar que las partes formulen solicitudes en tal sentido.<sup>100</sup>

En efecto, se trata, como describen Nuñez y Cortés, de un procedimiento cautelar autónomo, en el sentido que no está asociado a otro procedimiento.

Los principios que informan el procedimiento son en general los mismos que se aplican al Procedimiento Ordinario de Familia, en conformidad al artículo 9° de la Ley de Tribunales de Familia, estos son, *oral, concentrado y desformalizado*. *En él primarán los principios de la inmediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes*.

No obstante, se da especial preponderancia al Principio inquisitivo, esto es, el juez de familia podrá iniciar el procedimiento de oficio y determinar el objeto de juicio, adoptando además, aquellas medidas que le parezcan pertinentes - aquellas contempladas en el artículo 30 de la ley de Menores- sin necesariamente responder a lo requerido por las partes.

En este sentido también opera el Principio de investigación de oficio, en que el juez indagará respecto de los motivos que activaron el procedimiento y sobre como ellos afectan al sujeto pasivo, determinando los hechos a probar, y ordenando la cantidad y el tipo de prueba que estime necesario.

---

<sup>100</sup> NUÑEZ Á., RENE y CORTÉS R., MAURICIO. Derecho Procesal de Familia. La Primera Reforma Procesal Civil en Chile. Ob. cit. 364p.

El Principio de desformalización del procedimiento de acuerdo a lo prescrito en el artículo 70° inciso 2 de la Ley 19.968 en que el requerimiento *no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento.* Y el Principio de protección a los más débiles, considerando que participan niños, niñas o adolescentes, en situación de vulnerabilidad o debilidad. Éste se manifiesta en la *Comparecencia del niño, niña o adolescente...* en que *el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones..., considerando su edad y madurez.*

*Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.*

#### **1.2.4 Procedimiento**

La fase preliminar del proceso se inicia con la solicitud de protección, que puede realizar cualquier persona, incluso un ente gubernamental que esté en conocimiento de la eventual vulneración. Como ya se ha señalado anteriormente, no existen formalidades respecto del requerimiento, este se puede realizar incluso de forma oral. Una vez “ingresada la petición, la primera resolución del tribunal deberá tener por interpuesta petición de medida de protección, fijará fecha de audiencia para los 5 días siguientes, a la que citará al niño, niña o adolescente, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté,

y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.”<sup>101</sup>

Posteriormente en la fase preparatoria, se realiza la audiencia fijada previamente; en ella el juez informa a las partes el motivo de comparecencia, así como sus derechos y deberes. También en esta, los requeridos pueden hacer sus descargos. Así mismo el juez debe indagar sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, y sobre como esto afecta al menor, además debe escuchar la opinión del niño, niña o adolescente en cuestión. Una vez conocidos los dichos de las partes, se fija el objeto de juicio, y las pruebas que se rendirán en la audiencia de juicio, circunstancia en que las partes pueden solicitar prueba al tribunal. Se finaliza la audiencia, fijando fecha de audiencia de Juicio.

Finalmente, en la audiencia de juicio se incorporan las pruebas ofrecidas por las partes, estando obligado el tribunal a fallar oralmente una vez terminada la prueba, debiendo explicar a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y duración. Así mismo, la sentencia debe fundamentar la necesidad y conveniencia de la medida, los objetivos, y el tiempo de su duración.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> NUÑEZ R., GERMÁN. La Judicatura de Familia. ¿Tutela Efectiva de los Derechos de los Menores?; Las Medidas de Protección en el Derecho Chileno. Ob. cit. 268 p.

<sup>102</sup> Cfr. Ibídem.

Para efectos de esta investigación, y atendido lo descrito en materia de medidas de protección es procedente en este apartado señalar, que ellas se estiman no sólo necesarias, sino que fundamentales en la protección de los derechos de la infancia. Sobre todo considerando su naturaleza de resguardar al niño, niña o adolescente en cualquier momento de la investigación, dado que en general los procesos judiciales, no siempre despliegan la celeridad que se esperara para efectos de resguardar de manera inmediata el interés superior del niño. En este sentido, al estar frente a un evento, cualquiera sea, consumado de maltrato infantil, lo urgente es detener la vulneración, y en este contexto la medida de protección cumple el objetivo.

Sin perjuicio de lo anterior, se entiende que estas medidas no son la solución al hecho que origina u originó la vulneración de un derecho a la infancia, y que no pretenden serlo, por ello el legislador ha estimado tiempos delimitados para su permanencia, ya que es probable que la misma medida que se adoptó como cautela a la transgresión de un derecho, pueda importar efectos iatrogénicos de ser extendida en el tiempo.

A modo de ejemplo, ello ocurre con los niños que, en virtud de su interés superior, han sido apartados de sus familias de origen, siendo colocados en residencias transitorias o familias de acogida pertenecientes a programas de la red SENAME, lo que ocasionalmente se extiende hasta por sobre el período de

un año. Situación que nadie podría esgrimir como la más óptima para el mejor bienestar de un niño, pero que sin embargo es más recurrente de lo que se quisiera. En efecto, el anuario estadístico de la red SENAME del año 2014, publicó que a esa fecha, 12.785 niños eran atendidos en programas residenciales<sup>103</sup>, esto es separados de sus familias de origen por situaciones de vulneración grave.

### **1.3 Cuidado Personal**

La reforma que introduce la Ley 20.680 del 21 de Junio del año 2013 al Código Civil, en materia de cuidado personal de los hijos, relación directa y regular, y patria potestad, “acentúa, como principio general, la igualdad de derechos y deberes en la crianza y educación de los hijos, tanto cuando los padres viven juntos como luego de la separación”.<sup>104</sup>

En materia de cuidado personal, la Ley 20.680 “establece cambios en las formas de atribución del cuidado personal y en el ejercicio de este derecho deber, inspirados en los principios de autonomía la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño.”<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> SENAME. Anuario estadístico 2014, [En línea] <<http://www.sename.cl/anuario-estadistico2014/ANUARIO-2014.pdf>> [Consulta 20 de julio de 2016]

<sup>104</sup> TAPIA R., MAURICIO. 2014. Comentarios críticos a la Reforma del Cuidado Personal de los hijos (Ley 20.680). Revista de Derecho de Familia (1):13.

<sup>105</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. 2013. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley 20.680. Revista de Derecho Escuela de Postgrado, semestre 1 (3):285.

Al consagrar la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el principio de su interés superior, lo que debe primar en materia de cuidado personal es siempre el bienestar del hijo menor de edad, independiente del escenario en el que esté aconteciendo el divorcio o cualquier otra situación que incida en la materia.

La reforma, otorga igualdad a los padres en la tutela de este deber-derecho, declarando la corresponsabilidad de ambos padres en el cuidado de sus hijos. Con ello queda atrás la preferencia materna respecto del padre, así como, el hábito de que alguno de los padres se margine del deber de participar en la crianza de sus hijos. En este sentido, es que la profesora Gómez de La Torre, ha señalado que el principio de “corresponsabilidad” de los padres en la participación del cuidado de sus hijos, “representa un cambio de paradigma y un cambio cultural”.<sup>106</sup> Atendiendo con su comentario, a las múltiples situaciones en que ello acontece en el escenario nacional.

### **1.3.1 Concepto**

---

<sup>106</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. 2014. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Revista de Derecho de Familia (1):39.

Si bien actualmente no contamos con una definición por parte del legislador respecto a lo que es el cuidado personal, en el artículo 224 del Código Civil se señala cómo el ejercicio en “la crianza y educación de los hijos”.

La doctrina por su parte lo ha definido como “el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo”.<sup>107</sup> Así como “el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía”<sup>108</sup>, “proporcionándoles residencia, alimento y educación”<sup>109</sup> No obstante, siguiendo a Lathrop, la doctrina también entiende el cuidado personal “no sólo como una figura que comprende crianza y educación, sino que la realización de todo lo necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo”.<sup>110</sup> Desde una visión similar Lepín señala que se trataría de “el conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos”<sup>111</sup>, concordando con ello, en que el cuidado personal, trasciende la sola educación y crianza de los mismos. Resulta relevante esta distinción realizada por el profesor Lepín acerca del ejercicio del deber / derecho que deriva del convivir o compartir la vida con el hijo/a, ya que con

---

<sup>107</sup> BAVESTRELLO B., IRMA. 2003. Derecho de menores. Santiago, Lexis Nexis. 61p.

<sup>108</sup> SCHMIDT H., CLAUDIA y VELOSO V., PAULINA. 2001. La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia. Santiago, Lexis Nexis. 273p.

<sup>109</sup> GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. 2007. El sistema filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 135p.

<sup>110</sup> LATHROP G., FABIOLA. 2005. Cuidado Personal de los Hijos. Santiago, Editorial Punto Lex. 6p.

<sup>111</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. 2014. Modificaciones a los Efectos de Filiación. Una cuestión de Principios. Revista de Derecho de Familia (1):140.

ello rescata el principio de “corresponsabilidad” introducido por la reforma, al otorgar el ejercicio del derecho en forma equitativa y permanente a ambos padres, vivan juntos o separados.<sup>112</sup>

Desde la perspectiva de los derechos del hijo, éste tiene derecho a vivir con sus padres, a no ser separado de ellos y a crecer en el seno de una familia (preámbulo y artículo 7 de la Convención de los derechos del Niño).<sup>113</sup>

La génesis del deber de cuidado se encuentra en un nivel primario en la filiación determinada, y en forma secundaria en el parentesco, la adopción o la protección. Dentro de los efectos de la filiación legalmente determinada, el deber de cuidado personal se enmarca en las relaciones personales (potestad parental) que se producen entre los padres y los hijos.<sup>114</sup>

### **1.3.2 Marco regulatorio**

La institución del cuidado personal se encuentra regulada en el título IX “de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos” de nuestro Código Civil. Específicamente los artículos 224, 225, 226, y 227.

Dicho marco regulatorio se re organiza tras las modificaciones introducidas al Código Civil, por la Ley 20.680, la que tuvo como propósito proteger la

---

<sup>112</sup> Cfr. Art. 224 Código Civil. BCN

<sup>113</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. El sistema filiativo Chileno. Ob. cit. 135p.

<sup>114</sup> VALDIVIA P., RODOLFO. 2007. El deber de cuidado personal. Un análisis de las instituciones principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del cuidado personal del niño o adolescente. Memoria de Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 71p.

integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, dejando atrás la interpretación de la preferencia materna, como regla supletoria legal, hasta antes de la Reforma.<sup>115</sup>

La Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, en su artículo 8 N° 1, establece la competencia de los Juzgados de Familia en las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes. En la misma Ley, párrafo 4 del Título III, se regula el procedimiento concerniente a dichas causas.

Por su parte, la Nueva Ley de Matrimonio Civil, 19.947, en su Título III, respecto de la separación de los cónyuges, establece en su artículo 21 del Primer Párrafo, la reglamentación del cuidado personal, en el marco del acuerdo regulador, tras la separación de hecho de los padres, en el que además se hace mención explícita a que los padres podrán convenir un régimen de cuidado personal compartido. Además en los artículos 27 y 55 de la misma ley, en que se establece que de ser la separación de mutuo acuerdo, los cónyuges deberán presentar un acuerdo completo y suficiente que regule las relaciones mutuas y con sus hijos tras la separación, y que contenga entre otras materias, el cuidado personal.

---

<sup>115</sup> Cfr. RODRIGUEZ P., MARÍA SARA. 2014. Nuevas Reformas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013. Revista de Derecho de Familia (1).

La persona sobre la que recaiga el deber/ derecho del cuidado personal de su hijo, de acuerdo a lo consagrado en artículo 245 de nuestro Código Civil, tiene también la Patria Potestad, es decir, la representación legal del niño y el derecho de goce y administración de sus bienes. No obstante ello, este apartado se encuentra antes del Título X sobre La Patria Potestad. “Por tanto, la Doctrina considera, así, que la regulación sobre el Cuidado Personal de los Hijos no se encuentra dentro de la Patria Potestad sino que sería un instituto distinto e independiente de aquél, en contraposición a lo que sucede en la mayoría del derecho comparado”.<sup>116</sup>

### **1.3.3 Sujetos**

Tras las modificaciones establecidas por la Ley 20.680, son titulares del cuidado personal ambos padres, de manera conjunta. Ya sea que estos lleven una vida en común o se encuentren separados, *les toca de consuno el cuidado personal de los hijos*.<sup>117</sup> En ello, no establece excepción a la regla el tipo de filiación, ya que la norma contempla tanto a aquellos hijos de filiación matrimonial como a los que no lo son. No obstante, para aquellos hijos nacidos fuera de la institución matrimonial, y que hayan sido reconocidos sólo por uno

---

<sup>116</sup> BARROS A., FERNANDO. 2013. Del Cuidado Personal, Igualdad entre padres e Interés Superior del Niño. Tesis de Magíster en Derecho. Universidad de Chile. 26p.

<sup>117</sup> Cfr. Art. 224 Código Civil.

de los padres, será titular del cuidado sólo el padre o madre que lo haya reconocido.<sup>118</sup>

No obstante, se debe considerar que en virtud del interés superior del niño, la Ley 20.680, a través del artículo 225-2 del Código Civil, ha determinado *criterios y circunstancias para el establecimiento y régimen del cuidado personal*, ello a fin de darle precisión al principio, en términos que permitan subsumir en la norma legal los supuestos de hecho correspondientes y facilitar luego su aplicación práctica.<sup>119</sup> De esta forma, al eliminar la inhabilidad del art. 225, respecto de uno de los padres, lo medular en la asignación del Cuidado Personal, ya no son las aptitudes o habilidades de estos, sino que el bienestar del niño, niña y adolescente. Por cuanto, dichos criterios y circunstancias pasan a conformar para el juez de familia una guía al momento de tomar decisiones que afecten al niño.<sup>120</sup>

Por otra parte, en armonía con las modificaciones introducidas, el artículo 226 del Código Civil, determina que en caso de encontrarse ambos padres inhabilitados física o moralmente para ejercer la titularidad, será el sentenciador quien disponga a un tercero quien detente el derecho. Sin perjuicio de lo anterior el derecho al cuidado personal tendrá preferencia siempre para la

---

<sup>118</sup> Cfr. Art. 224 Código Civil.

<sup>119</sup> ALVARADO, JACQUELINE. 2014. El interés superior del niño a la luz del artículo 225-2 del Código Civil. Tesis de Magíster en Derecho de Familia(s), Infancia y Adolescencia. Universidad de Chile.

<sup>120</sup> ROCA T., ENCARNA. 1999. Familia y cambio social (De la <<casa>> a la persona). Editorial Civitas. 211p.

madre o el padre, y en segunda instancia a los terceros, entre los que el legislador ha incluido en orden de prelación a los consanguíneos más próximos, y en especial a los abuelos. Para efectos declarar la inhabilitación física y moral de ambos padres, y en efecto otorgar el cuidado personal a un tercero, el sentenciador se deberá remitir a lo detallado en el artículo 42 de la Ley de Menores, que reza;

*Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilitación física o moral:*

*1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;*

*2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;*

*3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo:*

*4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;*

*5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;*

*6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;*

*7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.*

Así mismo, cuando el hijo no ha sido reconocido por ninguno de los padres, corresponderá al juez determinar, siempre al amparo del principio del interés superior del niño, a la persona sobre la que recaiga esta titularidad.

Finalmente en el caso de que uno de los padres fallezca, corresponde el cuidado al padre o madre sobreviviente.

Se debe relevar en este apartado que el cuidado personal, no constituye sólo un derecho de los padres, sino que se trata de un derecho/deber sobre los hijos, el que establece obligaciones relativas a proteger al hijo y su interés superior, lo que trasciende a la sola crianza y educación.

“La distinción entre “derecho” o “derecho-función”, “derecho-deber” y otras como “facultad” o “potestad” fija la relación jurídica existente entre los titulares del cuidado personal y los sujetos (pasivos), o titulares del bien jurídico protegido por los cuales se ejerce, es decir, los hijos. Concebir el cuidado personal como exclusivamente un derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía hace pensar, en principio, que se está cosificando al niño como un objeto de derechos”.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> Cfr. BARROS A., FERNANDO. Del Cuidado Personal, Igualdad entre padres e Interés Superior del Niño. Ob. cit. pp. 49-50.

### 1.3.4 Determinación del Cuidado Personal

Actualmente, nuestro Código Civil admite tres mecanismos de atribución del cuidado personal, cuando el ejercicio de éste sea determinado entre los padres;

El primero de ellos es la atribución convencional entre los padres, en la que ellos pueden regular la atribución y forma de ejercicio del cuidado personal de sus hijos, pudiendo atribuirlo sólo a uno de estos, o pactarlo de manera compartida.<sup>122</sup> Ello corre de manera independiente al tipo de filiación que los hijos tengan. Ya que puede pactarse en cualquier momento tras la separación de hecho matrimonial, o bien separación de la vida en común. Lo relevante aquí es dar cabida a la autonomía de la voluntad de los padres, en virtud de la desjudicialización del proceso. Ya que “estos pactos son completamente extra judiciales, es decir, se alcanzan directamente entre las partes y no requieren de aprobación judicial”.<sup>123</sup> Respecto a la forma, es el mismo artículo 225 el que establece que el acuerdo se otorgará por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil y deberá ser subinscrito al margen de la

---

<sup>122</sup> Artículo 225 inciso 2° Código Civil.

<sup>123</sup> RODRIGUEZ P., MARÍA SARA. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013. Ob. cit. 83p.

inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días subsiguientes a su otorgamiento.<sup>124</sup>

Como se ha señalado, la reforma que trae consigo la Ley N° 20.680, propicia pactar el cuidado personal de manera compartida por lo padres, lo que se encuentra definido en el inciso 2° del artículo 225 del Código Civil. En aquellos casos en que la convención de los padres acuerde un cuidado personal de carácter compartido, este se materializará mediante un sistema de residencia que asegure su adecuada estabilidad y continuidad<sup>125</sup>. Al respecto algunos autores han interpretado que “este último pacto puede establecerse con residencia del hijo con uno de los padres, o residencia compartida en una forma compatible con la estabilidad y continuidad en la crianza y educación del hijo, deseada por el legislador”<sup>126</sup>.

Una segunda forma es la ley como criterio de atribución legal supletoria que tampoco poco requiere de intervención judicial, pues opera en el silencio de las partes, es decir, en atención al inciso 3° del artículo 225 del Código Civil, *a falta de acuerdo el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien está*

---

<sup>124</sup> Artículo 225 inciso 1° Código Civil.

<sup>125</sup> Artículo 225 Inciso 2° Código Civil.

<sup>126</sup> RODRIGUEZ P., MARÍA SARA. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013. Ob. cit. 82p.

*conviviendo*.<sup>127</sup> En estricto rigor se mantiene la situación de hecho ya existente, sin que el tribunal tenga que intervenir o interceder en la toma de nuevas decisiones. Como señala Lepín, se trata de “una norma de atribución supletoria, que consagra el principio de igualdad de los padres, y que protege el interés superior de los hijos al mantener su situación, priorizando su estabilidad material y espiritual.”<sup>128</sup>

Finalmente la atribución judicial, opera toda vez que los padres no logran llegar a acuerdos respecto del cuidado de sus hijos, manifestando desacuerdo con la regla supletoria, caso en el que debe ser el juez de familia quien, intervenga en el conflicto. En este sentido la ley establece que ambos padres se encontrarán en igualdad de condiciones para solicitar el cuidado. No obstante en virtud del principio de interés superior del niño, el juez deberá otorgar el cuidado a quien brinde mayores garantías de satisfacer de mejor forma las necesidades de sus hijos, y a la luz de lo dispuesto en el artículo 225-2. “Por tanto, el juez deberá considerar quien de los padres garantiza mejor la mayor realización espiritual y material posible de los hijos, o si se quiere quien garantiza el pleno ejercicio de

---

<sup>127</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley 20.680, Ob. cit. 291p.

<sup>128</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. Modificaciones a los Efectos de Filiación. Una cuestión de Principios. Ob. cit. 146p.

sus derechos fundamentales. En otros términos, se trata de probar cuán buen padre o madre es y si ello es lo más conveniente para los hijos”.<sup>129</sup>

Cuando el interés superior del niño lo haga estrictamente necesario, y ante razones debidamente fundamentadas -como ya se ha señalado en los apartados anteriores- el juez de familia podrá atribuir el cuidado personal a un tercero. Para ello primeramente los padres deben encontrarse inhabilitados, a la luz de lo establecido en el artículo 226 del Código Civil, y conforme al artículo 42° de la Ley de Menores. Sin perjuicio de ello, el legislador ha sido claro en plasmar que el derecho-deber corresponde de manera prioritaria a los padres, y que la atribución a un tercero ha de ser sólo en los casos en que los padres no se encuentren en condiciones de asumir el cuidado, ante lo que se preferirá según reza el artículo 226 del Código Civil,<sup>130</sup> a los *consanguíneos de grado más próximo y en especial a los ascendientes*.

### **1.3.5 Suspensión o restricción del deber- derecho**

En el marco de lo ya definido, respecto a la atribución judicial del cuidado personal, se debe precisar que el artículo 225 del Código Civil establece que aun cuando por acuerdo existiere alguna forma de ejercicio compartido, si las circunstancias lo requieran y el interés superior del hijo lo haga conveniente, el juez podrá atribuir el cuidado personal del hijo al otro de los padres, o radicarlo

---

<sup>129</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. Reformas a las relaciones paterno-filiales. Análisis de la Ley 20.680, Ob. cit. 293p.

<sup>130</sup> Modificado por la Ley 20.830.

en uno solo de ellos. En este sentido, corresponde aclarar que tras la reforma “se elimina la causal calificada consagrada en el antiguo inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, al exigir que el cambio de titularidad procediera en casos de maltrato, descuido u otra causa calificada”, en su lugar, se eleva como causal única y preponderante el principio del interés superior del niño. En este sentido se entiende que la intención del legislador es superar el criterio de inhabilidad y sustituirlo por el del interés del hijo, obligando a las partes y al juez a concentrarse en el bienestar de este.<sup>131</sup> “De esta forma, se pasa de un sistema en el que se buscaba desacreditar al otro padre, a uno en que se busca el mejor bienestar del hijo, por lo que el padre o madre que garantice mejor los derechos fundamentales de los niños, será quien deba ejercer su cuidado personal”.<sup>132</sup>

Dicho esto, en el escenario de privar a uno de los padres del deber /derecho, el sentenciador debe dar contenido al interés superior del niño mediante la integración de los criterios y circunstancias que la redacción de la norma indica en el artículo 225-2 del mismo cuerpo legal. Ellos son;

---

<sup>131</sup> RODRIGUEZ P., MARÍA SARA. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013. Ob. cit. 90p.

<sup>132</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. Modificaciones a los Efectos de Filiación. Una cuestión de Principios. Ob. cit. 149p.

- a) *La vinculación afectiva entre el hijo y sus padres, y demás personas de su entorno familiar.*
- b) *La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad.*
- c) *La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo.*
- d) *La actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, a fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo cual considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229.*
- e) *La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.*
- f) *La opinión expresada por el hijo.*
- g) *El resultado de los informes periciales que se haya ordenado practicar.*
- h) *Los acuerdos de los padres antes y durante el respectivo juicio.*
- i) *El domicilio de los padres.*

*j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo.*

Del análisis, queda claro que el legislador no presenta una lista cerrada ni taxativa de los factores, ya que el establecimiento de estos 10 criterios, no significa que deban valorarse de igual forma; así el juez puede dar mayor valoración a algunos y descartar otros según sea el caso concreto; este decálogo no importa una lista taxativa, ya que el último criterio es de carácter general, basado en el interés superior del niño, el cual es un estándar que mira hacia el presente y hacia el futuro y que puede ser integrado en virtud de tales criterios y circunstancias.<sup>133</sup> El interés del niño es criterio que el juez debe también integrar con motivos o razones de experiencia, juicios de valor y argumentos que justifiquen la decisión en función de la finalidad del principio.<sup>134</sup>

Todavía en el contexto de atribución judicial del cuidado personal, el artículo 226 del Código Civil inciso 1º indica que el juez podrá, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño. Ello, en consonancia con los criterios establecidos en el art

---

<sup>133</sup> Cfr. ALVARADO, JACQUELINE. El interés superior del niño a la luz del artículo 225-2 del Código Civil. Ob. cit.

<sup>134</sup> RODRIGUEZ P., MARÍA SARA, El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia [En línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000300005&script=sci\\_arttext&lng=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000300005&script=sci_arttext&lng=pt) [Consulta 19 de mayo de 2016].

225-2, del mismo Código, a los cuales se debe atender en virtud de esta imposición.

Al respecto Rodríguez Pinto considera que la permanencia del criterio de inhabilidad física o moral de ambos padres del artículo 226, constituye una ambigüedad, en tanto el juez debe atender al interés superior conforme a los criterios y circunstancias establecidos en el artículo 225-2 del Código Civil. Así mismo el artículo 42 de la Ley N° 16.618, aún sostiene y enumera los criterios para efectos de considerar la inhabilidad física o moral del artículo 226 del Código Civil. Es decir, la referencia al interés superior del niño no elimina la exigencia de inhabilidad física o moral de ambos padres para separar a los hijos de su cuidado personal y entregarlos a terceros.<sup>135</sup>

Finalmente la norma indica de manera expresa que en caso de determinarse el cuidado personal a terceros en la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos y, en especial, a los ascendientes, al cónyuge o al conviviente civil del padre o madre, según corresponda.<sup>136</sup>

En el contexto de esta normativa, la Corte Suprema, discrepando de las conclusiones de los jueces de fondo resolvió acoger el recurso de casación en el fondo, en que abuela solicita el cuidado personal de sus nietos, aduciendo que la madre de los menores los abandonó, y fue negligente en su cuidado

---

<sup>135</sup> Cfr. RODRIGUEZ P., MARÍA SARA. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013. Ob. cit. 92p.

<sup>136</sup> Artículo 226 Código Civil.

entregándoselos a la actora, sin haber reclamado jamás la titularidad del derecho legal de custodia. Todo ello en consonancia al artículo 226 del Código Civil; artículo 42 N° 3 de la Ley 16.618; artículo 16 de Ley 19.968; y artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño. Conforme a lo que se expresa que; Los jueces que en el fondo negaron lugar a la demanda, desconocen antecedentes que surgen de modo irrefutable del mérito del proceso, que dan cuenta que la figura materna no cuenta con la capacidad y habilidades necesarias para asumir el cuidado de los niños, y que, no ofrece suficiente garantía de proporcionar la estabilidad y cuidados necesarios para el adecuado desarrollo de los niños [...] Por otra parte, a pesar de que los menores cuentan con filiación determinada, lo cierto es que sus respectivos progenitores tampoco se han hecho cargo de los mismos, revelando un desinterés en participar y asumir las responsabilidades parentales que les competen. [...] Desde esta perspectiva, cabe reflexionar sobre el interés superior de los menores, principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 19.968, y aun cuando su concepto sea indeterminado, puede afirmarse que el mismo alude a asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales del menor y a posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad. [...] Que así las cosas, considerando que en el caso de sub-lite resultaron establecidos motivos suficientes para permitir tener por configurada

la causal de inhabilidad de la madre para ejercer el cuidado de sus hijos, contemplada en el artículo 42 número 3 de la ley N°16.618 y que por lo mismo debe darse primacía al principio del interés superior de los menores involucrados, [...] Que de lo dicho, debe concluirse que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en una errónea aplicación del artículo 226 del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño y de los principios y reglas de la sana crítica, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior de los menores. [...] En su sentencia de reemplazo expresa la Corte Suprema que por las consideraciones precedentes, y atendido a lo dispuesto en las disposiciones legales citadas, se revoca la sentencia apelada, en cuanto rechazó la demanda deducida y, en su lugar, se decide que ésta sea acogida y en consecuencia se concede a doña G.H.P el cuidado personal de sus nietos.<sup>137</sup>

Del análisis del presente fallo, se observa que a pesar de que los niños, habrían estado desde varios años y de manera permanente con la abuela, el juez ha fundamentado su sentencia en las causales de inhabilidad de ambos padres establecidas en el artículo 42 la Ley de Menores, dando contenido al interés superior a través del argumento de incompetencia de ambos padres

---

<sup>137</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Suprema del 14 de Enero de 2013, autos Rol N° 7.150-2012. En: ORREGO A., JUAN. 2014. Criterios jurisprudenciales recientes en el Derecho de Familia. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana. pp.458-466.

para proporcionar satisfacción de las garantías al derecho de los menores. Desde este punto de vista, la figura de la abuela como tercero tutelar del derecho, se alza desde la desacreditación de las figuras parentales en función de sus aptitudes.

Dicho esto, y para efectos de esta investigación, se desprende que aun cuando el espíritu de la reforma corresponda a eliminar la causal calificada al exigir que el cambio de titularidad procediera en casos de maltrato o descuido, dando preponderancia al principio del interés superior del niño. Ello no descarta el criterio de inhabilidad en la determinación del cuidado. Si bien lo que se busca es avalar que el padre o madre que garantice mejor los derechos fundamentales de los niños, sea quien deba ejercer su cuidado personal, el antecedente de maltrato infantil en cualquiera de sus manifestaciones, continúa siendo óbice para quien pretenda detentar este deber-derecho, lo que queda manifiesto en el fallo previamente citado. Siendo así y en síntesis, cualquier diagnóstico por maltrato infantil interferirá en la determinación del cuidado.

## **1.4 Relación directa y regular**

### **1.4.1 Concepto**

El 21 de Junio del año 2013, se publica en el diario oficial la Ley N° 20.680, con lo que se establecen modificaciones al Código Civil, y otros cuerpos legales en materia de cuidado personal, y relación directa y regular. Ello con el propósito

de establecer el principio de corresponsabilidad parental, en virtud de la protección de los hijos de padres que decidan llevar sus vidas separados.

Tras dicha modificación, la ley define la relación directa y regular en el art. 229 inciso 2º del Código Civil, señalando que *“se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, se mantenga a través de un contacto periódico y estable”*. Lo que equivale a sostener el vínculo con el padre no custodio, de manera que no se afecten los lazos, a pesar de la separación de los padres.

La determinación de la relación directa y regular, según Gómez de la Torre, *“nace como consecuencia de una crisis conyugal traducida en una separación de hecho o judicial, de un divorcio o de una nulidad matrimonial. También puede resultar del hecho de que ambos padres no han contraído matrimonio, o no han convivido o si lo hicieron, interrumpieron la convivencia con sus hijos o bien han renunciado a ello.”*<sup>138</sup>

El concepto de la relación directa y regular, precisa esta institución como un *“derecho – deber, que permite el contacto y la comunicación permanente entre padres e hijos, en procura del desarrollo afectivo, emocional y físico, así como*

---

<sup>138</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Ob. cit. 45p.

de la consolidación de la relación paterno- filial.”<sup>139</sup> “Derecho-deber personalísimo del padre o madre separado del cuidado personal por convención, decisión judicial o incluso de hecho.”<sup>140</sup>

Un fallo del Tribunal de Familia de Talagante señala “que el conjunto de deberes y facultades que poseen los padres respecto de sus hijos, deben tener como finalidad el desarrollo, promoción y protección de los derechos de la personalidad del niño, lo que no es posible satisfacer, sino con un ejercicio de parentalidad conjunta que permita al hijo común relacionarse de la manera más directa y regular en el tiempo con ambos progenitores, y en particular con aquel que en la práctica no tiene su custodia o convivencia diaria, tal como ha quedado plasmado en las últimas reformas al derecho de la infancia efectuadas en nuestro país, a través de la publicación de la Ley N° 20.680.”<sup>141</sup>

Por otra parte, siendo el espíritu del legislador otorgar protección al derecho del hijo, a mantener un vínculo constante con el progenitor que no ostenta el cuidado, “propugnando el derecho del hijo a no ser separado de sus padres, y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos”<sup>142</sup>, es que se presume, que el derecho no se limita a un contacto personal. En este sentido,

---

<sup>139</sup> VARSÍ R., ENRIQUE, citado por: GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Ob. cit. 45p.

<sup>140</sup> RODRÍGUEZ P., MARÍA SARA. Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013. Ob. cit. 93p.

<sup>141</sup> JUZGADO DE FAMILIA DE TALAGANTE. 2014. RIT C-687-2013. Considerando 9º. Revista de Derecho de Familia (1):609.

<sup>142</sup> GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Ob. cit. 48p.

Lepín señala que además de los contactos personales, o a falta de estos, “se presenta la opción de mantener contacto durante el resto del tiempo, a través de otros medios, como los virtuales, teléfono, correo electrónico, mensajes de texto, Facebook, WhatsApp, Line, FaceTime, Skipe, u otros medios de comunicación tecnológicos.”<sup>143</sup>

#### **1.4.2 Marco regulatorio**

La institución de relación directa y regular se encuentra regulada en el actual artículo 225 y en el artículo 229 del Código Civil, los que el año 2013 fueron reformados tras la publicación de la Ley N°20.680.

Lo anterior en virtud del amparo de los derechos fundamentales informados por la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 9.3, que establece “*Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*”, y en el artículo 18, que establece que “*Los estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio en que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.*”

---

<sup>143</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. Modificaciones a los Efectos de Filiación. Una cuestión de Principios. Ob. cit. 156p.

Por otra parte, la Ley de Menores N°16.618, en su artículo 48, establece que *“cada vez que se confiere a un menor a alguno de sus padres o a un tercero, deberá establecerse en la resolución respectiva la obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición, determinándose la forma en que se ejercerá este derecho. Podrá el juez, en caso calificado, de oficio o a petición de parte, sin forma de juicio, disponer en la resolución que la misma autorización se entienda conferida, en la forma y condiciones que determine, a los ascendientes o hermanos del menor, debiendo éstos ser individualizados.”*

Este deber derecho se encuentra reconocido también, en el Convenio de La Haya, sobre Sustracción Internacional de Menores y Visitas Internacionales de 1980, en el capítulo IV sobre Derecho a Visita.

### **1.4.3 Sujetos**

“La relación directa y regular involucra a tres personas; al padre o madre que no tiene el cuidado personal, al padre o madre que tiene el cuidado personal y al hijo. Son sujetos activos de la relación el padre o madre que no tiene el cuidado y el hijo”<sup>144</sup>

El padre o madre que no tiene el cuidado personal es titular del derecho deber, de sostener una relación y un vínculo con el hijo, así como de ser partícipe de las decisiones importantes que competen a su vida y a su proceso de

---

<sup>144</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Ob. cit. 46p.

crecimiento y desarrollo, debiendo estar al tanto, y ser partícipe activo de este proceso, lo que no debe verse alterado por el hecho de no convivir.

El hijo por su parte es acreedor del derecho de mantener esta relación y vínculo con el padre o madre que no tiene el cuidado, siendo resguardado su interés en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al “garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño.”<sup>145</sup> Así mismo, el hijo podrá participar de la determinación de la relación directa y regular, en virtud de sus capacidades y autonomía.

En tanto, el padre o madre que tiene el cuidado personal, es sujeto pasivo, y tiene el deber de colaborar en que el régimen de relación directa y regular acontezca de manera expedita, facilitando la vinculación con el progenitor no custodio, y haciendo partícipe a este último en toda decisión y proceso que afecte en la vida y el desarrollo del hijo en común, ya sea en el área de la salud, educación, religión, y/o cualquier otra que le fuera significativa a su crecimiento físico y espiritual.

Es necesario, establecer que este derecho-deber se puede otorgar no sólo en favor de padres y madres, teniendo en cuenta lo regulado en el artículo 229-2 del Código Civil, *el hijo tiene derecho a mantener una relación directa y regular con sus abuelos. A falta de acuerdo, el juez fijará la modalidad de esta relación*

---

<sup>145</sup> Art. 18.1 CDN. UNICEF.

*atendido el interés del hijo*". Con ello se da visibilidad al rol de los abuelos, tan importante en la vida de los nietos y la dinámica familiar, "son ellos quienes contribuyen de manera directa en la labor de los padres de criar y educar a sus hijos; sin embargo, nuestra legislación sólo les reconocía obligaciones como la de otorgar alimentos en caso de falta o ausencia de los padres."<sup>146</sup>

Así lo establece una sentencia de la Corte Suprema, del 28 de marzo de 2011, autos Rol N° 9.255-2010. A pesar de que en ese momento, aún no entraba en vigencia la modificación del Código Civil, que consagra de manera expresa el derecho de los nietos a mantener una relación directa y regular con sus abuelos, el artículo 48 de la ley 18.618, y el artículo 8 de la CDN fue el argumento para amparar el derecho, concluyendo la Corte;

"Que sin embargo, y no obstante que la normativa citada consagra el referido derecho-deber en el marco de los efectos de la relación filial, el legislador también ha contemplado expresamente la posibilidad que se conceda el derecho a parientes para visitar al menor y relacionarse con él. En efecto, así lo dispone el inciso final del artículo 48 de la ley número 18.618. Esta disposición legal autoriza al juez a conferir a uno a o más parientes el derecho a visitar a un menor y por lo mismo les concede la facultad de solicitar tal reconocimiento, cuando se configure el presupuesto que la ley contempla, esto es, cuando aparezca de manifiesto la convivencia para el niño. La consagración legal de

---

<sup>146</sup> LEPÍN M., CRISTIÁN. Modificaciones a los Efectos de Filiación. Una cuestión de Principios. Ob. cit. 162p.

esta regla está, por lo demás, en directa concordancia y armonía con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, orientadas al respeto y resguardo de los derechos de los menores a preservar su identidad y las relaciones familiares, tal como se prescribe en el artículo 8 del citado tratado.”<sup>147</sup>

#### **1.4.4 Determinación**

Como con el cuidado personal ocurre, la relación directa y regular puede ser determinada mediante la vía convencional, apelando a la capacidad de llegar a acuerdo de los padres. El artículo 229 señala al respecto, que esta se ejercerá con la frecuencia y libertad acordada directamente con quien tiene el hijo a su cuidado, mediante acuerdo que debe constar por escritura pública y debe subinscribirse dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento.

En conformidad al mismo artículo, de no existir dicho acuerdo, la relación directa y regular, podrá ser determinada por el juez de familia quien en virtud del principio del interés superior del niño, ha de tener en especial consideración.

*a) La edad del hijo.*

*b) La vinculación afectiva entre el hijo y su padre o madre, según corresponda, y la relación con sus parientes cercanos.*

---

<sup>147</sup> Sentencia de la Corte Suprema del 28 de marzo de 2011, autos Rol N° 9.255-2010. En: ORREGO A., JUAN. 2014. Criterios jurisprudenciales recientes en el Derecho de Familia. Santiago de Chile, Editorial Metropolitana. 550p.

*c) El régimen de cuidado personal del hijo que se haya acordado o determinado.*

*d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo.*

*Sea que se decrete judicialmente el régimen de relación directa y regular o en la aprobación de acuerdos de los padres en estas materias, el juez deberá asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de éstos en la vida del hijo, estableciendo las condiciones que fomenten una relación sana y cercana. El padre o madre que ejerza el cuidado personal del hijo no obstaculizará el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre, conforme a lo perpetuado en este artículo.<sup>148</sup>*

#### **1.4.5 Suspensión o restricción del deber- derecho**

Como ya se ha revisado en los puntos precedentes, se observa que esta Ley en conjunto con sus modificaciones, persigue el fortalecimiento de la relación entre el padre o madre y el hijo no custodio, atendiendo al derecho del niño “a tener relaciones personales con ambos padres” amparado por la Convención de los Derechos del niño en su artículo 9.3. Por ello, el juez de familia ostenta las atribuciones para determinar el tiempo y la forma en que se conferirá el derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 de la ley de menores, deberá “establecerse en la resolución respectiva la obligación de admitir que

---

<sup>148</sup> Art. 229 Código Civil.

sea visitado por quien carece de la tuición, determinándose la forma en que se ejercitará este derecho”<sup>149</sup>. Así como para suspender el ejercicio del mismo “*cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarará el tribunal fundadamente*”.<sup>150</sup>

“Una causal para suspender o restringir el régimen comunicacional es cuando existe maltrato o riesgo de maltrato entre padre e hijo(a). Debe ser un criterio fundamental para decidir la suspensión o restricción del cuidado personal o la relación directa y regular”<sup>151</sup>

Dicha suspensión podrá decretarse de manera provisoria, a título de cautelar el interés del menor en los casos en que una demanda se acompañe de antecedentes graves y calificados. “El único límite que reconoce el derecho de los hijos a mantener contacto con sus padres es cuando peligre su seguridad física, psíquica o moral.”<sup>152</sup>

En este sentido se entiende que, los antecedentes calificados, que develen una situación de maltrato infantil en cualquiera de sus tipologías (maltrato físico, psicológico, sexual, negligencia, etc), podrán facultar al Juez para

---

<sup>149</sup> Artículo 48 inciso 1 Ley N° 16.618.

<sup>150</sup> Artículo 229 inciso 6 Código Civil.

<sup>151</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Ob. cit. 51p.

<sup>152</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. 2011. La relación Directa y Regular como efecto de la ruptura. Revista del Magíster y Doctorado en Derecho (4).

adoptar medidas, “cuando ello sea necesario para proteger los derechos del niño, niña o adolescente.”<sup>153</sup>

Al respecto por sentencia de fecha 5 de Septiembre de 2012, el Juzgado de Familia de Valdivia, decretó como medida de protección del menor de 4 años de edad V.T.E, que sea ingresado al proyecto denominado “*ayelen*”<sup>154</sup>, para realizar diagnóstico por tres meses e informar al Tribunal. Se fijó así mismo audiencia de revisión de la medida para el día de 3 de Diciembre de 2012. Finalmente atendido lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 19.968, se suspendió la relación directa y regular del padre con su hijo por el plazo de tres o meses y además se le prohibió concurrir al domicilio. Para resolver la suspensión, la juez a quo tuvo presente lo expuesto por profesionales del Proyecto “*Ayelen*”, entidad a la que se tuvo como parte, más la opinión de la consejera técnica y lo expuesto por la madre y la abuela materna.<sup>155</sup>

Así mismo, una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, suspende el régimen de relación directa y regular determinado a favor de la madre del menor por haber ejercido tanto el conviviente como la madre violencia contra el niño y no haber cumplido el régimen comunicacional decretado. La Corte, parte del derecho que tiene el menor -consagrado en la CDN- a no ser

---

<sup>153</sup> Artículo 71 Ley 19.968.

<sup>154</sup> Programa de reparación de maltrato grave y abuso sexual infantil, de la ciudad de Valdivia. Institución colaboradora de SENAME.

<sup>155</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 16 de octubre de 2012, autos Rol N° 196-2012. En ORREGO A., JUAN. Criterios jurisprudenciales recientes en el Derecho de Familia. Ob. cit. 550p.

separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a menos que tal separación sea necesaria en virtud del interés superior del niño. Considerando las situaciones de vulneración de derechos del menor durante el ejercicio de la relación directa y regular con su madre, la Corte decreta suspensión definitiva del régimen.<sup>156</sup>

## **1.5 Adopción**

### **1.5.1 Concepto**

La Ley de Adopción N° 19.620 regula la a adopción en Chile, no obstante en esta no se define el concepto de adopción, debido a que en la discusión parlamentaria se señaló que no era necesario definirla, puesto que el vocablo de adopción se entiende en su sentido natural y obvio, que, según el diccionario de la Real Academia Española es “recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente”.<sup>157</sup> No obstante ello, además se se puede decir que “la adopción es una medida de protección por excelencia, que se aplica en subsidio de la familia de origen cuando se han agotado todas las posibilidades para que un

---

<sup>156</sup> GOMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. La Relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la ley 20.680. Ob. cit. 52p.

<sup>157</sup> GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. 2007. El sistema filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 223p.

niño/a pueda reintegrarse o permanecer bajo el cuidado de sus padres o familia biológica”.<sup>158</sup>

Siguiendo a Hernán Corral para definir la adopción, “podríamos utilizar los elementos que entrega el artículo 1º y marco de toda la regulación contenida en la Ley 19.620. De esta manera diríamos que la adopción es un acto jurídico de carácter judicial que tiene por objeto proporcionarle a un menor de edad unos padres y una familia, no biológicos, que puedan brindarle el afecto y los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ellos no le sean proporcionados por su familia de origen”.<sup>159</sup>

Por su parte Rubellin-Devichi la define como “una filiación exclusivamente jurídica, que descansa no sobre una verdad biológica, sino sobre una realidad jurídica”.<sup>160</sup>

Así mismo, el legislador entiende la adopción como un proceso social y legal por el cual se establece la relación padres e hijos, entre personas que no están necesariamente vinculadas por lazos de parentesco.<sup>161</sup>

En este sentido, y según consagra el artículo 1º, la adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto de los adoptantes en los casos y con los requisitos que la ley establece.

---

<sup>158</sup> Declaración de susceptibilidad de Adopción. Boletín del departamento de estudios CAJ. [En línea] < [http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N\\_1\\_DE.pdf](http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N_1_DE.pdf) > [Consulta: 02 de julio de 2016].

<sup>159</sup> CORRAL T., HERNÁN. 2002. Adopción y Filiación Adoptiva. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 74p.

<sup>160</sup> RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE. 1996. *Droit de la famille*. París, Dalloz. 493p.

<sup>161</sup> Mensaje Presidencial. Historia de la Ley 19.620. BCN

Se desprende de la lectura de la Ley 19.620, que el espíritu del legislador a diferencia de las precedentes regulaciones en materia de adopción, es consagrar el interés superior del niño adoptado, otorgando a éste protección fundamental, en tanto su finalidad es amparar su derecho a vivir en una familia que satisfaga sus necesidades espirituales y materiales, lo que se alza por sobre el interés del adoptante.

En este sentido “no se trata de dar un niño a una familia, sino al revés de dar una familia a un niño que carece de ella”.<sup>162</sup>

### **1.5.2 Marco regulatorio<sup>163</sup>**

Actualmente a diferencia de la institución del cuidado personal, nuestro Código Civil no regula la adopción, la Ley N° 19.620 que dicta normas sobre Adopción de Menores, establece su regulación. En la redacción de su normativa, se puede advertir la presencia de los siguientes principios.

- Principio del interés superior del adoptado; este principio se encuentra consagrado en el 1° artículo de la Ley 19.620, y es el principio rector de ésta. En dicho artículo se establece que “la adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado”.<sup>164</sup> “Lo que se persigue a través de la adopción es que el menor encuentre una familia en la que

---

<sup>162</sup> CORRAL T., HERNÁN. Adopción y Filiación Adoptiva. Ob. cit. 58p.

<sup>163</sup> Antes de la actual Ley de Adopción las Leyes N° 5.343, de 6 de enero de 1934; N° 7.613, de 21 de Octubre de 1943; N° 16.346, de 20 de Octubre de 1965; 16.618, de 3 de febrero de 1967, y numero 18.703 de 10 de Mayo de 1988, regularon la adopción en Chile. En: BARCIA L., RODRIGO. 2011. Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia. Santiago, Legal Publishing. 458p.

<sup>164</sup> Artículo 1°, inciso 1, Ley 19.620.

pueda desarrollarse plenamente, como si se tratase de su familia biológica”.<sup>165</sup>

- Principio de subsidiariedad de la adopción; siguiendo a Gómez De la Torre, la adopción cuando la familia de origen biológica del menor no se encuentra en condiciones de proporcionarle el afecto y los cuidados necesarios para satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, en este sentido se consagra la subsidiariedad de la norma. Ya que el juez de familia siempre debe primar que los niños/as permanezcan junto a su familia de origen, no obstante, cuando esta no se encuentre en condiciones de hacerlo, opera la adopción.<sup>166</sup>
- Derecho a la identidad; En este sentido, es importante relevar que otro principio comprometido, es el derecho a la identidad, que a diferencia de la antigua ley 16.346, en que la tramitación y documentación del proceso en comento, eran de carácter secreto, otorgando hegemonía al derecho a la intimidad. No obstante hoy, la ley otorga al adoptado el derecho a la información relativa a su filiación biológica, resguardando de esta manera el derecho a la identidad, y a conocer de sus orígenes, sin que ello interfiera con la filiación adoptiva.<sup>167</sup> Algo similar ocurría con la antigua Ley de adopción N° 18.703, en que para conocer del proceso

---

<sup>165</sup> GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. El sistema filiativo Chileno. Ob. cit. 226p.

<sup>166</sup> Cfr. Ibídem, 224p.

<sup>167</sup> En un sentido estrictamente legal, la filiación adoptiva no es modificable, pues a diferencia de la filiación biológica, ella no puede ser impugnada, ni reclamada.

se debían invocar motivos calificados. “Ahora conocer la verdad es un derecho para el adoptado. Si es él quien solicita al tribunal el acceso al expediente, no necesitará probar ningún motivo especial para conocer quiénes fueron sus padres biológicos”.<sup>168</sup>

- Preferencia de la familia matrimonial; La ley de adopción concede preferencia para adoptar a los matrimonios que cuenten con residencia permanente en el país. No obstante, también se permite la adopción a personas que no cumplan con este requisito, si no hubieren matrimonios con residencia en Chile que quisieran adoptar.

En los casos de adopción internacional sólo se admiten matrimonios.<sup>169</sup>

- Preferencia por la adopción nacional; se privilegia la adopción a matrimonios nacionales, ya que se espera que la familia que adopte tenga la misma nacionalidad y cultura que el adoptado -considerando su residencia y estabilidad- no obstante lo anterior, de manera subsidiaria se permite que quienes no tengan residencia permanente puedan hacerlo también. El artículo 30 de la Ley de Adopción establece que la adopción internacional, sólo procederá cuando no existan matrimonios chilenos o extranjeros con residencia permanente en Chile interesados en adoptar al menor y que cumplan los requisitos legales.

---

<sup>168</sup> GÓMEZ DE LA TORRE V., MARICRUZ. 2007. El sistema filiativo Chileno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 228p.

<sup>169</sup> Cfr. Ibídem, 232p.

- Principio del ejercicio progresivo de los derechos del adoptado conforme a su estado de madurez; Por otra parte en su artículo 3º, la Ley 19.620, establece que “durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez”. Confiando con ello garantía al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, el que señala que los Estados partes garantizarán al niño su derecho a dar opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, dando a éste la posibilidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte. En este sentido se consagra el derecho del niño a dar su opinión y consentimiento respecto de su adopción.

Así mismo establecen la regulación de la adopción; El Decreto N° 944 de 2000 del Ministerio de Justicia, que fija el Reglamento de la Ley N° 19.620; La Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil en materia de filiación; y la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia; Convención sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, aprobada por Decreto N° 1.215 de 1999 del Ministerio de Relaciones Exteriores; Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción, aprobada por el Decreto N° 24 de 2002 del Ministerio de Relaciones Exteriores; Convención

sobre los Derechos del Niño, aprobada por Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.<sup>170</sup>

### **1.5.3 Sujetos**

La adopción es una institución de Orden Público del Derecho de Familia, en tanto, “implica un interés público comprometido, que es el cuidado de la niñez vulnerable”.<sup>171</sup>

Esta institución Otorga la calidad de hijo al adoptado respecto de los adoptantes con todos los derechos y obligaciones recíprocos prescritos por la ley. Tal como informa en su artículo 1° la Ley 19.620 “La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”.

En este sentido entonces, el adoptado pasa a ser sujeto de todos los derechos padres, la nacionalidad, el derecho de alimentos, el derecho a ser cuidado por los padres, y los derechos sucesorios. Así mismo, adquiere los deberes instituidos por la ley para los hijos, establecidos en el Código Civil artículo 222 “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres”, y artículo 223 que señala que el hijo “queda siempre obligado a cuidar de los padres en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios”.

---

<sup>170</sup> “Adopción en Chile, Principios y Regulación”, BCN

<sup>171</sup> *Ibidem*, 233p.

Respectivamente “el cuidado, la crianza y la educación de los hijos son elementos de las relaciones filiales y el Código Civil las entiende como un derecho-deber, que importa la obligación de los padres de proporcionar a sus hijos todo lo necesario para su desarrollo material, moral e intelectual”.<sup>172</sup>

#### **1.5.4 Determinación**

La adopción, “es el establecimiento legal de un vínculo similar, análogo o sustancialmente idéntico al que existe entre un padre o madre y su hijo biológico”.<sup>173</sup> Dicho establecimiento legal, sólo puede constituirse por sentencia judicial, ante el Juez de Familia en un procedimiento no contencioso.

Se debe agregar además que la adopción es irrevocable, es decir, no puede quedar sin efecto, y sus efectos comienzan a regir desde que se inscribe la sentencia.

#### **1.5.5 Causales de declaración de susceptibilidad de adopción**

Conforme a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 19.620 un menor puede ser adoptado cuando voluntariamente éste ha sido entregado por sus padres, porque estos manifiestan “no estar capacitados o en condiciones de hacerse cargo de manera responsable”, Situación que deberá ser acreditada ante el juez de familia mediante un informe emitido por SENAME. Además, puede proceder la adopción cuando “el menor sea descendiente consanguíneo de uno de los adoptantes”; en los casos en que el padre o madre quiera adoptar al hijo

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, 134p.

<sup>173</sup> CORRAL T., HERNÁN. Adopción y Filiación Adoptiva, Ob. cit. 59p.

en conjunto con su nuevo cónyuge, caso en que el otro padre deberá consentir la adopción. Además la ley extiende la posibilidad de adoptar a otros ascendientes consanguíneos, como los abuelos.

Una tercera posibilidad, es la declaración de susceptibilidad de adopción, cuyas causales se encuentran prescritas en el artículo 12° de la Ley 19.620 que establece que, “procederá la declaración judicial de que el menor es susceptible de ser adoptado, sea que su filiación esté o no determinada, cuando el padre, la madre o las personas a quienes se haya confiado su cuidado se encuentren en una o más de las siguientes situaciones:

1. Se encuentren inhabilitados física o moralmente para ejercer el cuidado personal, de conformidad al artículo 226 del Código Civil.
2. No le proporcionen atención personal o económica durante el plazo de dos meses. Si el menor tuviera una edad inferior a un año, este plazo será de treinta días.

No constituye causal suficiente para la declaración judicial respectiva, la falta de recursos económicos para atender al menor.

3. Lo entreguen a una institución pública o privada de protección de menores o a un tercero, con ánimo manifiesto de liberarse de sus obligaciones legales. Los casos de abandono del menor en la vía pública, en lugar solitario o en un recinto hospitalario, se entenderán comprendidos dentro

de la causal de este número. En dichos casos se presumirá el ánimo de entregar al menor en adopción por la sola circunstancia de abandono (...)

Al respecto, toda vez que el menor se encuentre en alguna de estas situaciones, y que la familia biológica en toda su red extensa, no pueda asumir sus cuidados, se decretará por vía judicial, la susceptibilidad de adopción. Ello conforme al principio de subsidiariedad, que inspira la ley, considerando que “la filiación adoptiva procede de manera supletoria a la filiación natural, siendo la familia biológica la llamada a cuidar y criar a los niños que provienen de ella”<sup>174</sup>, no obstante ello, el Estado está llamado a amparar al niño en su derecho a pertenecer a una familia que satisfaga sus necesidades conforme a su mejor interés.

Dicho esto, se advierte que la susceptibilidad de adopción por vía judicial, se encuentra en relación directa con la temática que nutre esta investigación, considerando que en la figura de abandono, o inhabilidad de los padres decretada por artículo 226 del Código Civil, se concede factibilidad a la restitución del derecho, a través de la institución de la adopción. Al respecto, el artículo 226 del Código Civil señala que el juez puede entregar el cuidado personal de un niño/a o adolescente a terceras personas cuando los padres se encuentran inhabilitados, norma estrechamente vinculada al artículo 42 de la

---

<sup>174</sup> CAMPILLAY F., JORDAN. 2005. La Adopción y los nuevos Tribunales de Familia. Santiago, Editorial Librotecnia. En “Adopción en Chile, Principios y Regulación”, BCN

Ley N°16.618, que enumera los casos en que los padres no se encuentran capacitados para asumir el cuidado de sus hijos. No obstante lo anterior, y el conformidad al artículo 9 de la Ley 19.620 sobre los procedimientos de la adopción, “el tribunal comprobará que los padres del menor de edad no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente de él. (...).”<sup>175</sup> Siguiendo al profesor Corral, “el juez debe requerir informes para acreditar que los padres no se encuentran capacitados o en condiciones de hacerse cargo responsablemente del menor”<sup>176</sup>

En este sentido, frente a la situación de inhabilidad, y a los esfuerzos por revertir la misma, se encuentran casos en que la intervención familiar y los programas de fortalecimiento familiar no obtuvieron los resultados esperados, siendo la declaración de susceptibilidad de adopción acogida por los tribunales. A modo de ejemplo, se puede citar la resolución dictada en el Primer Juzgado de Familia de Santiago, con fecha 12 de julio de 2010, que determinó “que a pesar del tiempo transcurrido desde el ingreso de su hija al sistema de protección de las numerosas intervenciones realizadas por la dupla psicosocial de la residencia, las diversas derivaciones a instituciones de la red de Salud Pública Mental a programas de fortalecimiento familiar, la madre no ha podido estabilizar su situación, como tampoco ha superado sus adicciones y diagnósticos, desertando de todo y cada uno de los tratamientos o programas

---

<sup>175</sup> Artículo 9º N° 3 Ley 19.620.

<sup>176</sup> CORRAL T., HERNÁN. Adopción y Filiación Adoptiva, Ob. cit. 183p.

en los cuales ha estado y que no permite suponer que en el futuro esta situación se vaya a revertir, pues se han agotado todas las intervenciones posibles con la madre, sin que ninguna haya tenido un resultado satisfactorio y menos permita suponer que en un corto plazo la niña podrá egresar con su madre, por lo que no queda más que acoger la solicitud de susceptibilidad en favor de la niña de autos (...)<sup>177</sup>

En relación a ello, no se quisiera dejar de plantear algunos aspectos que se visualizan como inquietantes. Se observa que el espíritu del legislador ha sido manifiesto en proteger el derecho del niño a permanecer con sus padres biológicos en virtud del principio de subsidiariedad -el que establece que la separación definitiva de la familia de nacimiento y la integración en una nueva familia debe ser la última de las medidas a contemplar, y que en su lugar es preciso barajar otras opciones que puedan facilitarles permanecer con su familia de origen-

En este escenario es que, se interviene con la familia de origen para intentar solucionar los motivos que se conforman como causales de inhabilidad y procurar que esta se revierta. A esta cuestión se refiere también la Asamblea General de Naciones Unidas que, en un documento titulado “Directrices sobre

---

<sup>177</sup> Declaración de susceptibilidad de Adopción. Boletín del departamento de estudios CAJ [En línea] <[http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N.1\\_DE.pdf](http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N.1_DE.pdf)> [Consulta: 02 de julio de 2016].

las modalidades alternativas de cuidado de los niños” de 2009, cuando menciona que los Estados deben tomar medidas para evitar el abandono, la renuncia y la separación de los niños y niñas de sus familias. Para ello deben contar con políticas que apoyen a las familias en la tarea de asumir sus responsabilidades parentales, ayudarlos a adquirir las habilidades necesarias para cuidar adecuadamente de sus hijos e hijas, y promover el derecho de estos últimos a relacionarse con sus familias.<sup>178</sup>

No obstante, no siempre los recursos empleados en habilitar a la familia biológica surten el efecto esperado, teniendo en consideración todas las variables implicadas en ello, eventualmente no siempre la familia biológica podrá revertir la situación de inhabilidad. Mientras tanto, sólo se pretende esbozar que el tiempo invertido en dichas acciones transcurre de manera paralela en la vida del niño que se encuentra a la espera de soluciones que reviertan su situación actual, puesto que en estos casos, en Chile, los niños con medida de protección que postulan a la susceptibilidad de adopción, son ingresados de manera transitoria a centros asistenciales de la red SENAME, o a programas de acogida familiar de la misma institución. Lugares que por sus características de transitoriedad e institucionalización, no siempre entregan al niño el vínculo estable y de la calidad afectiva que requiere para su desarrollo

---

<sup>178</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas. 2009. [En línea] <<http://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>> [Consulta: 18 de julio de 2016]

psicoemocional. Situación que resulta ser aún más compleja en lactantes, que requieren de un apego seguro para su desarrollo evolutivo, tanto emocional como cognitivo, e incluso físico-biológico.

En consonancia con el tema de investigación, es que se estima relevante y forzoso, dar preponderancia al tópico de la pericia en materias relacionadas con maltrato infantil, o inhabilidad de los padres. Es imprescindible en estas cuestiones, que el insumo aportado al juez para fundamento de sus sentencias, dé cuenta con argumentos sólidos, y precisos la situación en la que se encuentra el niño respecto de sus padres, y la posibilidad real de que el derecho sea restituido cuando las condiciones no favorezcan el interés superior. Desde esta óptica, una pericia óptima podría contribuir positivamente a que los procesos pudieran ser más efectivos y eficientes, y a efecto de ello la situación de orfandad del niño pueda ser revertida rápidamente, ya sea con la habilitación de la familia de origen, o la adopción.

## CAPITULO IV

### LA PERICIA PSICOLÓGICA EN EL MALTRATO INFANTIL

#### 1. Concepto

Del latín “*peritus*” la palabra perito adquiere su significado, el que representa la sabiduría o practica en una ciencia o arte. Así mismo la Real Academia Española de la Lengua, define al perito como “aquella persona que poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa bajo juramento al juzgador, sobre puntos litigiosos o cuanto se relaciona con su saber o experiencia”. En efecto, “La pericia es una prueba, un método para comprobar un hecho o una conducta, un estado o consecuencia de una conducta. Además es necesario que esta prueba tenga validez y este fundada”<sup>179</sup>.

Para Núñez y Cortés “el perito es una persona que cuenta con conocimientos especializados en alguna ciencia, técnica, arte o actividad, tercero sin interés en los resultados del juicio, que es llamado a emitir un dictamen acerca de un hecho, cosa o persona relevante para el juicio o bien transmitir al juez conocimientos científicos o máximas de la experiencia”.<sup>180</sup>

Se debe relevar aquí, que el trabajo del perito contribuye en el proceso de evidenciar aquello que no resulta ser obvio, otorgando una comprensión técnica y fundada con objeto de asesorar las decisiones judiciales. Lo cual no

---

<sup>179</sup> TALARICO P., IRENE. 2007. Pericia Psicológica. Buenos Aires, Ediciones La Rocca. 73p.

<sup>180</sup> NUÑEZ Á., RENE y CORTÉS R., MAURICIO. Derecho Procesal de Familia. La Primera Reforma Procesal Civil en Chile. Ob. cit. 265p.

deja de ser relevante en el escenario de esta investigación, dado que el psicólogo forense proveerá al juez de su apreciación experta, la que será eventualmente valorada como prueba de juicio.

En cuanto al concepto de la prueba pericial, De la Oliva ha dicho que “la prueba pericial puede definirse como la actividad, generalmente desarrollada por iniciativa o a instancia de las partes, en virtud de la cual una o varias personas expertas en materias no jurídicas, elaboran y transmiten al tribunal la información especializada dirigida a permitir a éste el conocimiento y apreciación de hechos y circunstancias fácticas relevantes para el proceso”.<sup>181</sup>

El psicólogo forense, es el encargado de realizar las pericias, y otorgar la prueba en su área de *expertise*, evidencia con la que el sentenciador podría dirimir. Al respecto, Talarico Pinto, define la pericia psicológica como “el informe que brinda el psicólogo, luego de haber estudiado y analizado el caso a peritar. Se trata de un proceso o acontecer, que transcurre durante varias horas, y frente a una o varias personas que llegan para ser analizadas y evaluadas [...] El tipo de pericia aludido constituye el resultado del estudio que se hace respecto de esa persona, enviada por encargo de otro superior que es el juez. Por ello deberá estar reglada en sus aspectos formales, al ámbito y exigencias jurídicas”.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> OLIVA DE LA SANTOS, ANDRÉS y DIEZ-PICASO G., IGNACIO. 2000. Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 351p.

<sup>182</sup> *Ibidem* 74p.

En este sentido, la autora hace referencia a las responsabilidades que el perito asume en el contexto judicial; de ellas se alza como fundamental que posea un título profesional y especialidad en las materias de su desempeño, preparación que debe ser demostrable y debidamente documentada; además debe proceder de manera imparcial y apegada a los principios de la ciencia; y por supuesto prestar su testimonio experto ante el juez bajo promesa de decir la verdad.

La función que cumplen los peritos debe ser proporcionada a la luz de ciertos principios básicos. Uno de ellos es la razonabilidad, a fin de establecer los fundamentos científicos y de hecho que sustenten su informe. Así mismo debe perseguir la congruencia entre las premisas y las conclusiones de lo que está investigando. Y debe existir proporcionalidad, entre el dictamen y las contradicciones que se plantearon en el caso concreto, entre los hechos y sus consecuencias. Finalmente la información que el perito proporciona, debe ser de buena fe, es decir, el profesional entregará información fidedigna y despojada de engaños que puedan llevar a la confusión a las partes o al Juez durante el proceso.

## **2. Regulación Jurídica del Peritaje**

La reforma procesal penal trajo consigo la aparición de la figura del "Perito", profesional experto convocado a emitir informes de relevancia como prueba pericial. En este nuevo escenario procesal se otorga relevancia a la figura del

Perito, como pieza fundamental de la configuración de prueba procesal y como fundamento especializado de la teoría jurídica de los casos como un complemento a las otras pruebas provenientes de especialidades médicas, o policiales.

Por su parte, la psicología como ciencia, se ha consolidado en la Administración de Justicia en la asesoría a los Tribunales, lo que no ha sido ajeno a la judicatura de familia. Desde la disciplina, se interviene en el estudio y en el diagnóstico de casos, tanto en materias de familia como en contextos penales. En sede familia se realizan pericias principalmente en procedimientos relativos a protección de menores, cuidado personal y susceptibilidad de adopción. Y en sede penal, algunas de las materias en que se interviene, dicen relación en el estudio de VIF (maltrato habitual), y la credibilidad del testimonio de los menores vulnerados en la esfera de la sexualidad.

Tanto en el ámbito penal como en los Juzgados de Familia está establecida la prueba pericial, la cual procederá en los casos determinados por la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

El artículo 316 del Código Procesal Penal establece que el tribunal podrá *limitar el número de informes o de peritos cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio.*

## **2.1 Peritaje en los Juzgados de Familia**

La Ley de Tribunales de Familia en su Título III, Párrafo Tercero artículos 45 al 49, regula la procedencia del medio probatorio, el contenido del informe pericial, admisibilidad de la prueba pericial y remuneración de los peritos, improcedencia de inhabilitación de peritos, y declaración de peritos.

No obstante, previamente, el artículo 28° establece la libertad de prueba señalando que *todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.*

### **2.1.1 Procedencia de la prueba pericial**

En concordancia a lo anterior, el artículo 45 de la Ley 19.968, regula la procedencia de la prueba pericial presentada para estos efectos, señalando que *las partes podrán recabar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar a la audiencia de juicio, acompañando los antecedentes que acrediten la idoneidad profesional del perito.*

*Procederá la prueba pericial en los casos determinados por la ley y siempre que, para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.*

En sede familia, generalmente las pericias son solicitadas a las disciplinas de las ciencias sociales, específicamente a profesionales psicólogos y asistentes sociales, y, ocasionalmente a psiquiatras. Algunos de estos profesionales pertenecen al área privada, siendo independientes en el ejercicio de su labor. Otros se desempeñan en organismos o instituciones gubernamentales destinadas a la realización de estos informes periciales, tales como, los Centros de Salud Mental (COSAM), Diagnóstico Ambulatorio (DAM), o el Instituto Médico Legal.

### **2.1.2 Admisibilidad de la prueba pericial**

En cuanto al perito, la Ley de Tribunales de Familia no fija requisitos especiales para ejercer esta labor, sin embargo, en su artículo 47, referido a la admisibilidad de la prueba, indica que estos profesionales deben otorgar garantías de seriedad y profesionalismo suficientes.

A juicio de Núñez y Cortés no explicitar requisitos especiales a los profesionales que realizan pericias constituye un problema, considerando que “el informe que realicen terceros extraños al proceso en materias propias de su disciplina es de importancia esencial en los juicios de familia, como es el caso de informes socioeconómicos, informes psicológicos como el de habilidades parentales, etc.”<sup>183</sup>

---

<sup>183</sup> NUÑEZ Á., RENE y CORTÉS R., MAURICIO. Derecho Procesal de Familia. La Primera Reforma Procesal Civil en Chile. Ob. cit. 265p.

No obstante la omisión de los referidos requisitos, la ley en comento establece en su artículo 47, que de no cumplir el perito con las garantías que lo avalen en el conocimiento, seriedad y profesionalismo, el juez de familia podrá incluso declarar la prueba aportada por este como inadmisibile.

Según lo dispuesto en el artículo 46, una vez aceptado el cargo de perito, éste deberá presentar el informe por escrito con al menos 5 días hábiles previos a su incorporación en audiencia de juicio, con tantas copias como partes figuren en el proceso, con la finalidad de ponerlo en conocimiento de aquéllas. Resultará del incumplimiento de este articulado la inadmisibilidad de recepción de la prueba.

### **2.1.3 Comparecencia del perito**

Además si las partes lo solicitaran el perito deberá presentarse a declarar en audiencia acerca del informe que ha emitido, en estos casos su asistencia revierte carácter de obligatoriedad. Por el contrario si las partes no se pronuncian el perito no tiene apremio de comparecer. La no comparecencia implica la misma sanción estimada para el testigo rebelde, y regulada en el artículo 49 inciso 2 de la ley.

Del mismo modo, si se ha solicitado la presencia del perito y éste asiste, se procederá con las mismas formalidades que con los testigos. Esto es, primeramente el juez lo individualiza, y luego lo juramenta, para dar paso a la incorporación -por parte del perito- del contenido de su informe. Lo último en

conformidad a los incisos 2 y 4 del artículo 64 de la Ley 19.968. “Durante la audiencia podrá dirigírseles a los peritos preguntas orientadas a determinar su objetividad e idoneidad, así como el rigor científico o técnico de sus conclusiones”.<sup>184</sup>

#### **2.1.4 Contenido del informe**

El contenido del informe también se encuentra regulado en el artículo 46 de la Ley de Tribunales de Familia, el que remite al artículo 315 del Código del Código Procesal Penal. De acuerdo a ello el informe pericial debe contener;

- a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;*
- b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y*
- c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formularen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.*

#### **2.2 Reglas de la sana crítica**

Al igual que en sede penal, la Ley de Tribunales de Familia establece en su artículo 32 que *la valoración de la prueba será realizada por los jueces de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.*

---

<sup>184</sup> Ibídem 273p.

*La sentencia deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba rendida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones tenidas en cuenta para hacerlo.*

*La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos, de modo de contener el razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia.*

Al respecto, Joel González señala que el sistema de la sana crítica o persuasión racional implica necesariamente darle una mayor libertad al tribunal en la valoración de la prueba, pero también una mayor responsabilidad y confianza.<sup>185</sup>

En efecto, y en consonancia con el referido artículo 32, la sentencia debe dar cuenta de los medios de prueba por los cuales se han dado por acreditados los hechos. De una evaluación psicológica por ejemplo, se deberá informar respecto de las pruebas utilizadas en la pericia, para arribar a las conclusiones que el profesional en atención de su disciplina, ha formulado.

No obstante, el informe pericial no siempre entrega conclusiones categóricas en respuesta a la pregunta psicojurídica levantada por el sentenciador. De hecho, al no ser las ciencias sociales una ciencia exacta, ocasionalmente

---

<sup>185</sup> GONZALEZ C., J. 2006. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. [En línea] Revista Chilena de Derecho, 33(1):93–107 <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>> [Consulta: 29 de Julio de 2016]

carecen de la precisión que los organismos jurídicos demandaran para sus efectos. “Debe, además, tenerse presente que, sobre todo en las ciencias humanas, hay muchos conocimientos científicos que van variando de tiempo en tiempo, y que incluso en un mismo tiempo, hay conocimientos científicos que están en duda y no están, por tanto, afianzados”.<sup>186</sup>

Por otra parte, se exige que el juez se haga cargo de la fundamentación de la prueba rendida, ello en correlación con lo dispuesto también en el numeral 4 del artículo 66 de la Ley de Tribunales de Familia, que dispone respecto al contenido de la sentencia, *el análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión.*

Importa un reconocimiento especial en este sentido, que la regulación establecida para la valoración de la prueba en asuntos de familia, aporta a la reflexión de las materias en comento por parte del sentenciador, confiriendo a este la responsabilidad de colmar de argumentos suficientes, toda sentencia que dictamine en virtud del interés superior del niño. Ejercicio que, dados los asuntos que debe atender el juez de familia no es tarea fácil. En relación a ello Joel González observa que “la actividad de valoración, es una de las áreas más intrincadas y movedizas dentro del vasto mundo probatorio, y acaso

---

<sup>186</sup> *Ibidem*, 274p.

también la de más penoso transitar debido a la gran cantidad de elementos metajurídicos, por añadidura inestables, que la rodean”.<sup>187</sup>

La fundamentación exigida al juez, reviste un compromiso de éste a ponderar todo medio de prueba, incluso aquel que ha sido desestimado. Ofreciendo con ello, un panorama mucho más amplio, que otorga a las partes mayores garantías en la protección de sus derechos. Por otra parte, no se debe desestimar que las cuestiones de orden familiar se alzan como variable fundacional del desarrollo vital de todo ser humano, ya que es el seno familiar la primera estructuración de los vínculos afectivos que marcaran la socialización adulta de los individuos. Razón por la que las decisiones judiciales en materia de familia, se constituyen como trascendentales tanto en el núcleo familiar, así como en la sociedad.

### **3. Procedimientos y pruebas utilizados en la pericia psicológica**

Como se ha expuesto en el apartado anterior, de acuerdo al artículo 297 del Código Procesal Penal, respecto a la valoración de la prueba los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es decir valoraran la información entregada a la luz de las reglas de la sana crítica. Por esta razón resulta relevante detenerse a describir algunos

---

<sup>187</sup> GONZALEZ C., J. 2006. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. [En línea] Revista Chilena de Derecho, 33(1):93-107 <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>> [Consulta: 29 de Julio de 2016]

de los procedimientos utilizados por los peritos psicólogos, a la hora de recabar y analizar la información que se constituirá en la prueba pericial, insumada al aparato de justicia. La metodología utilizada es un vehículo hacia la prueba, que en este caso, determinará la existencia o no de un maltrato infantil, o por lo menos dará luces de ello.

En el contexto de la disciplina psicológica, la literatura define las pruebas psicológicas como medidas objetivas y estandarizadas de una muestra de conducta. Con ellas se hacen observaciones sobre una muestra de la conducta de los individuos. Su valor diagnóstico o predictivo depende de que tanto funcione como un indicador de un área de conducta relativamente amplia y significativa.<sup>188</sup>

María Inés Amato, doctora en Psicología Clínica y especialista en violencia familiar define las pruebas psicológicas o test como “instrumentos que permiten evaluar la capacidad mental del sujeto, nivel de madurez, eventual organicidad o rasgo de impulsividad, ansiedades, frustraciones, defensas, relaciones parentales, sexualidad, relaciones con el medio, etc. Otros permiten observar la imagen que el sujeto tiene de sí mismo, su ubicación en la realidad, elementos constitutivos de la personalidad y conflictos internos. Cada prueba

---

<sup>188</sup> Cfr. ANASTASI, ANNE y URBINA, SUSANA. 1998. Test Psicológicos. México, Editorial Prentice- Hall Hispanoamericana S.A.

aporta datos, validados estadísticamente, que nos permiten arribar a un diagnóstico preciso”.<sup>189</sup>

La prueba o test escogido por el profesional, debe dar cuenta del fenómeno o conducta que se quiera evaluar, así como de las características del sujeto evaluado en términos de género edad y otras variables relevantes en la elección del instrumento. No obstante, el manejo y experiencia que el profesional perito tenga de este tipo de herramientas, también es una variable que influirá en los resultados de la valoración. “No existe una batería de test fija que sea absolutamente la más efectiva. Debe haber flexibilidad en la elección, según lo que se quiera evaluar... Contando con un conjunto de tests sobre los que se tenga seguridad en sus principios teóricos y su interpretación, se podrá realizar un buen psicodiagnóstico en el sentido de mayor certeza y confiabilidad”.<sup>190</sup>

Los instrumentos psicológicos pueden clasificarse en pruebas psicométricas, y tests proyectivos y de personalidad.

Los primeros están destinados a evaluar la capacidad cognitiva de un sujeto, ello a través de la medición estadística del rendimiento que alcance en virtud de sus capacidades. Las pruebas psicométricas pueden dar cuenta de las habilidades específicas de un persona, o la falta de ellas. También pueden

---

<sup>189</sup> AMATO, MARÍA INÉS. La pericia psicológica en violencia familiar. Ob. cit. 281p.

<sup>190</sup> TALARICO P., IRENE. Pericia Psicológica. Ob. cit. 96p.

medir inteligencia, la Escala de Inteligencia de David Weschler es la más utilizada en este ámbito, la que se encuentra estandarizada en Chile.

Los tests proyectivos y de personalidad, son aquellas pruebas que utilizan el dibujo - más conocidos como pruebas gráficas- o aquellos que se presentan al evaluado en imágenes través de láminas. Como su nombre lo indica, el evaluado proyecta sus pensamientos y sentimientos en el dibujo o imagen, expresándolos a través de lo que verbaliza, ve o imagina respecto del estímulo presentado.

Los tests gráficos son sencillos de administrar, rápidos y económicos; resultan ser útiles en la evaluación con niños pequeños que aún no han desarrollado claramente la capacidad del lenguaje oral, así como con las personas de baja escolaridad y con dificultades en la misma área. Finalmente, el lenguaje gráfico es más cercano al inconsciente por lo que es más confiable que el lenguaje verbal, ya que este último al ser más tardío, está más sometido al control consciente.<sup>191</sup>

Las pruebas gráficas más utilizados son;

- Dibujo libre, como su nombre lo indica, el evaluado debe realizar un dibujo, con una temática libre. Lo que se evalúa no es la calidad del dibujo, sino aquello que se expresa en él. El dibujo entrega información

---

<sup>191</sup> Cfr. CONDEMARÍN B., PATRICIA y MACURAN N., GRETER. 2005. Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 99p.

respecto de los rasgos personales del sujeto. Puede ser aplicado en adultos o en niños.

- HTP (por su sigla en inglés, casa-árbol-persona), se consigna al evaluado que dibuje una casa, un árbol y una persona. De acuerdo a Hammer, esta prueba “capta aspectos de la personalidad, al penetrar en el área de la creatividad artística. La casa, el árbol, y la persona son conceptos de gran potencia simbólica que se saturan de las experiencias emocionales e ideacionales ligadas al desarrollo de la personalidad, que luego se proyectan cuando estos conceptos son dibujados”.<sup>192</sup>

La casa da cuenta de la vida hogareña del evaluado y sus relaciones familiares, el árbol representa los aspectos más profundos y primitivos de la autoimagen, y, finalmente en el dibujo de la persona se vacían los aspectos más evolucionados, relacionados con el sí mismo, el ambiente y la imagen que se proyecta hacia los demás. Puede ser administrado a niños o adultos.

- Persona bajo la lluvia, mediante la consigna de dibujar una persona bajo la lluvia, indaga los aspectos y capacidades defensivas del evaluado, ante situaciones de estrés ambiental. El análisis del contexto en el que se realice el dibujo da cuenta de dichos aspectos, por ejemplo en

---

<sup>192</sup> AMATO, MARÍA INÉS. La pericia psicológica en violencia familiar. Ob. cit. 308p.

relación a la intensidad de la lluvia, en el lugar en que se encuentra el sujeto, y las protecciones a las que recurre (por ejemplo el uso del paraguas). Puede ser administrado a niños o adultos.

- Test de la familia (familia kinética), mediante la consigna de dibujar una familia, otorga información de temas relacionados con conflictos familiares, características de la familia interna, y acerca del contraste entre como el evaluado percibe dichos conflictos, versus como se da la dinámica familiar en realidad. Se puede aplicar a niños o adultos, siendo bien evaluado en la aplicación con niños y adolescentes en contextos familiares disfuncionales.
- Test de la figura humana, se ha utilizado generalmente para indagar personalidad en ciclos de la pubertad y adolescencia. Se trata de la imagen que cada individuo alberga sobre sí mismo, y de su personalidad. La consigna solicita al evaluado dibujar una figura humana, “lo cual introduce ya cierta estructuración, dadas las múltiples posibilidades que encierra y la multitud de esquemas dinámicos de expresión que puede provocar; El aspecto expresivo, es decir, la distribución de energía gráfica, viene indicada por las omisiones, interrupciones de la línea, perspectiva, esfuerzos, tachaduras y

sombreados, se debe interpretar en función del significado atribuido a las diversas partes del cuerpo.”<sup>193</sup>

En cuanto a las pruebas proyectivas de personalidad, aquellas más utilizadas son;

- Test de Rorschach, es una prueba psicodiagnóstica, que torga información sobre los rasgos psicológicos de la persona, de los estilos de procesamiento de la información, y de algunos aspectos anímicos y cognitivos del evaluado. Es utilizado en distintos ámbitos como educacionales, selección laboral, y en el ámbito clínico. Consiste en la interpretación de 10 láminas que contienen figuras abstractas o manchas, las que el evaluado debe describir. El análisis de las respuestas se realiza en función del tipo de respuesta, el número de respuestas, el lugar en que realiza la descripción, si son descripciones de la mancha en general o de un segmento de ella, si la descripciones incluyen color, o movimiento, entre otras variables que en el análisis otorgan vasta información respecto del funcionamiento psíquico del evaluado.
- TRO (Test de Relaciones Objetales), este test proyectivo tiene como objetivo conocer respecto de los vínculos del evaluado. Consta de trece láminas que el sujeto debe describir en tres tiempos, presente, pasado y

---

<sup>193</sup> Ibidem, 306p.

futuro, y las que se dividen en tres series distintas en la definición de sus colores. La lámina número trece, es una lámina en blanco en la que el evaluado debe plasmar una historia, vaciando con ello información para la interpretación y triangulación de la prueba, respecto de lo descrito en las otras láminas.

- CAT- A (Test de Apercepción Infantil), consiste en 10 láminas con gráficas animales, las que el evaluado debe describir mediante un relato que contemple la descripción de la situación actual, pasada, y futura. A través de las historias interpretadas, el niño da cuenta de dinámicas familiares, relaciones afectivas con sus adultos significativos y figuras de apego, problemas alimenticios, rivalidad entre hermanos, complejo de Edipo, entre otros estadios y situaciones en su desarrollo. El test puede ser administrado a niños entre 3 a 10 años. Para niños mayores existe la versión CAT-H, en que las figuras de las láminas a diferencia de CAT-A son protagonizadas por figuras humanas, no animales.

En la línea de atención diagnóstica DAM (Diagnóstico ambulatorio), son mayoritariamente las pruebas señaladas en el acápite anterior, las que se utilizan para la evaluación forense. Lo que es normado y descrito en las orientaciones técnicas del programa.

Al respecto se debe precisar que ello responde a que no hay en Chile un instrumento estandarizado ni validado, que estructure el juicio clínico, en

atención a las necesidades de la evaluación forense en materia del maltrato infantil. Así como tampoco, instrumentos que valoren de manera independiente los diferentes tipos de maltrato existentes, considerando que “cada uno de ellos tiene distintos antecedentes y consecuentes”.<sup>194</sup>

De acuerdo a lo señalado por la profesora de la Universidad de Sevilla Antequera J. Actualmente se dispone de varios sistemas de clasificación para el maltrato infantil, entre los que se destaca *Maltreatment Classification Scheme*; medida multidimensional en la que se contempla 1) el tipo, 2) la gravedad, 3) la frecuencia, 4) el periodo evolutivo, 5) la separación de los cuidadores y 6) la naturaleza de la relación con el maltratador”.<sup>195</sup>

### **3.1 Credibilidad del Testimonio en niños**

“Se refiere a la valoración, por parte de un profesional experto en Psicología, del grado de ajuste del relato a criterios de realidad definidos a priori. Sin embargo, se entiende que la ausencia de criterios de credibilidad no implica necesariamente un relato ficticio ya que existen diversos factores que pueden influenciar el tipo y/o la cantidad de información que se entrega respecto de los hechos estudiados.”<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> ANTEQUERA J., ROSARIO, Evaluación psicológica del maltrato en la infancia [En línea] <<http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/10.pdf>> [Consulta 20 de julio de 2016].

<sup>195</sup> *Ibidem*

<sup>196</sup> RIVERA, JAVIERA y OLEA, CAROLINA. Peritaje en víctimas de abuso sexual infantil: un acercamiento a la práctica chilena [En línea] [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext) [Consulta 10 de Junio de 2016].

“Los conocimientos que se utilizan actualmente en la evaluación de la credibilidad discursiva provienen de la Psicología del Testimonio que consiste en el conjunto de conocimientos que intentan determinar la calidad de los testimonios que prestan los testigos presénciales sobre los delitos, accidentes o sucesos cotidianos. De esta manera, a partir de las investigaciones realizadas acerca de la diferenciación entre testimonios basados en hechos reales e irreales, se caracterizan las declaraciones convincentes, llegando a diseñarse, en 1989 por Steller y Kohenken y en 1991 por Rakin y Esplin, sistemas de valoración de testimonios basados en criterios de contenidos: CBCA (análisis de contenido basado en criterios) y SVA Evaluación de la Validez de las Declaraciones (*Statement Validity Assesment*).”<sup>197</sup>

El CBCA corresponde a un listado de criterios para el análisis de los testimonios de niños/as posibles víctimas de delitos sexuales. La lógica del método consiste en evaluar si un determinado caso se ajusta a las características que se han observado mayoritariamente en casos reales de víctimas de agresiones sexuales. El rango de edad en que puede utilizarse el CBCA, no ha sido claramente explicitado; sin embargo, en las investigaciones realizadas sobre el método se ha aplicado a testigos de entre 2 a 18 años, con resultados diferenciales en los distintos rangos etéreos. El método de análisis

---

<sup>197</sup> NAVARRO, CAROLINA. Pericias Psicológicas en víctimas de delitos sexuales: metodología de evaluación clínico-pericia desarrollada en el CAVAS metropolitano. Trabajo presentado en el XVI Congreso Internacional de Ciencias Forenses, Santiago. [En línea] [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext) [Consulta 10 de Junio de 2016].

de testimonio que propone el CBCA, se basa en 19 criterios agrupados en 5 categorías, tendientes a analizar el contenido de la declaración de un/a niño/a y su nivel de ajuste a la realidad. Dichas categorías y criterios a mencionar, corresponden a, las Características Generales (estructura lógica, elaboración no estructurada, cantidad de detalles); Contenidos Específicos (Incardinación en contexto, descripción de interacciones, reproducción de conversaciones, complicaciones inesperadas durante el incidente); Peculiaridad del Contenido (detalles poco usuales, detalles superfluos, incomprensión de detalles relatados con precisión, asociaciones externas relacionadas, alusiones al estado mental subjetivo del menor, atribución del estado mental del agresor ); Contenidos relacionados con la Motivación (correcciones espontáneas, admisión de falta de memoria, dudas respecto del propio testimonio, auto desaprobación, perdón del agresor); Elementos específicos de la agresión (como detalles característicos).<sup>198</sup>

El SVA “Análisis de Validez del Testimonio”, basado en CBCA “es la metodología ocupada actualmente en Chile, en materia de pericias en los casos de presunto abuso sexual infantil. Siendo una técnica de relevancia en la evaluación de credibilidad a víctimas de abuso sexual, al servicio del sistema judicial.

---

<sup>198</sup> NAVARRO, CAROLINA. 2006. Evaluación de la Credibilidad Discursiva en niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales. Tesis Magíster en Psicología, mención Psicología Clínica Infanto Juvenil. Universidad de Chile.

Se trata de un” método semi-estandarizado para la evaluación de la credibilidad de las declaraciones y está basado en lo que se ha denominado la hipótesis de Undeutsch, de acuerdo a la cuál un testimonio basado en un hecho real difiere en su calidad y contenido de un testimonio basado en un acontecimiento imaginado. La SVA se compone de tres elementos que son: (a) Una entrevista semiestructurada, diseñada para recibir el testimonio del niño sin sesgarlo, comenzando con preguntas abiertas e introduciendo progresivamente las cerradas;(b) El análisis de contenidos basado en criterios, que se aplica posteriormente sobre la transcripción o la grabación de la entrevista para evaluar la presencia de los criterios de realidad, y finalmente; (c) Una lista de validez, que considera el nivel lingüístico y cognoscitivo del niño, si la entrevista se realizó adecuadamente, si el niño tiene motivos para formular una falsa declaración, y cuestiones como evidencia externa e incuestionable”.<sup>199</sup>

El Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales, CAVAS, perteneciente a la Unidad Victimológica del Instituto de Criminología, INSCRIM, de la Policía de Investigaciones de Chile, atiende a las víctimas de delitos sexuales, realizando diagnóstico en esta área, así como terapias de reparación a las víctimas. En este contexto, y en atención al tiempo y experiencia de los profesionales del centro, el equipo del CAVAS introdujo una metodología

---

<sup>199</sup> RIVERA, JAVIERA y OLEA, CAROLINA. Peritaje en víctimas de abuso sexual infantil: un acercamiento a la práctica chilena [En línea] [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext) [Consulta 10 de Junio de 2016].

propia, denominada Metodología de Evaluación Clínico-Pericial CAVAS-INSCRIM. Esta se sostiene en tres ejes de análisis; a) Evaluación del funcionamiento psíquico: - Evaluación del desarrollo. - Evaluación del daño psicológico y de la dinámica abusiva; b) Análisis de la credibilidad discursiva del relato; y c) Análisis transversal de la información. El proceso que se articula en estos tres puntos, sigue una lógica que implica que el análisis de la información se realiza inicialmente en forma parcial, para finalmente llegar a un análisis integrativo de las distintas fuentes de información, del cual se deriva una valoración pericial final.<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> NAVARRO, CAROLINA. Evaluación de la Credibilidad Discursiva en niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales. Ob. cit.

## **CAPITULO V**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **1. Tipo de Investigación y Enfoque Metodológico**

El estudio presentado se enmarcó en un diseño metodológico de tipo exploratorio, con alcances descriptivos (Hernández, Fernández y Baptista, 1997) en el contexto de los procedimientos utilizados para realizar las pericias psicológicas en materias del Derecho de Familia.

Se trata de una indagación que juega un rol exploratorio e interpretativo de lo que se va a conocer, a través de fuentes directas e indirectas provenientes de libros, revistas, Leyes, información disponible en la red, y de la obtención de información sobre los procesos periciales psicológicos a través de la entrevista semi estructurada a peritos de profesión psicólogos. Relevando así un ámbito que requiere ser observado debido a la falta de información actual.

Así mismo, corresponde a una investigación de nivel descriptivo, en tanto pretende detallar las características de un problema contingente, a través de la revisión y análisis de los antecedentes recabados.

El tipo de exploración que subyace este trabajo se enmarcó en el paradigma de investigación cualitativa, conforme su interés radica en conocer y describir cómo se evalúa el maltrato infantil dentro del dominio de la psicología y analizar si ese producto como medio de prueba es válido en el contexto de la judicatura de Familia.

En este sentido, se trató de un diseño no experimental, ya que, de acuerdo a lo definido por Hernández, lo que hace que una investigación sea no experimental es el poder observar a los fenómenos tal y como se dan en el contexto natural, para después realizar el análisis. En este contexto entonces, no hubo manipulación de las variables, ya que lo que se pretendió, es hacer una revisión de los procesos periciales psicológicos en la detección del maltrato infantil, tal como se dan en la habitualidad de su quehacer.

El diseño no experimental se subdivide en Longitudinal o Transversal, y este estudio, se estructuró en un marco de tipo transversal, puesto que la información se ha recabado en un solo momento y no a través del tiempo.

## **2. Población y Muestra**

La población del estudio estuvo constituida por peritos de profesión psicólogos, que se desempeñan realizando informes periciales, a fin de dar respuesta a la solicitud y requerimientos de la judicatura en el contexto de procesos en Tribunales de Familia.

La muestra estuvo conformada por 8 peritos de profesión psicólogos, los que en la actualidad se encuentran ejerciendo como tal en los centros de diagnóstico ambulatorios (DAM) pertenecientes a la red SENAME. Específicamente dos peritos del DAM de la comuna de Puente Alto, uno del DAM La Cisterna, tres del DAM La Pintana, y dos peritos del DAM San Bernardo. Dicha muestra fue intencionada en función de las necesidades de la

investigación, esto es, psicólogos de profesión que se desenvuelvan realizando informes periciales para Tribunales de Familia en materia de maltrato infantil.

El territorio de intervención de la muestra estuvo circunscrito a la Región Metropolitana de Santiago.

### **3. Técnicas de Recolección de Información**

La técnica de recolección de información utilizada para la presente investigación correspondió a la entrevista semi estructurada, técnica que permitió plantear preguntas abiertas no inductivas, delimitadas previamente en función del tema de estudio.

Para ello se elaboró un instrumento que constó de preguntas abiertas, en el dispositivo individual, las que facilitaron profundizar de manera cualitativa en la temática planteada.

A fin de alcanzar los propósitos de esta investigación, lo que dio directriz a la entrevista, fue elaborado a partir de los objetivos específicos relacionados con la recogida de información de los profesionales psicólogos, para realizar las pericias. Ello se estructuró en siete preguntas relativas al referido procedimiento.

Se debe agregar que la totalidad de las entrevistas fueron realizadas por la autora de esta investigación, tras haber contactado y coordinado con las directoras de los establecimientos que constituyeron la muestra.

#### **4. Técnica de Análisis de la Información**

En el primer capítulo de la investigación se realizó un análisis a través del método histórico, mediante fuente documental y bibliográfica, a fin de conocer cómo el maltrato infantil ha ido transmutando, pasando de ser una práctica instalada y socialmente aceptada, a situarse paulatinamente como un problema de las sociedades actuales.

El segundo capítulo, es de carácter descriptivo respecto de las tipologías de maltrato infantil desarrolladas en la literatura.

El tercer capítulo consta de un análisis exegético de como el maltrato infantil incide en las materias legales. Tales como VIF, Cuidado personal, Adopción, Relación directa y regular, y Medidas de Protección. En la misma línea, el cuarto capítulo refiere un análisis explicativo del escenario pericial en el contexto de Tribunales de Familia.

Finalmente el último y sexto capítulo de la investigación, en concordancia con el análisis cualitativo de la investigación, se estructura en el método del análisis de contenido, a partir del cual es posible interpretar el significado de los datos recabados a través de las entrevistas. En este método, la recolección de datos, y el análisis de los mismos da cuenta del contenido de lo expuesto por sus emisores. No obstante no es una teoría, por lo que sus resultados fueron vistos a la luz del marco teórico que subyace esta investigación.

## **5. Procesamiento de la información**

En este punto, se presentan las distintas etapas de procesamiento de la información.

- a. Grabación de las entrevistas.
- b. Transcripción de las entrevistas.
- c. Identificación y agrupación de las temáticas por entrevistada.
- d. Identificación y agrupación de las respuestas comunes de las entrevistadas.
- e. Análisis cualitativo de cada entrevista.
- f. Análisis cuantitativo de los datos obtenidos.
- g. Análisis comparativo de las 8 entrevistas.

## **CAPITULO VI**

### **RESULTADOS**

#### **1. Caracterización de la muestra**

Como ya se ha señalado en el capítulo anterior, la muestra de esta investigación fue conformada por 8 peritos de profesión psicólogas, quienes prestan servicios en la línea de acción diagnóstica de los proyectos de Diagnóstico Ambulatorio DAM, organismo colaborador del Servicio Nacional de Menores SENAME (Ley 20.32, que establece sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME, y su régimen de subvención). Los centros seleccionados correspondieron a DAM La Cisterna, DAM Puente Alto, DAM San Bernardo y DAM La Pintana. Todos ellos, a excepción del DAM Puente Alto, pertenecientes a la Corporación Opción.

No siendo parte de los criterios de selección, la muestra se conformó sólo por profesionales mujeres. Razón por la que nos referiremos en adelante a “las peritos”.

Conforme a las bases técnicas de la línea diagnóstica en la modalidad de diagnóstico ambulatorio, el objetivo central de los proyectos DAM consiste en “realizar en forma ambulatoria, evaluaciones periciales proteccionales y/o forenses, oportunas y especializadas, a niñas, niños y adolescentes que se encuentran en situación grave de vulneración de derechos o suposición

fundada grave de vulneración, asociada a algún nivel de daño y/o victimización. Así como evaluaciones técnicas a adolescentes imputados de haber infringido la ley penal”.<sup>201</sup> Para efectos de esta investigación, se debe precisar que sólo hemos recogido información relativa a las pericias en materia proteccional.

## **2. Técnicas utilizadas**

De acuerdo a la información reportada, es plausible observar que la entrevista con el niño, niña o adolescente, es técnica utilizada por la mayoría de las profesionales al comienzo de la evaluación. Además tres de ocho peritos, hacen énfasis en el uso de entrevista dirigida al padre, madre, o adulto responsable, quien asume los cuidados del niño al momento de la evaluación.<sup>202</sup>

Si bien se declara el uso de la entrevista como técnica de recolección de información relevante, no se evidencia en los relatos, descripciones de que exista alguna estructuración común en el tipo de entrevista a realizar.

Más bien se observa que esta técnica es utilizada diversamente a discreción de cada profesional. Así refieren algunas profesionales hacer uso de la entrevista forense, otras refieren utilizar entrevista basada en la Escala de Evaluación Familiar (NCFAS), y otras entrevistas vinculares.

---

<sup>201</sup> Cfr. SENAME. Orientaciones Técnicas línea de acción diagnóstica, diagnóstico ambulatorio DAM [En línea] 2015. <[http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p28\\_13-11-2015/1.-%20OT%20DAM%20version%20final%202015.pdf](http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p28_13-11-2015/1.-%20OT%20DAM%20version%20final%202015.pdf)> [Consulta 15 de mayo de 2016]

<sup>202</sup> En este sentido es importante precisar que no se realizan entrevistas a aquellas personas que se encuentren consignadas como eventuales ofensores del evaluado.

La entrevista que se aplica no parece estar asociada a variables determinadas previamente a la pericia, sino más bien al despliegue particular que la evaluadora maneje en cada situación. En este sentido, la perspectiva de la información que se quiere recabar no presenta una estructura, y se iría determinando conforme avanza la entrevista.

En relación a lo expuesto, sólo una perito explicitó coordinar entrevistas con otros profesionales que participen en la vida cotidiana de los niños, y que *“puedan dar cuenta de sus procesos; como alguien del colegio”*, por ejemplo.

En todos los casos que se declara hacer uso de entrevista, se realiza esta como medio de triangulación de la información levantada por otros instrumentos.

### 3. Instrumentos utilizados.

**Tabla N° 1; Pruebas más utilizadas en la evaluación pericial.**

	TRO	CAT-A	Rorschach	Dibujo familia	Persona bajo lluvia	Persona humana	HTP	Dibujo Libre	Hora juego diagnóstica	Caja de arena	Escala del desarrollo	Muñecos anatómicos
<b>P1</b>	<b>X</b>	<b>X</b>		<b>X</b>	<b>X</b>	<b>X</b>	<b>x</b>	<b>X</b>	<b>X</b>	<b>X</b>		
<b>P2</b>		<b>X</b>		<b>x</b>	<b>x</b>		<b>x</b>		<b>X</b>		<b>X</b>	
<b>P3</b>	<b>X</b>	<b>X</b>	<b>X</b>	<b>x</b>	<b>x</b>	<b>X</b>		<b>X</b>				
<b>P4</b>	<b>X</b>	<b>X</b>		<b>x</b>	<b>x</b>		<b>x</b>		<b>X</b>			
<b>P5</b>												
<b>P6</b>	<b>X</b>	<b>X</b>			<b>x</b>	<b>X</b>	<b>x</b>					
<b>P7</b>	<b>X</b>			<b>x</b>	<b>x</b>		<b>x</b>					<b>X</b>
<b>P8</b>	<b>X</b>	<b>X</b>						<b>X</b>	<b>X</b>			

La tabla expuesta, muestra detalladamente las pruebas psicológicas utilizadas por la profesionales para dar respuesta a la pregunta psicojurídica. En ella se observa que la totalidad de las perito declara hacer uso de pruebas proyectivas como herramienta diagnóstica. No obstante, no todas<sup>203</sup> describen cuáles son esas pruebas.

Del análisis, los principales instrumentos diagnósticos utilizados son las pruebas proyectivas gráficas; el test de la familia, la persona bajo la lluvia y el

<sup>203</sup> Perito N° 5 refiere usar pruebas proyectivas, pero no especifica cuáles.

test de casa-árbol-persona (HTP). A ellos les siguen las pruebas gráficas de la persona humana y el dibujo libre.

Por otra parte, TRO y CAT son las pruebas proyectivas más utilizadas por las profesionales, siendo el test de Rorschach utilizado sólo por una de ellas.

Por último, seis profesionales evidenciaron hacer uso de la observación clínica para obtener información. De ellas, cuatro precisaron hacerla a través de la técnica de Hora de juego diagnóstica, y sólo una de ellas refirió ocupar la “Escala del desarrollo”. Del mismo modo, sólo una de ellas haría uso de muñecos anatómicos.

Todas las pruebas previamente descritas, son herramientas utilizadas en la evaluación de personalidad de los sujetos. Del análisis de la entrevista, no se observa que las peritos hagan uso de instrumentos destinados a evaluar capacidad intelectual, o algún tipo de daño orgánico cerebral, a fin de descartar estas probabilidades. No obstante, dos profesionales declaran realizar indagación por posibles diagnósticos diferenciales, antes de supeditar los referidos indicadores a la hipótesis de maltrato.

**Tabla N° 2; consideración de la variable edad del evaluado en la elección de la prueba.**

	<b><i>Evaluado lactante</i></b>	<b><i>Evaluado de 2 a 4 años</i></b>	<b><i>Evaluado de 5 a 12 años</i></b>	<b><i>Evaluado adolescente</i></b>
<b>P 2</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Escala del desarrollo</li> <li>- Observación clínica</li> <li>- Entrevista con adulto responsable</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dibujo de la familia</li> <li>- Persona bajo la lluvia</li> <li>- HTP</li> <li>- Hora de juego diagnóstica</li> <li>- Observación clínica</li> <li>- Entrevista con adulto responsable</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dibujo de la familia</li> <li>- Persona bajo la lluvia</li> <li>- HTP</li> <li>- Prueba proyectiva CAT-A</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pruebas gráficas, no especifica cuáles</li> </ul>
<b>P 3</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No describe tipo de prueba.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No describe tipo de prueba.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Rorschach</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- TRO</li> </ul>
<b>P 4</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No describe tipo de prueba.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pruebas gráficas (cuando sabe dibujar), no especifica cuáles.</li> <li>- Hora de juego diagnóstica</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dibujo de la familia</li> <li>- Persona bajo la lluvia</li> <li>- HTP</li> <li>- Prueba proyectiva CAT-A</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dibujo de la familia</li> <li>- Persona bajo la lluvia</li> <li>- HTP</li> <li>- TRO</li> </ul>
<b>P 7</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- No describe tipo de prueba.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pruebas gráficas (cuando sabe dibujar), no especifica cuáles.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dibujo de la familia</li> <li>- Persona bajo la lluvia</li> <li>- HTP</li> <li>- Prueba proyectiva CAT-A</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- TRO</li> </ul>
<b>P 8</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Observación clínica.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Hora de juego diagnóstica</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pruebas gráficas, no especifica cuáles</li> <li>- Prueba proyectiva CAT-A</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- TRO</li> </ul>

La tabla N°2 expone la relación de los criterios utilizados para la elección de las pruebas. De ello se advierte que sólo el 50% (4) de las perito, declara considerar la edad del niño, niña o adolescente, o en su lugar el nivel de desarrollo, como criterio discriminador al momento de seleccionar la prueba. En tales casos opera la discrecionalidad de la profesional en la elección, ya que los datos muestran algunas asimetrías entre sí.

En atención a los criterios utilizados para elegir la prueba en función del tipo de vulneración a pesquisar, 6 peritos señalan considerar esta variable en su investigación, y 2 declaran no hacerlo. No obstante, ninguna de ellas especifica cuáles son las pruebas que se utilizan en cada caso.

#### **4. Indicadores de maltrato**

Del análisis, se advierte que todas las profesionales concuerdan en que se deben identificar indicadores que revelan la existencia de un maltrato infantil. Sin embargo, en la clasificación de dichos indicadores se observa que no existe un consenso que dé cuenta de un estándar a observar.

En este sentido el 50% de las entrevistadas declaró que considera las conductas disruptivas, la agresividad y la impulsividad de los niños como indicadores de un daño, asociado a la hipótesis de maltrato. Frente a lo que no se sostiene problematización de si las conductas referidas, podrían ser constitutivas de otro fenómeno o diagnóstico.

Análogamente dos peritos describen como síntomas a relevar en la pericia, la presencia de enuresis<sup>204</sup> o encopresis,<sup>205</sup> lo que según explican, podría estar ligado a vulneración en la esfera de la sexualidad del menor. Dicho esto, una de las entrevistadas sugiere que a fin de que dichos síntomas sean atendidos como indicadores de maltrato, esto se debe acompañar de otros antecedentes. En la misma lógica, se sostiene que conductas como temor, nerviosismo y desconfianza durante la evaluación, son apreciadas como significantes de daño, y en consecuencia, de vulneración

Los trastornos del sueño y trastornos cognitivos, también han sido valorados en menor medida como indicadores a considerar.

Aisladamente una de las perito declara que las vestimentas que dejan exhibir el cuerpo, así como aquellas que lo ocultan demasiado en el caso de las evaluadas adolescentes, podrían constituir indicadores de victimología de delito, en la esfera de la sexualidad.

De la valoración de las pruebas gráficas utilizadas, se observa que los trazos demasiado marcados, los dibujos con manos y pies grandes, y los dibujos fálicos, son a juicio de las evaluadoras (50%), indicadores en la ponderación de una eventual vulneración del derecho. En efecto, dos peritos sostienen que la ausencia del paraguas en la prueba grafica persona bajo la lluvia, así como

---

<sup>204</sup> La enuresis es la persistencia de micciones incontroladas más allá de la edad en la que se alcanza el control vesical (4-6 años como edad extrema).

<sup>205</sup> Encopresis infantil es la defecación involuntaria que sobreviene al niño mayor de 4 años, sin existir causa orgánica que lo justifique.

dibujar goterones de lluvia grandes, configura interpretaciones en la línea del maltrato infantil.

Mayoritariamente, no se hace alusión a la vinculación entre el indicador y la tipología de maltrato, salvo en aquellos casos en que se sospecha de abusos en la esfera de la sexualidad.

Se debe relevar que 6 peritos declaran que todo indicador a ponderar, debe ser siempre triangulado con otras técnicas de recogida de información como por ejemplo, la entrevista.

Finalmente el 50% de las profesionales establece en el relato del niño la verbalización del maltrato como el indicador más evidente de su constancia. Y dos de ellas destacan la revelación de los hechos en el relato del adulto significativo.

##### **5. ¿Existe consenso entre los profesionales en la elección de la prueba a aplicar, para detectar un maltrato infantil?**

A la pregunta. 7 de las 8 peritos entrevistadas, revelan que no hay un estándar o consenso profesional a la hora de optar por las pruebas que levantarán la información para la pericia. Más bien se trataría nuevamente de una decisión discrecional del profesional que realiza la investigación pericial. Del relato se extrae que el uso de las pruebas responde más a la expertiz que ostenta la perito en el manejo de las mismas, que a una clasificación vinculada a las variables propias del evaluado. En este sentido cobra coherencia la apreciación

que las entrevistadas tienen de este fenómeno, pues 4 de ellas presume que la falta de estandarización de pruebas para determinar un maltrato infantil, no influye en los resultados de la pericia. En oposición a sólo dos que intuyen que sería positivo contar con ello. En efecto, una de las profesionales afirma que las reuniones de equipo tras la evaluación, suple la estandarización de un instrumento valorativo.

Del mismo modo 3 peritos consideran que los procedimientos periciales psicológicos, son suficientes y atingentes en la detección del maltrato. En contraposición a 4 peritos, que consideran que no lo son.

#### **6. La pregunta Psicolegal**

A fin de indagar en la forma en que los jueces solicitan la información requerida, para tomar decisiones en función de los hechos a probar. Se sostiene por parte de las profesionales que la pregunta psicojurídica no siempre es igual, aun cuando se esté requiriendo información sobre una misma materia. Análogamente consideran que la solicitud siempre es proyectada de forma muy general, lo que no siempre les permite tener una idea clara de que es lo que se tiene que indagar.

En este sentido manifiestan que algunos jueces solicitan evaluar la existencia de alguna vulneración de derecho, sin entregar más antecedentes que pudieran aportar a la investigación.

De manera muy aislada, algunos sentenciadores formulan el ámbito a periciar, tales como aquellas solicitudes de evaluación de competencias y habilidades parentales, o de vulneración en la esfera de la sexualidad.

Además de acuerdo a lo descrito por la mayoría (6) de las perito, el grueso de las evaluaciones que se solicitan ingresan tras haber decretado una medida de protección a favor del niño, niña o adolescente en comento. Y en menor medida se realizan evaluaciones en respuesta a solicitudes por causas contenciosas.

## CONCLUSIONES

En atención a la revisión bibliográfica desde la disciplina psicológica, la doctrina del derecho, y el trabajo de campo realizado, es que se ha llegado a las siguientes conclusiones respecto de las pericias psicológicas en la detección del maltrato infantil.

Primeramente, y en virtud de lo revisado en esta investigación, se plantea que el maltrato infantil es todo acto u omisión que provoque un perjuicio en la persona menor de 18 años. Dicho perjuicio puede generar un menoscabo en la esfera física, psicológica, social o sexual del niño, y sus consecuencias no son necesariamente palpables en la inmediatez, ni tampoco en el tiempo. Así mismo, estas acciones u omisiones, constituyen una vulneración a los derechos del niño, (consagrados en la CDN) lo que incidirá en diversas materias legales afectas a su interés superior, que no necesariamente importan consecuencias penales para quienes transgreden estos derechos.

Se observa que la memoria de la infancia ha debido recorrer un largo camino, para que ésta albergue un lugar protegido en la sociedad. El abuso y las prácticas generacionalmente instaladas en las diferentes culturas, han dificultado que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se alcen como objetivos fundamentales en la historia de la humanidad.

En particular en Chile sólo a fines del siglo XIX comienza a darse un lugar a los niños dentro del entramado social, o como expresa Rojas Flores, comienza

a “descubrirse la infancia”. Resultando de esto que Chile haya ratificado el año 1990 el acuerdo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Tras ello, el Estado Chileno comienza a hacerse cargo de las irregularidades y desprotección de los niños, estableciendo importantes cambios en materia legislativa, entre los que se encuentran la promulgación de la Ley que crea los Tribunales de Familia. No obstante, lo avanzado hasta ahora, aun no existe en Chile una regulación sistemática que garantice los derechos de la infancia acorde a los estándares internacionales.

De lo expuesto, se considera de alta relevancia que todos los procedimientos que operan en el sistema de justicia familiar y de infancia, contemplen un estándar de calidad y responsabilidad, acorde con los esfuerzos y acciones desplegadas para dar protección a todos los niños, niñas y adolescentes. Ello no excluye de ninguna manera a los organismos asesores de los tribunales de familia entre los que se contempla a los profesionales que realizan pericias, a fin de otorgar a la judicatura con su investigación, una prueba que le oriente respecto de su mejor resolver.

Es por esta razón que se da cuenta de la relevancia que cobran las pericias psicológicas en materias del derecho de familia, debido a que el órgano jurisdiccional requiere del insumo de un especialista en la materia que se encuentre en litigio, a objeto de tomar decisiones que afectarán siempre en este escenario, el interés superior del niño. El juez mandatado a sentenciar a la

luz de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, otorgará valor a estas pruebas y decidirá sobre la vida de un niño y su familia.

Es así que, se sostiene que la evidencia de un maltrato infantil cometido por personas que integren el grupo familiar, tiene altas probabilidades de afectar consecuencias en la esfera de las relaciones familiares y la sensibilidad emocional de las mismas, en tanto pueden importar efectos tan delicados como la determinación o pérdida del cuidado personal; o de la relación directa y regular respecto de alguno de los padres. Así mismo, en escenarios de vulneración grave de la infancia, el juez podría decretar medidas cautelares que dicten el alejamiento de alguno de los padres, o la salida de este del hogar común. Incluso en los casos más extremos, podría ordenarse la susceptibilidad de adopción del menor, o tomarse medidas precautorias que alejen al niño de su familia.

A la fecha y tras la revisión bibliográfica, se ha observado que las sistematizaciones en torno a una delimitación de los actos que constituyen una definición del fenómeno del maltrato infantil, han sido variadas, ya que su descripción debe responder a una amplitud diversa de variables. La falta de consenso en las definiciones de lo que es el maltrato, no permite vincular indicadores comunes para la detección del mismo. Se observa en la práctica que ello ha interferido directamente en la investigación respecto de esta

temática. En este sentido, la dispersión respecto de sus descripciones resulta coherente con la dispersión de lo que se declara como indicadores para detectar maltrato por parte de las entrevistadas, aporte que ha entregado la presente investigación. Ya que se observó que los indicadores recogidos por las peritos no se corresponden entre sus declaraciones, lo que desde este punto de vista aportaría a la falta de fiabilidad de la pericia, aun cuando la información sea triangulada, pues en este ejercicio ya se habría instalado una percepción preconcebida de la hipótesis de maltrato.

En efecto, los procedimientos utilizados por los profesionales que realizan pericias en el contexto de tribunales de familia, específicamente en relación al maltrato infantil, no han sido sistematizados para la recogida de información relevante, que permita entregar datos validados y estandarizados en la práctica. Ello contribuiría a una óptica más objetiva en las valoraciones, despojándolas en cierta medida del peligro que significa que las pericias respondan solo a observaciones subjetivas de quien las emite.

Se sostiene lo enunciado en relación a lo que declaran las peritos respecto del uso de técnicas de recolección de datos como la entrevista, la que tampoco posee una estructura consensuada, trabajando cada una de ellas con el estilo de entrevista que más le acomoda, lo que resulta poco operativo, ya que con un objetivo y metodología estándar, se podría contribuir a una mayor eficacia

en la técnica de la entrevista. Así como facilitar la triangulación de datos para la que se utiliza.

Lo mismo ocurre con respecto a los criterios para seleccionar el test o la prueba psicológica con la que se recogerá información, los que no han sido consensuados, en función de cuáles serían los más idóneos de utilizar en este tipo de pericia. La elección de los profesionales no responde completamente a las variables respecto de lo evaluado, ni del evaluado, sino más bien a la discrecionalidad del perito, fundada en el manejo y *expertise* que ostenta respecto de cada instrumento, lo que claramente no es objetivo. No obstante, se debe aclarar que la serie de instrumentos a los que las peritos recurren, se encuentran previamente establecidas en las orientaciones técnicas de la línea de investigación DAM de SENAME.

Análogamente se observa que las pruebas utilizadas para las pericias en la detección del maltrato infantil no son pruebas exclusivamente diseñadas para estos efectos, y más bien lo que se realiza es un cúmulo de evaluaciones de personalidad o vinculación primaria, con lo que se sacan conclusiones que no necesariamente responden a los objetivos de la investigación pericial, ya que estos son en su naturaleza son distintos a los del psicodiagnóstico, técnica clínica que realiza mediciones respecto de áreas del comportamiento de una persona. Ciertamente lo enunciado responde a una falencia de la disciplina, la

que no ha levantado la necesidad de estandarizar y validar este tipo de instrumentos a la realidad nacional.

Así también, el 50% de las profesionales establece en el relato del niño la verbalización del maltrato como el indicador más evidente de su constancia. Respecto de ello, se debe atender con mayor detención, sobre la sugestionabilidad del niño, estando abierta la posibilidad de que su relato pudiera estar influenciado por adultos cuando estos presentan disputas de su custodia en causas contenciosas, lo que se ha descrito como alienación parental. Así mismo, se deben tener en cuenta las variables de sesgo relativas a la cantidad de veces que un niño debe verse expuesto a describir la eventual vulneración, interfiriendo esto en la fiabilidad de su relato. Mismo ocurre con la declaración del adulto, ya que según lo señalado por una de las perito, en el contexto de evaluación DAM, sólo se puede entrevistar al adulto quien tiene a su cargo al niño, quedando afuera el testimonio del eventual agresor. Respecto de esto último las orientaciones técnicas de los DAM no establecen con precisión la situación, ya que en ellas se sostiene, respecto de los componentes del modelo de evaluación, que “en el proceso de psicodiagnóstico, el entrevistador recoge datos elementales del niño, niña,

adolescente o del adulto a cargo: descripción de apariencia, conducta, etc”.<sup>206</sup>

Lo que a la interpretación literal, no contempla el relato del eventual agresor.<sup>207</sup>

Se agrega a lo anterior lo aportado por las peritos que participan de esta investigación, en cuanto a la generalidad y falta de claridad por parte del juez a la hora de realizar la pregunta psicojurídica. En ella no se establecen con precisión los aspectos que el sentenciador necesita para fundamentar su dictamen. A lo que si adicionamos la alta demanda y el poco tiempo con el que se cuenta para realizar la investigación pericial, aportaría a ser un obstáculo más en el procedimiento. Desde este punto de vista se observa un desconocimiento del mundo jurídico respecto de cómo plantear la pregunta, o solicitar la información a la disciplina psicológica, ya que son la mayoría de las entrevistadas las que señalan que con planteamientos claros de la información requerida, se facilitarían y despejarían los procedimientos. En este sentido se estima necesario que se efectúen más encuentros entre la psicología forense y el derecho, así como más investigaciones en esta área destinadas a levantar información y mejorar los procedimientos que de la plática de estas dos disciplinas emergen.

---

<sup>206</sup> \_SENAME. Orientaciones Técnicas línea de acción diagnóstica, diagnóstico ambulatorio DAM, [En línea] 2015.< [http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p28\\_13-11-2015/1.-%20OT%20DAM%20version%20final%202015.pdf](http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p28_13-11-2015/1.-%20OT%20DAM%20version%20final%202015.pdf)> [Consulta 15 de mayo de 2016].

<sup>207</sup> Al respecto se debe señalar que esta referencia hace alusión exclusiva a aquellas situaciones en que el emplazado por una eventual vulneración de derechos a la infancia, no se encuentra en calidad de imputado, pues en aquella circunstancia es indiscutible que no pueda ser entrevistado.

Al respecto se extrae del sentir de las profesionales la necesidad de establecer un diálogo más claro con los tribunales de familia, el que aporte a facilitar los procedimientos, delimitando claramente qué es lo requerido para observar en calidad de prueba.

Finalmente y en atención a todo lo aquí expuesto, se considera imprescindible que en Chile se concrete la publicación de una ley integral que garantice los derechos de la infancia, y que inste iniciativas destinadas a institucionalizar, y a generar más y mejores políticas públicas en la protección del derecho infantil. Por otra parte, parece indispensable también, estandarizar en Chile los procesos que se encuentran a cargo de insumar las decisiones judiciales relativas a la infancia. Lo que además debe concretarse a través de un sistema de clasificación, o escalas de evaluación creadas específicamente para la evaluación del maltrato infantil, a partir de un juicio clínico estructurado, en cada una de sus representaciones, y conforme a las características de la realidad nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS:**

1. AGUILAR, JOSÉ. Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro. Barcelona. Editorial Almuzara S.L., 2009.
2. ALVAREZ, JORGE; ROJAS FLORES, JORGE; CABEZAS, ESTEBAN; RUIZ, CATALINA; TORRES, OSVALDO; CASTRO, EDUARDO. Del Buen Salvaje al Ciudadano [La idea de la infancia en la historia]. Santiago. Ediciones de la JUNJI, 2015.
3. AMATO, MARÍA INÉS. La pericia psicológica en violencia familiar. Buenos Aires. Ediciones La Rocca, 2007.
4. ANASTASI, ANNE y URBINA, SUSANNA. "Test Psicológicos". México. Editorial Prentice- Hall Hispanoamericana S.A., 1998.
5. ARRUABARRENA, MARÍA Y DE PAUL, JOAQUIN. Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento. Madrid. Ediciones Pirámide, 2011.
6. BARCIA LEHMANN, RODRIGO. Fundamentos del derecho de familia y de la Infancia. Santiago. Editorial Thomson Reuters, 2011.
7. BARUDY LABRIN, JORGE. El dolor invisible de la infancia. Barcelona. Ediciones Paidós, 1998.

8. BAVESTRELLO BONTA, IRMA. Derecho de menores. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2003.
9. CAMPILLAY F., JORDAN. La Adopción y los nuevos Tribunales de Familia. Santiago, Editorial Librotecnia. En “Adopción en Chile, Principios y Regulación”, Biblioteca del Congreso Nacional, 2005.
10. CARRASCO JIMENEZ, EDISON. Manual de legislación sobre violencia intrafamiliar. Santiago. Librotecnia, 2008.
11. COHEN IMACH, SILVINA. Infancia maltratada en la posmodernidad. Buenos Aires. Ediciones Paidós, 2010.
12. CONDEMARÍN BUSTOS, PATRICIA Y MACURÁN NODARSE, GRETER. Peritajes psicológicos sobre los delitos sexuales. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 2015.
13. CORRAL TALCIANI, HERNÁN. “Adopción y Filiación Adoptiva”. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2002.
14. CHUCK S., JORGE. Bioética en Pediatría. México D.F., Editorial El Manual Moderno S.A. de C.V. 2015.
15. FERRER, ROSARIO. Los niños del 70 (el día en que nació la JUNJI). Santiago. Ediciones de la JUNJI, 2015.
16. GLASER, DANYA y FROSH, STEPHEN. 1997. Abuso Sexual de Niños. Buenos Aires, Editorial Paidós.

17. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
18. HUSNI, ALICIA Y RIVAS, MARÍA. Familias en litigio. Perspectiva psicosocial. Buenos Aires. Lexis Nexis, 2008.
19. JARA CASTRO, EDUARDO. Derecho procesal de familia. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2011.
20. LATHROP GÓMEZ, FABIOLA. Cuidado Personal de los hijos. Santiago. Editorial Punto Lex, 2005.
21. TALARICO PINTO, IRENE. Pericia psicológica. Buenos Aires. Ediciones La Rocca, 2007.
22. MERIÑO ARAVENA, MARCELO. La investigación forense de los delitos sexuales. Santiago. Ediciones Jurídicas de Santiago, 2010.
23. MACURÁN NODARSE, GRETER. La prueba pericial psicológica en los delitos de abuso sexual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2011.
24. MARTÍN HERNÁNDEZ, JAVIER. La intervención ante el maltrato infantil. Madrid. Ediciones Pirámide, 2010.
25. NÚÑEZ ÁVILA, RENÉ Y CORTÉS ROSSO, MAURICIO. Derecho procesal de Familia. Santiago. Editorial Thomson Reuters, 2012.
26. OLIVA DE LA SANTOS, ANDRÉS y DIEZ-PICASO G., IGNACIO. 2000. Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

27. ORREGO ACUÑA, JUAN. Criterios jurisprudenciales recientes en derecho de familia. Santiago. Editorial Metropolitana, 2014.
28. RAMOS PAZOS, RENÉ. Derecho de Familia. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
29. ROCA TRIAS, ENCARNA. Familia y cambio social (De la <<casa>> a la persona), Editorial Civitas, 1999.
30. RODRIGUEZ PINTO, MARÍA. El cuidado personal de niños y adolescentes. El nuevo derecho chileno de familia. Santiago. Legal Publishing, 2010.
31. RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE. 1996. *Droit de la famille*. París, Dalloz
32. SCHMIDT HOTT, CLAUDIA y VELOSO VALENZUELA, PAULINA. La filiación en el nuevo Derecho de Familia. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2001.

#### **REVISTAS:**

1. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. La relación directa y regular como efecto de la ruptura. Revista del Magister y Doctorado en Derecho. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Escuela de Graduados (4), 2011.
2. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, MARICRUZ. La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680. Revista de Derecho de Familia, (1), 2014.

3. LEPÍN MOLINA, CRISTIAN. Reformas a las relaciones Paterno- Filiales. Análisis de la Ley N° 20.680. Revista de Derecho- Escuela de Postgrado, Facultad Derecho, Universidad de Chile (3), 2013.
4. LEPÍN MOLINA, CRISTIAN. Modificaciones a los efectos de la filiación. Una cuestión de principios. Revista de Derecho de Familia, (1), 2014.
5. NÚÑEZ ROMERO, GERMÁN. La judicatura de familia ¿tutela efectiva de los derechos de los menores?: las medidas de protección en el derecho chileno. Revista chilena de Derecho de Familia. Santiago. Legal Publishing, (3), 2010.
6. TAPIA RODRIGUEZ, MAURICIO. “Comentarios críticos a la Reforma del Cuidado Personal de los hijos (Ley 20.680)”, Revista de Derecho de Familia, (1), 2014.
7. RODRIGUEZ PINTO, MARÍA, “Nuevas normas sobre Cuidado Personal, Relación Directa y Regular, y Patria Potestad en el Código Civil Chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013”, Revista de Derecho de Familia, (1), 2014.

**LEGALES:**

1. CHILE. Ministerio de salubridad; previsión y asistencia social. 1952. Ley 10.383: Modifica la Ley N° 4.054, relacionada con el seguro obligatorio.

2. CHILE. Ministerio de Justicia. 2013. Ley 20.680: Introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, 21 de junio de 2013.
3. CHILE. Ministerio de Justicia. 2005. Ley 20.066: Establece Ley de Violencia Intrafamiliar, 07 de octubre de 2005.
4. JUZGADO DE FAMILIA DE TALAGANTE. 2014. RIT C-687-2013. Considerando 9º. Revista de Derecho de Familia (1)
5. PUNTO LEX. 2010 Jurisprudencia sobre Violencia Intrafamiliar. Santiago, Editorial PUNTO LEX.

#### **ESTUDIOS Y OTROS:**

1. CASAS B., LIDIA, RIVEROS W., FRANCISCA y VARGAS P., MACARENA. 2012. Violencia de Género y la administración de justicia. Santiago, Vicerrectoría académica de la Universidad Diego Portales-Servicio Nacional de la Mujer.
2. Bases Técnicas Específicas: Línea Diagnóstico, Modalidad Diagnóstico Ambulatorio DAM. Chile 2013.
3. SENAMA. 2007. Guía de Prevención del Maltrato en Personas Mayores.
4. UNICEF. 2015. 4º Estudio de Maltrato infantil en Chile (Análisis comparativo 1994-2000-2006-2012). Santiago, UNICEF.

## RECURSOS BIBLIOGRÁFICOS EN LÍNEA:

1. Asamblea General de las Naciones Unidas. 2009. [En línea]  
<http://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf> [Consulta: 18 de julio de 2016].
2. BCN [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4620/>>  
[Consulta: 02 de Mayo de 2016].
3. Biblioteca del Congreso Nacional. [En línea]  
[https://www.leychile.cl/Consulta/listado\\_n\\_sel? grupo\\_aporte=&sub=868&agr=2&comp=](https://www.leychile.cl/Consulta/listado_n_sel? grupo_aporte=&sub=868&agr=2&comp=) [Consulta 15 de julio de 2016].
4. BCN Informe. Sanción penal del maltrato infantil fuera del ámbito familiar.  
Legislación comparada.
5. [En línea]  
<[http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21459/4/Informe%20maltrato%20ninos\\_def\\_v2.pdf](http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/21459/4/Informe%20maltrato%20ninos_def_v2.pdf)> [Consulta: 02 de mayo del 2016].
6. Declaración de susceptibilidad de Adopción. Boletín del departamento de estudios CAJ. [En línea]  
[http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N\\_1\\_DE.pdf](http://www.cajmetro.cl/v1/boletin/Boletin%20N_1_DE.pdf) [Consulta: 02 de

- julio de 2016]. Etimología de la infancia [En línea] <<http://etimologias.dechile.net/?infancia>> [Consulta: 12 de febrero de 2016].
7. GONZALEZ C., J. 2006. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. [En línea] Revista Chilena de Derecho, 33(1):93 – 107 <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art06.pdf>> [Consulta: 29 de Julio de 2016]
  8. INJUV. 2010. Sexta Encuesta Nacional de la Juventud, Instituto Nacional de la Juventud. Tipo de Violencia en la pareja según tramo etario y sexo [En línea] <<http://estudios.sernam.cl/?m=s&i=51>> [Consulta: 18 de julio de 2016].
  9. MAIDA, ANA; MOLINA, MARÍA; CARRASCO, XIMENA. 1999. Síndrome de Munchausen por poder; Un diagnóstico a considerar [En línea] Revista Chilena de Pediatría. Santiago mayo 1999, v.70 n.3 <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-41061999000300007](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-41061999000300007)> [Consulta: 29 de Marzo de 2016].
  10. MAQUEDA A, MARÍA. La Violencia de Género entre el Concepto Jurídico y la Realidad Social, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [En línea] <<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>> [Consulta: 14 de julio de 2016].
  11. NAVARRO, CAROLINA. Pericias Psicológicas en víctimas de delitos sexuales: metodología de evaluación clínico-pericia desarrollada en el CAVAS metropolitano. Trabajo presentado en el XVI Congreso Internacional

de Ciencias Forenses, Santiago. [En línea]

[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext)

[41232007000300011&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext) [Consulta 10 de Junio de 2016].

12. OLSEN, TOM. 2012. Nueva institucionalidad de infancia y adolescencia en Chile (Aportes de la sociedad civil y el mundo académico) [En línea] Edición UNICEF <[http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/WD%2013%20Ciclo%20Debates%20WEB.pdf)> [Consulta: 19 de Noviembre de 2015].
13. OMS. 2014. Maltrato Infantil, Nota descriptiva N° 150 [En línea] <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/>> [Consulta: 19 de Noviembre de 2015]
14. Plan Nacional de Violencia Intrafamiliar en Chile [En línea] Unidad de Prevención de Violencia Contra la Mujer-Chile Acoge <[https://www.sernam.cl/descargas/Plan\\_Nacional\\_2012-2013.pdf](https://www.sernam.cl/descargas/Plan_Nacional_2012-2013.pdf)> [Consulta: 03 de julio de 2016].
15. RIVERA, JAVIERA y OLEA, CAROLINA. Peritaje en víctimas de abuso sexual infantil: un acercamiento a la práctica chilena [En línea] [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci\\_arttext](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S0718-41232007000300011&script=sci_arttext) [Consulta 10 de Junio de 2016].
16. RODRIGUEZ P., MARÍA SARA, El cuidado personal de niños y adolescentes en la familia separada: criterios de resolución de conflictos de

- intereses entre padres e hijos en el nuevo derecho chileno de familia [En línea] <[http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000300005&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372009000300005&script=sci_arttext&tlng=pt)> [Consulta 19 de mayo de 2016].
17. ANTEQUERA J., ROSARIO, Evaluación psicológica del maltrato en la infancia [En línea] <<http://scielo.isciii.es/pdf/cmfn43-44/10.pdf>> [Consulta 20 de julio de 2016]
18. SENAME. Anuario estadístico 2014, [En línea] <<http://www.sename.cl/anuario-estadistico2014/ANUARIO-2014.pdf>> [Consulta 20 de julio de 2016]
19. SENAME. Orientaciones Técnicas línea de acción diagnóstica, diagnóstico ambulatorio DAM, [En línea] 2015. <[http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p28\\_13-11-2015/1.-%20OT%20DAM%20version%20final%202015.pdf](http://www.sename.cl/wsename/licitaciones/p28_13-11-2015/1.-%20OT%20DAM%20version%20final%202015.pdf)> [Consulta 15 de mayo de 2016]
20. SERNAM. Estadística de femicidios 2016. [En línea] <[http://portal.sernam.cl/img/uploads/FEMICIDIOS%202016%20al%2026\\_05.pdf](http://portal.sernam.cl/img/uploads/FEMICIDIOS%202016%20al%2026_05.pdf)> [Consulta: 28 de Julio de 2016]
21. Sentencia Rol N° 0600753725 3. Del Tribunal Oral en lo Penal de Villarrica [En línea]

[http://www.defensores.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=935&Itemid=48](http://www.defensores.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=935&Itemid=48) [Consulta: 18 de julio de 2016]

22. UNICEF. Maltrato infantil en Chile [En línea]

23. [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Cartilla%20Maltrato%20infantil.pdf) [Consulta: 19 de noviembre de 2015].

24. VILLEGAS D., MYRNA. El delito de maltrato habitual en la Ley 20.066 a la luz del derecho comparado. [En línea] [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992012000200002](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992012000200002) [Consulta 18 de mayo de 2016].

#### **TESIS:**

1. ALVARADO, JACQUELINE. 2014. El interés superior del niño a la luz del artículo 225-2 del Código Civil. Tesis de Magíster en Derecho de Familia(s), Infancia y Adolescencia. Universidad de Chile.
2. BARROS A., FERNANDO. 2013. Del Cuidado Personal, Igualdad entre padres e Interés Superior del Niño. Tesis de Magíster en Derecho. Universidad de Chile
3. NAVARRO, CAROLINA. 2006. Evaluación de la Credibilidad Discursiva en niños, niñas y adolescentes víctimas de agresiones sexuales. Tesis

Magíster en Psicología, mención Psicología Clínica Infanto Juvenil.  
Universidad de Chile.

4. VALDIVIA P., RODOLFO. 2007. El deber de cuidado personal. Un análisis de las instituciones principios y jurisprudencia relacionadas con la entrega del cuidado personal del niño o adolescente. Memoria de Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.