

EXPOSICIÓN SOBRE EL PROYECTO DE LEY QUE CREA UN ESTATUTO CONTRA LA VIOLENCIA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

(Boletín N°12.416-31, moción, primer trámite constitucional)

I. Introducción

En esta exposición primero realizaré una crítica a los aspectos de fondo del proyecto y, a continuación, mostraré algunas críticas de forma.

II. Críticas de fondo

Los proyectos de ley que regulan la infancia (y por tanto la familia) muchas veces involucran una visión antropológica desde la cual se mira la realidad social que se busca dirigir mediante la ley. En este caso, el proyecto asume ciertas tesis propias de algunas teorías de género que son absolutamente discutibles (que algunos consideramos derechamente falsas) y también una visión individualista del niño, desprendida de la familia, que es su entorno y que es necesaria para su natural desarrollo.

Sobre lo primero (teorías de género), el proyecto incorpora el derecho de los niños (no sólo de adolescentes) a la identidad de género, a la identidad sexual, a la expresión de género y de la orientación sexual (sobre todo, en los artículos 12 y 16). Dado que se trata de niños, y no de adolescentes, esto se referiría a niños desde cualquier edad (la autonomía progresiva podría llegar a constituir un límite, pero dado que es un concepto normativo amplio, no habría claridad acerca de dónde estaría ese límite). La identidad de género es una cuestión que ya ha sido ampliamente discutida en el proyecto de ley de identidad de género, donde se excluyó expresamente la aplicación del cambio de sexo registral respecto de los niños.

Las teorías de género, que subyacen a estas disposiciones, asumen que no existe o que no es necesario un correlato entre la identidad biológica y los roles propios de dicha identidad, particularmente los relativos a la reproducción, de modo que todo eso sería una pura construcción social. Esto asume una visión antropológica dualista (como si el cuerpo no fuese parte constitutiva del yo), sentimental-subjetivista (como si los sentimientos fuesen lo único que configura la realidad identitaria) y constructivista social (como si la naturaleza no existiese y fuese sólo la sociedad la que impone sus cánones para cada sexo). Pues bien, la evidencia empírica muestra que estas teorías no

* Texto de la exposición de Vicente Hargous (+56996615294 - vhargous@comunidadyjusticia.cl), ante la Comisión de Desarrollo Social, Superación de la Pobreza y Planificación, 4 de marzo de 2020.

tienen asidero científico alguno¹. Esto quiere decir que no sólo no hay evidencia para demostrar las teorías de género, sino todo lo contrario: los datos parecen indicar más bien que sí existe un correlato entre el sexo biológico y la identidad personal.

Aunque gran parte de esto ya esté aprobado por la ley de identidad de género, respecto de los niños la ley es restrictiva. Esto es especialmente importante que no sea ampliado, dada la evidencia que muestra el arrepentimiento de la mayoría de los “niños trans” y las modificaciones de “orientación sexual” de los niños. “De acuerdo con DSM-V, el porcentaje de niños y niñas con confusión de género que eventualmente aceptan su sexo biológico luego de superar en forma natural la pubertad es del orden del 98% y 88%, respectivamente”². La escasa evidencia existente muestra que en torno 80%³ de los niños con disforia de género se reconcilian en algún momento con su sexo biológico. Se ha sugerido⁴ que esto se debe a que: 1) los niños no han sido afirmados en su identidad y 2) porque las muestras analizadas consideran a niños que no muestran un deseo claro por transitar. Respecto al primer punto, no hay mucho que decir, puesto como dice el Dr. Kenneth Zucker, los niños son muy sensibles a sus ambientes, por lo que probablemente cualquier acción trans-afirmativa tendrá alguna repercusión sobre

¹ Sobre este tema COMUNIDAD Y JUSTICIA elaboró una minuta, en el contexto de la discusión del proyecto de ley sobre identidad de género. Cfr. SUAZO, Ignacio (2018): “Ley de Identidad de Género: Argumentos para el debate”, Comunidad y Justicia, *passim*.

² Michelle A. CRETELLA, Quentin VAN METER, Paul MCHUGH (2016): “La ideología de género le causa daño a los niños. Toma de posición del Colegio Americano de Pediatras”, 21 de marzo de 2016, N°5 (COMUNIDAD Y JUSTICIA trad.).

³ Este porcentaje es reconocido por la literatura y la mayoría de los cuatro estudios aquí indicados. Singh encuentra en una **muestra de 139 niños hombres** que en torno al **88%** de la población desiste en su disforia de género. Más detalle ver: SINGH, D. (2012). A Follow-Up Study of Boys With Gender Identity Disorder (A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Doctor of Philosophy). Department of Human Development and Applied Psychology Ontario Institute for Studies in Education University of Toronto, Toronto. Recuperado a partir de <http://images.nymag.com/images/2/daily/2016/01/SINGH-DISSERTATION.pdf>. En otro estudio, Drumm y otros encuentran que el **88% de una muestra de 25 mujeres**, desiste en su disforia de género luego de al menos 15 años de tratamiento. Ver: D. DRUMMOND, K., BRADLEY, S., PETERSON-BADALI, M., & ZUCKER, K. (2008). A Follow-Up Study of Girls With Gender Identity Disorder. *Developmental psychology*, 44, 34-45. <https://doi.org/10.1037/0012-1649.44.1.34>. En otro estudio, WALLIEN y COHEN-KETTENIS encuentran un porcentaje de persistencia de entre **73% y 62%** en una muestra mixta de **77 niños** (el porcentaje depende si se excluye o no al grupo de 23 niños que no continuó en el estudio). Más detalle ver: WALLIEN, M. S. C., & COHEN-KETTENIS, P. T. (2008). Psychosexual Outcome of Gender-Dysphoric Children. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 47(12), 1413-1423. <https://doi.org/10.1097/CHI.0b013e31818956b9>. En otro estudio, STEENSMA y otros encuentran que desiste entre el **37% y el 67% de una muestra de 127 adolescentes**, dependiendo se si considera o no al grupo de personas que no contestan la encuesta aplicada al cabo de 4 años. Es importante advertir que el estudio no fue diseñado para medir persistencia y que los mismos autores del artículo creen que la mayoría de ellos sí desistió. Ver: STEENSMA, T. D., MCGUIRE, J. K., KREUKELS, B. P. C., BEEKMAN, A. J., & COHEN-KETTENIS, P. T. (2013). Factors Associated With Desistance and Persistence of Childhood Gender Dysphoria: A Quantitative Follow-Up Study. *Journal of the American Academy of Child & Adolescent Psychiatry*, 52 (6), 582-590. <https://doi.org/10.1016/j.jaac.2013.03.016>.

⁴ VERBAL, V. (2018). Niños trans y la frivolidad conservadora [Noticias]. Recuperado 11 de mayo de 2018, a partir de <http://ellibero.cl/opinion/ninos-trans-y-la-frivolidad-conservadora/>.

su identidad⁵. En un estudio de Wallien and Cohen-Kettenis del 2008, los investigadores siguen una muestra de 40 niños; de los 28 que desisten, en 17 se observaban todos los criterios del DSM. Devita Singh en un estudio a 134 niños que siguió por más de 10 años observa que los niños con menos de tres criterios del DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) tienen las mismas probabilidades de desistir que aquellos con cuatro criterios o más. Si a esto se suma que las tasas de suicidio de personas trans no disminuyen con el reconocimiento de su identidad ni con operaciones de cambio de sexo el panorama no se ve muy esperanzador. Como dice el Colegio Americano de Pediatras: “Las tasas de suicidio son veinte veces mayores entre adultos que han utilizado hormonas cruzadas y que han accedido a cirugías de reasignación de sexo, incluso en estados como Suecia que se encuentra entre los países más LGBTQ-afirmativos⁶. ¿Qué persona razonable y compasiva condenaría a pequeños niños a estos resultados conociendo que terminada la pubertad hasta un 88% de las niñas y 98% de los niños aceptan eventualmente su realidad y alcanzarán un estado de plena salud física y mental?”⁷.

Desde el punto de vista jurídico, el error de base es creer que la identidad sexual es un derecho de los niños, cosa que no está en la Convención de Derechos del Niño. El derecho a la identidad tiene una explicación histórica distinta, que abarca el nombre, la nacionalidad y la religión. Y si bien es cierto que las interpretaciones del Comité así lo dicen, tales interpretaciones no son vinculantes, sino meras orientaciones, que los Estados pueden discutir a su arbitrio.

Por mucho que el género sea un tema casi accesorio a esta ley, no podíamos pasar en silencio frente a él, por las gravísimas repercusiones que tendría su aprobación.

El segundo punto de fondo que pensaba comentar es la perspectiva individualista del proyecto, que ve al niño como un individuo aislado, sin mayor consideración a su entorno familiar, que es vital para su desarrollo pleno. Se incluye el concepto de autonomía progresiva, sin correctivos ni explicaciones que restrinjan o limiten su interpretación. Al incluir, además, la identidad sexual de los niños ¿será considerado abuso si un padre se opone a una decisión de cambio de sexo o identidad de género de su hijo de siete años (aunque no sea registral o quirúrgica)? Si a los conceptos de identidad de género de niños le sumamos la idea de “empoderar” a los niños y de darles “tutela judicial efectiva” propia, aun contra la voluntad de los padres (acerca de lo cual

⁵ Para más detalles se recomienda leer: Singal, J. (2016, febrero 7). How the Fight Over Transgender Kids Got a Leading Sex Researcher Fired. Recuperado 11 de mayo de 2018, a partir de <https://www.thecut.com/2016/02/fight-over-trans-kids-got-a-researcher-fired.html>.

⁶ DHEJNE, C, et.al. “Long-Term Follow-Up of Transsexual Persons Undergoing Sex Reassignment Surgery: Cohort Study in Sweden.” PLoS ONE, 2011; 6(2). Affiliation: Department of Clinical Neuroscience, Division of Psychiatry, Karolinska Institutet, Stockholm, Sweden. Accessed 3.20.16 from <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0016885>.

⁷ Michelle A. CRETELLA, Quentin VAN METER, Paul MCHUGH (2016): “La ideología de género le causa daño a los niños. Toma de posición del Colegio Americano de Pediatras”, 21 de marzo de 2016, N°7 (COMUNIDAD Y JUSTICIA trad.).

el proyecto es explícito), se llega a afectar en su esencia el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos.

Ahora bien, mi punto sobre el individualismo no se queda en eso. Es verdad que los niños deben ser protegidos muchas veces de sus padres, pero tales casos son muy puntuales y ya se encuentran cubiertos por la ley vigente (quizás la solución es más cultural que legal), como ocurre con el maltrato físico. Esta ley, entonces, se plantea como queriendo hacer un énfasis especial en ese sentido. Es muy comprensible, porque todos queremos terminar con el maltrato infantil. Está demostrado que el maltrato físico y psicológico es muy perjudicial para los niños, pero también lo es el separarlo de sus padres. Es perjudicial para el desarrollo de un niño que su padre en un momento de enojo le pegue una cachetada si hace algo malo (sobre eso hay mucha evidencia y muy sólida), pero sería peor separar al hijo de su padre por esa cachetada. Los padres cometen errores, pero hay que convivir con ellos por el bien de los niños (y en todo caso, el hecho de llamarlos errores no restringe en lo más mínimo la facultad de los padres de corregir a sus hijos, que es parte de su derecho preferente y deber de educarlos y de la autoridad paterna en general). Quizás lo mejor en esta línea sería hacer campañas publicitarias de combate contra el maltrato, dar a los padres cursos de formación u orientación familiar, etc. El proyecto parece perder de vista lo esencial que es la familia (también de una familia imperfecta) en el desarrollo del hijo.

III. Ya existe un proyecto de ley marco

Dentro de las críticas que podríamos llamar formales, destaca que este es un proyecto cuyo tema es casi idéntico con el proyecto de garantías de la niñez, hoy en segundo trámite constitucional y aprobado ya en general en el Senado. Usando las palabras del Reglamento y de la LOC del Congreso Nacional, podemos decir que sus ideas matrices o fundamentales son las mismas: crear una “ley marco” para la protección de la infancia en Chile.

Además, el proyecto de garantías —a pesar de las muchas críticas que se le pueden hacer y que como Corporación hemos sostenido públicamente— es mucho más completo que este, su sistematicidad es considerablemente mejor y construye un organigrama público completo y suficiente. Este proyecto, en cambio, en lo que a protección de la infancia se refiere, se limita a declarar ciertos derechos, disponer la redacción de protocolos y de un plan nacional para la erradicación de la violencia en Chile. Aunque con otros nombres, podemos decir que esto no agrega cosas nuevas relevantes al proyecto de ley de garantías de la niñez. Por el contrario, este proyecto distorsiona los mecanismos de coordinación que en el proyecto de ley de garantías ya se establecen.

Respecto de las definiciones y conceptos, también el proyecto de garantías de la niñez es más preciso (sin perjuicio de que nos opongamos a muchas de esas definiciones), sobre todo en cuanto al contenido específico de cada derecho. Este proyecto, muy por

el contrario, comienza con una definición de violencia muy general llena de conceptos normativos amplísimos (es violencia: “el descuido o trato negligente” sin consideración a ningún resultado, “la explotación”, “la realizada a través de nuevas tecnologías”, “la corrupción”, “cualquier forma de abuso producido por cualquier medio”, “actos de omisión”, “maltrato emocional”, etc.), además de otras muchas palabras amplias cuyo contenido no es claro (como “actos discriminatorios” en el artículo 4). Salvo el aspecto sobre el género, que ya traté, en general todos estamos de acuerdo en lo demás (la erradicación de los maltratos físicos o psíquicos más graves). Hay que hacer cambios para la infancia en Chile, pero esta no es la forma. Es más, creemos que lo más necesario no es seguir haciendo declaraciones sobre derechos de los niños, sino rehacer el SENAME, agilizar la adopción y, sobre todo, promover una política enfocada en la familia como un todo, que es el entorno más necesario para el desarrollo del niño. Generar un conjunto de declaraciones amplias sin un sistema coherente solamente va a disminuir la eficacia de las medidas enfocadas a la protección de los niños.

IV. Críticas puntuales

- Determina funciones o atribuciones de servicios públicos, lo que lo hace inadmisibles, por ser materia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En particular le otorga facultades a la Defensoría y a la Subsecretaría, además de muchas veces que simplemente da órdenes amplias a todos los órganos del Estado.
 - Se mandata a la Subsecretaría de la Niñez en conjunto con la Defensoría de la Niñez para que en un proceso participativo en el plazo de dos años se cree una política nacional que operativice los principios y objetivos de esta ley (...). La implementación de la Política Nacional para la erradicación de la violencia contra los niños es un deber de todos los órganos del Estado. Le dará seguimiento y podrá emitir observaciones sobre su cumplimiento la Defensoría de la Niñez. (Artículo 8)
 - Artículo 15. Deberá dictarse (no dice quién) un protocolo para la promoción, prevención y reparación de la violencia infantil.
- A la Subsecretaría, por razones de jerarquía administrativa dentro de la Administración centralizada del Estado, debería corresponderle tener las facultades de coordinación, no a la defensoría. También le debería corresponder dictar los protocolos. Además, el informe de la Defensoría exigido por el art. 9 no parece necesario.
- El proceso de participación ciudadana y de consulta a los niños en la redacción de protocolos irrogará gasto y, además, entrega facultades (arts. 8°). No tiene

sentido que sea facultativo para el Presidente de la República otorgar reglamentos, como tampoco lo tiene que se vea a los reglamentos como algo sin conexión con los protocolos y el plan nacional. Además, esta “participación” es casi imposible de llevar a la práctica.

- La modificación al Código penal (último artículo del proyecto) establece un delito contraviniendo el principio de tipicidad. Además, es inconstitucional (art. 19, N°3, inc. 8: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté *expresamente descrita* en ella”), porque no describe expresamente una conducta, sino que castiga al autor, cómplice o encubridor de “conductas de violencia”, que a su vez se definen con términos amplios (“cualquier abuso por cualquier medio”).
- Establece cosas que ya existen en la ley vigente, como el matrimonio infantil, que ya está prohibido (no así el matrimonio adolescente: ¿queremos prohibirlo? El proyecto no es explícito en eso).
- El proyecto establece, como uno de los principios del estatuto contra la violencia de niños, “Promover la autonomía presupuestaria”, además de decir que “el Estado deberá adoptar todas las medidas” (art. 4). Ambas disposiciones son inadmisibles, salvo que no surtan efecto, en cuyo caso no tendría sentido la norma.
- Al hablar de reparación (art. 7°) se compromete el gasto público, por lo que es inadmisibles esa disposición.
- El art. 17, sobre la cooperación internacional, o no produce ningún efecto, o es inadmisibles. Por expresa disposición constitucional, solamente corresponde al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales.
- El art. 18 también debería ser inadmisibles, porque establece un deber para el Presidente de la República. Sobre esto, además, cabe destacar que establece una dirección política concreta, una prioridad permanente. Ni siquiera la Constitución hace eso, porque lo propio de las democracias es que cada Presidente pueda optar por darle al país la dirección que estime conveniente.
- Un pequeño comentario de contenido prudencial político: el art. 13 inc. 2° establece ciertas prohibiciones para las Fuerzas de Orden. Miremos el Instituto Nacional. Si recordamos las noticias anteriores a octubre del año pasado, me parece que es del todo imprudente (incluso pensando en la integridad de los profesores) restringir más todavía las facultades de Carabineros. Obviamente, en esto se verá una diferencia de criterio con el diputado Boric, cuya opinión respeto, pero me parece que no distinguir entre adolescentes y niños en este aspecto es fatal. Los adolescentes son responsables por la ley de RPA y sí

deberían existir mecanismos para controlar la situación cuando se va de las manos. Lo mismo podría afirmarse respecto de la mención expresa a los estados de excepción constitucional.