



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**“DELITOS DE CONNOTACIÓN SEXUAL EN EL SISTEMA DE
RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL. PARTICIPACIÓN DE NIÑOS/AS
COMO INFRACTORES Y/O VÍCTIMAS”**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

ALUMNO:

SEBASTIÁN HIPÓLITO LAMILLA FARÍAS

PROFESOR GUÍA: ERNESTO VÁSQUEZ BARRIGA

Santiago, Chile
2013

ÍNDICE:

INTRODUCCIÓN.	1
OBJETIVOS.	6
General.	6
Específicos.	6
CAPÍTULO I: LOS DELITOS SEXUALES.	7
El Modelo de la Teología Moral Escolástica.	7
El Modelo de la Ilustración.	8
El Modelo de la Codificación.	8
El modelo del Reformismo.	9
Fundamento del establecimiento de delitos sexuales contra menores.	10
La libertad sexual.	11
La indemnidad sexual.	16
CAPÍTULO II: ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL RESPECTO DEL ADOLESCENTE.	20
Modelos de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes.	28
Modelo clásico o liberal.	28
Modelo Tutelar.	30
Modelo Educativo o de Bienestar.	31
Modelo de justicia o responsabilidad.	32
Política criminal y delitos sexuales cometidos por o contra Adolescentes.	37
CAPÍTULO II: ETIOLOGÍA DE LOS DELITOS SEXUALES EN LOS ADOLESCENTES.	43
Agresor sexual juvenil	44
Desarrollo sexual normal del adolescente.	48
Características de los delincuentes sexuales juveniles.	50
Conductas Ofensivas.	54
Factores de riesgo para la comisión de delitos sexuales.	56
i) Aspectos biológicos:	56
i.1. Actitudes ante al alcohol y otras drogas.	60
ii) Aspectos psicológicos.	66
ii.1. Funcionamiento Cognitivo.	70
ii.2. Trastornos Psiquiátricos.	74
ii.3. Factores relativos a la sexualidad.	76
iii) Factores socio-culturales.	82

iii.1. Factores familiares.	82
iii.1.a El Caso del Incesto.	86
iii.2. Elementos sociales.	88
El caso de las víctimas de abuso sexual en la infancia	92
CAPÍTULO IV: TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS DELITOS SEXUALES.	98
Críticas al artículo 4° de la Ley N° 20.084.	105
Naturaleza Jurídica del artículo 4° de la Ley N°20.084.	106
Tipos Penales relevantes	107
El problema del tipo penal que criminaliza la Sodomía.	108
Aspectos relevantes de la violación	111
El delito de Estupro	114
a) Anomalía o perturbación mental	118
b) Relación de dependencia	118
c) Situación de grave desamparo	119
d) Inexperiencia o ignorancia sexual	119
El abuso sexual	121
Delito de corrupción de menores	123
a) La prostitución de menores de edad	126
b) El <i>Childgrooming</i>	129
c) Utilización del menor en la producción de material pornográfico.	133
d) Comercialización, adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil.	136
CAPÍTULO V: LA VÍCTIMA.	138
Aspectos psicológicos de la víctima.	139
El Sistema Penal y las Víctimas de abusos sexuales.	141
Victimización secundaria.	148
CONCLUSIÓN.	151
BIBLIOGRAFÍA.	156

INTRODUCCIÓN:

El estudio del comportamiento humano es una de las materias más complejas de comprender, porque a diferencia de lo que sucede con los objetos u otras situaciones naturales que responden a leyes de índole científico, el ser humano no sólo está influenciado por factores naturales que pueden ser descritos a través de la ciencia, pues tras el fracaso del positivismo se tomó conciencia que el comportamiento humano está influido por una serie de factores de índole biológico, psicológico y social unidos a la incertidumbre del libre albedrío, haciendo predecible sólo una parte de sus comportamientos.

Este estudio cobra aún más relevancia cuando se trata de analizar o al menos comprender un comportamiento que posee un disvalor social, como en el caso de los ilícitos, en especial cuando estamos frente a un “delito” de carácter sexual cometido por un niño/adolescente o que tiene como víctima a uno de estos. Debido a que dentro de los actos que causan mayor rechazo en la población están los delitos sexuales a menores, por los bienes jurídicos comprometidos y las potenciales consecuencias que pueden causar en los sujetos pasivos del delito.

Simultáneamente encontramos la sensación de inseguridad que se ha acentuado durante fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI, la cual los sociólogos han enmarcado en la llamada “sociedad del riesgo”, término acuñado por Ulrich Beck¹ para describir el estado actual de la sociedad que ha encontrado nuevos riesgos producto del avance tecnológico, que ha provocado una *expansión* del derecho penal no sólo en la penalización de estos nuevos riesgos sino también en aquellas áreas de criminalidad típica a través de la

¹ BECK, Ulrich. “La Sociedad en Riesgo: Hacia una nueva Modernidad”. Editorial Paidós. Barcelona, España. 1998.

intensificación del derecho penal, con ello abriendo el camino a la justificación “moderna” de las cada vez más frecuentes decisiones políticocriminales, que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia hace ya mucho tiempo incorporada a los códigos penales.²

Sucede esto con claridad en la percepción de la delincuencia juvenil, donde hay un discurso preponderante en los medios de comunicación, políticos y ciudadanía en general, orientado hacia el aumento de las penas de las conductas infractoras de ley cometidas por los adolescentes, por el riesgo y temor que ellas generan. No es difícil recordar aquellas ideas que resurgen, cada vez que hay un hecho policial emblemático, solicitando la rebaja de la edad base para la responsabilidad penal adolescente o las quejas por la supuesta impunidad en que quedan los menores debido a las “bajas” penas que se les aplican.

Enmarcado en este contexto tenemos una sociedad que le solicita al Estado una reacción eficaz e implacable frente a la delincuencia juvenil, sobre todo si ésta es de carácter sexual. Sin embargo, también condenará enérgicamente todo abuso de este tipo que tenga como sujeto pasivo a un menor.

Esta aparente contradicción tiene al menos un factor en común y es la consideración por la etapa de desarrollo en que se encuentra el menor, debido

² DÍEZ RIPOLLÉS. José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). 2005, núm. 07-01, p. 13 Disponible en internet:

²<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 07-01 (2005), 4 ene]

a que tanto la niñez como la adolescencia son etapas formativas de la personalidad del sujeto, en donde una vez alcanzada la mayoría de edad el Estado le reconoce plena capacidad, tanto penal como civil, siendo responsable por sus actos, debido a que el Estado presupone que posee las facultades cognitivas suficientes para ser motivado por la norma y comprender su contenido.

Aquí radica la relevancia de esta etapa, pues para aquellos que aducen el aumento de penas o rebaja de la edad de la responsabilidad penal, tienen como presupuesto una sensación de inseguridad actual y la idea de que estamos frente a un “seguro” delinciente en el futuro. Tanto así que si no es encausado a través de castigos severos, la sociedad no podrá contenerlo cuando sea un adulto.

También bajo el presupuesto que el menor de edad está en una fase de desarrollo, se considera necesaria su protección, asegurando un libre desarrollo de su personalidad exenta de traumas.

Frente a aquello la legislación relativa a los menores debe ser lo suficientemente consciente que no está regulando conductas de un adulto sino las de una persona que está en una fase de desarrollo crucial pero siempre inicial, pues la adolescencia es definida como “el periodo del desarrollo humano comprendido entre la niñez y la edad adulta, durante el cual se presentan los cambios más significativos en la vida de las personas, en el orden físico y psíquico.”³, y que al tener como antecedente la niñez demuestra que es parte

³ MARTÍNEZ-COSTA, José. la adolescencia: una etapa en la historia natural del hombre. biología. desafíos. derechos de los adolescentes. Disponible en: www.uv.es/ayala/jvmc/jvcap25.pdf

de un proceso orientado hacia el desarrollo tanto cognitivo como moral que se debería lograr en la adultez.

Bajo estas premisas el estudio de los delitos sexuales cometidos por menores no puede ser en ningún caso meramente normativo, sino que debe ser multidisciplinario, abarcando los diferentes factores que puedan influenciar el comportamiento de un menor, producto de que estamos en una etapa donde un correcto diagnóstico puede ayudar a que la legislación y el sistema Estatal sean los adecuados para evitar que el menor infractor de ley repita estos comportamientos por el resto de su vida.

De este modo, a través de la presente memoria, trataré de caracterizar los factores biológicos, psicológicos y sociales que pueden influir en la conducta de un individuo menor de edad para cometer un delito de connotación sexual y cómo un menor víctima de un delito sexual se puede ver afectado en su desarrollo personal, hasta incluso poder convertirse en un futuro victimario.

Toda esta temática se abordará, sin dejar de lado la legislación positiva como núcleo central en cuanto a su capacidad motivadora de conductas o como ésta se ha de ir adecuando a los factores extrajurídicos que le sirven de base.

Junto con aquello, pretendo abarcar el desarrollo dogmático de los delitos sexuales y conciliarlo con las exigencias de la doctrina que estudia los delitos cometidos por los niños/adolescentes.

Para desarrollar estos puntos debemos tener en cuenta qué entiende nuestra legislación por niño o adolescente. Primeramente, es menester aclarar que en la Convención sobre los Derechos del Niño, a la cual Chile está suscrito, en su artículo 1° nos entrega una definición genérica, esto es, al señalar: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano

menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Por ello, el concepto de niño acuñado por esta convención es más amplio que el manejado socialmente o por la psicología en donde se diferencia la infancia de la adolescencia, estableciendo que la primera está compuesta de la llamada “primera y segunda infancia”, las cuales perduran hasta antes de iniciada la pubertad, la cual dará comienzo a la adolescencia.⁴

Tomando en cuenta lo anterior, esta memoria estará enfocada principalmente a los adolescentes pero sin dejar de lado la niñez, pues es parte de un proceso de evolución y desarrollo, sobre todo si el agresor fue una víctima en aquella etapa de su vida.

Por tanto, el marco normativo fundamental a desarrollar y que servirá como base para el estudio, será la Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, complementándola con el Código Penal, por su naturaleza subsidiaria y los Tratados Internacionales, por establecer principios no sólo para los adolescentes sino para los menores o personas en general.

⁴ MORÓN MACHENA, Agustín. “Pedagogía Social e Infancia”. Curso 2004-05, Disponible en Internet en : <http://alojamientos.us.es/pedsocial/archivos/tema13.PDF>

OBJETIVOS

General:

Indagar en los factores que influyen a un menor en la comisión delitos de connotación sexual

Específicos:

- 1.- Conocer y analizar el tratamiento normativo de los delitos sexuales cometidos por los adolescentes.
- 2.- Recoger el punto de vista de la víctima de un delito sexual cometido por un menor.
- 3.- Estudiar la relación que existe entre el victimario y su posible pasado como víctima de un delito sexual.

CAPÍTULO I : LOS DELITOS SEXUALES.

La evolución del tratamiento de los delitos sexuales nos refleja todo un cambio en la concepción de aquello “moral” en una sociedad, evolucionando desde un modelo totalizador de “lo correcto o incorrecto”, hasta un modelo que establece como núcleo central la protección de la libertad sexual o la indemnidad sexual, según sea la edad del sujeto pasivo del delito, aunque como veremos más adelante, en la legislación chilena subsisten ciertos atisbos de moralizantes, correspondientes a un sector conservador que pretende imponer sus concepciones morales al resto de los individuos.

En síntesis, el tratamiento de los delitos sexuales a través de su evolución histórica ha adoptado diversos modelos acordes con la concepción moral de la sociedad.

El Modelo de la Teología Moral Escolástica

Este modelo escolástico descansa en una síntesis de dos premisas básicas en principio contrapuestas, el *antisensualismo* y el *naturalismo*. El principio antisensualista tiende a la represión de la sexualidad, en tanto pasión. El principio naturalista, en cambio, tiende a su legitimación, en tanto inclinación dirigida a la conservación de la especie.⁵ Dejando de lado la libertad como eje central y penalizando los delitos sexuales cómo ofensas al orden natural sexual.

⁵ BASCUNAN RODRIGUEZ, Antonio. Problemas basicos de los delitos sexuales. Rev. derecho (Valdivia). [online]. ago. 1997, vol.8 supl. [citado 20 Junio 2012], p.73-94. Disponible en Internet: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000100010&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950. p.3

El profesor BASCUÑAN señala que “(l)a noción central de la infracción al orden sexual natural se encuentra en el concepto de lujuria, es decir, en el placer sexual inmoral, o dicho más propiamente, el placer venéreo que no se sujeta al imperio de la razón práctica”⁶. Por lo que podemos inferir que la coacción no juega ningún rol importante en la determinación de disvalor de la conducta y menos en los delitos cometidos hacia menores. Por lo que no se buscaría un libre desarrollo de la personalidad o la protección de su indemnidad sexual, sino que el punto central estaría en encauzara los menores hacia el orden moral sexual determinado por condiciones naturales.

El Modelo de la Ilustración.

El pensamiento ilustrado con su crítica a la escolástica se opone al fundamento del orden de las inclinaciones naturales como principio regulativo pasando a ser ocupado por la idea del asentimiento universal de interlocutores que se reconocen entre sí como agentes igualmente racionales, interesados en conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad.⁷ Sustituyendo el orden moral natural por la libertad sexual como eje principal de la tipificación de los delitos.

El Modelo de la Codificación

Tras las ideas ilustradas , que proponían un fundamento opuesto a la escolástica, surge el modelo de la codificación que de manera ecléctica adopta criterios ilustrados pero con resabios de la escolástica, tratando a los delitos de carácter sexual propiamente tal, como un sub-genero de los llamados “delitos carnales”, pasando la idea de “atentado a la libertad” a un segundo plano. Sin

⁶ Ibíd. p 7.

⁷ Ibíd. p 7.

embargo, aclara RODRIGUEZ COLLAO que de acuerdo al enfoque de la codificación “el castigo radicaba básicamente en la lesión de un derecho subjetivo y todo lo que no encuadrara dentro de este esquema –por importar la lesión de simples reglas de conveniencia social- debía quedar entregado al ámbito de las infracciones de policía.”⁸

Pese a esto, tal como señala RODRIGUEZ COLLAO, tras los primeros ensayos de sistematización legislativa, el grueso de los textos penales del período de la codificación adopta un carácter sincrético, que intenta conjugar el ideario político del Iluminismo con la idea de restablecimiento del orden social amenazado por la Ilustración. De ahí que se hayan intentado compatibilizar el castigo de las conductas que atentan contra derechos individuales, con el de otros actos que tienden a la protección de valores morales⁹

El modelo del Reformismo.

El profesor BASCUÑAN señala que “[e]l reformismo es básicamente un movimiento dirigido a despenalizar todas las conductas que no impliquen un atentado o abuso sexual de una persona por parte de otra. En este sentido, el reformismo puede ser considerado como un replanteamiento más radical del modelo regulativo de la Ilustración. Al reformismo no le basta con negar la aceptación de los "delitos carnales" en el sistema racional de la Parte Especial, sino que dirige sus esfuerzos a su eliminación del Derecho penal positivo. Para

⁸ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. “Delitos sexuales”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1ª Ed. 2000. P. 35

⁹ *Ibíd.*. p. 35

el reformismo, la solución del Derecho penal positivo surgido de la Ilustración es tan inaceptable como la regulación del Derecho común.”¹⁰

Este breve resumen de los modelos históricos de regulación de los delitos sexuales, nos sirve para darnos cuenta que la evolución de estos depende de las consideraciones socioculturales que se tienen en determinada época. Pues estamos frente a un tema -a diferencia de los que podría pasar con los atentados contra la vida u otros casos- fuertemente influenciado por el contexto histórico y la concepción del sexo como algo “pecaminoso”, teniendo como único fin la reproducción o algo natural en el desarrollo humano, pudiendo éste encauzarlo libremente siempre que no afecte el libre desarrollo de la personalidad del resto de las personas.

Fundamento del establecimiento de delitos sexuales contra menores.

El fundamento general de la penalización de los ilícitos sexuales contra adultos y menores entre 14 y 17 años, es la protección por la libertad sexual, entendida esta como: “La facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro”¹¹ . Sin embargo también en la legislación se puede encontrar otra fundamentación -criticable desde el punto de vista liberal- que es la mera inmoralidad, en los cuales una persona

¹⁰ BASCUÑAN, A. (1997) Op. Cit.p.8

¹¹ POLITOFF, Sergio. MATUS Jean Piere, RAMIREZ, M. Lecciones de derecho penal chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. P. 246

infringe reglas de moral social relativas al comportamiento sexual, sin abusar de ninguna persona determinada¹².

Sin embargo, respecto a los menores –menores de 14 años- el bien jurídico protegido es la “indemnidad sexual”, esto es, el libre *desarrollo* de la sexualidad; que junto con la “libertad sexual” son subgéneros de la “autodeterminación sexual”, la cual es definida como la “capacidad de una persona de ejercer su voluntad y desplegar su personalidad en la interacción de significación sexual con otras personas.”¹³

Bajo estas definiciones subyace la idea del libre desarrollo de la personalidad como presupuesto básico para que el individuo sea responsable de sus propios actos y no coaccionado por otro a cometerlos. Responsabilidad que se construye a través de su desarrollo cognitivo y emocional, dado principalmente en la niñez y adolescencia.

La libertad sexual.

La libertad sexual implica “el derecho de toda persona adulta o púber a no ser involucrado en una interacción de significación sexual sin su consentimiento. La libertad sexual no es por lo tanto la libertad personal, es decir, libertad de hacer o no hacer, referida específicamente a la sexualidad. La libertad sexual, tal como es protegida por el derecho penal, es la libertad de abstención sexual.”¹⁴ No así la libertad a realizar los actos sexuales que estime

¹² BASCUÑAN R. Antonio. Delitos contra la autodeterminación sexual. Apuntes de clase. Universidad de Chile. 2001. p. 15 (Citado con autorización del autor).

¹³ *Ibíd.* p. 15

¹⁴ *Ibíd.* p. 16

pertinentes, pues si esto último es impedido, estaríamos frente a un atentado en contra la libertad personal y no la sexual. Pese a esto, esta libertad abstención es en términos filosóficos “libertad negativa”¹⁵, es decir, “la posibilidad de actuar como mejor nos parezca sin que nadie se interponga u obstaculice nuestros actos”, ausente de toda coacción ilegítima.

El sistema constitucional en general, y el penal en particular, no sólo reconocen la libertad de los individuos, sino que, presuponen que estos actúan de manera responsable y consciente de sus actos, sobre todo si son mayores de edad, por lo que una vez alcanzada ésta traslada la protección penal a casos más graves que en aquellos que la víctima sea menor de edad.

En cambio, tratándose de “personas menores de edad pero púberes, la ley dispensa una protección adicional. Esta protección más intensa se concreta en la incriminación de la manipulación de la voluntad del menor mediante engaño u otras formas menos graves de abuso. Una cuestión de la mayor importancia es esclarecer la razón de este tratamiento diferenciado otorgado a los menores púberes. Es un lugar común sostener que la protección de la juventud constituye un fin legítimo del Estado¹⁶.

Con respecto a ello el profesor BASCUÑAN señala que la cuestión central es determinar de qué se debe proteger en la juventud. Para dar respuesta a esta interrogante señala que hay que asumir tres premisas:

¹⁵ BERLIN, Isaiah “Dos conceptos de libertad” en Anthony Quinton, Filosofía Política, México, FCE, 1967. p. 7

¹⁶ BASCUÑAN R (2001) Op. Cit. p. 16

- 1) La primera premisa es que la protección de la libertad sexual tiene sentido cuando se posee capacidad natural de autodeterminación sexual y que esta capacidad es una habilidad práctica que se desarrolla en el individuo.
- 2) La segunda premisa es que el paso de una situación de relativa ausencia de capacidad de determinación sexual a la plena posesión de esa capacidad no se produce de un momento a otro, sino en el marco de un proceso de desarrollo personal. Este proceso corresponde a la pubertad.
- 3) La tercera premisa consiste en que la madurez sexual no se alcanza (o no necesariamente) con independencia de la experiencia sexual.¹⁷

Por cierto, señala el profesor BASCUÑAN, “la medida de la experiencia sexual culturalmente aceptada para las personas púberes es una cuestión de moral social. En este sentido, reforzar una moral sexual prohibitiva de la sexualidad no es un cometido propio de la finalidad de protección de la autodeterminación sexual. Por esta razón, el Estado tiene que asumir que la capacidad de autodeterminación sexual se puede legítimamente consolidar mediante la adquisición de experiencia sexual por el menor púber. De aquí que pueda ser cometido legítimo del Estado, aún bajo el principio de proporcionalidad, el de proteger a la persona que se encuentra en este proceso de adquisición de experiencia sexual, por su especial vulnerabilidad, frente a intervenciones abusivas, aunque éstas sean de menor gravedad que los ataques constitutivos de abuso sexual en el sentido más propio y generalizado del término.”¹⁸

¹⁷ Ibíd. p. 17

¹⁸ Ibíd. p. 18

Bajo estas tres premisas se puede concluir que la especial protección que hace el derecho penal a los menores, es para resguardar una formación libre de perturbaciones de la plena capacidad de autodeterminación sexual del menor.

Desde este punto de vista, el derecho de abstención sexual a una acción específica cobra mayor relevancia en un atentado contra un menor, por su vulnerabilidad, pues su capacidad de autodeterminación sexual se encuentra en proceso de formación.

En este proceso de formación, el Derecho le otorga al menor púber autonomía para su interacción sexual; sin dejar una mayor protección que a los adultos, pues estamos frente a un proceso encaminado hacia una supuesta madurez que no se logra inmediatamente cumplidos los 14 años de edad, sino que, como tal es un proceso el cual el Derecho trata de objetivar estableciendo un criterio cronológico que dé mayor seguridad jurídica, pero no es la edad el fundamento real sino condición especial.

La libertad sexual reconocida y protegida en el menor púber, conlleva ciertas conclusiones:

1) En primer lugar, tal como señala el profesor BASCUÑAN “el consentimiento válido del menor púber excluye por completo la relevancia jurídico-penal de la interacción sexual mantenida con él. El derecho penal no sanciona la iniciación sexual de los menores púberes, sino la interacción sexual abusiva con ellos, caracterizada por alguno de los medios o circunstancias comisivas especificados por la ley.”¹⁹

¹⁹ Ibíd. p. 18

2) En segundo lugar, establece “que no es la mera edad de la víctima, sino su especial condición personal, desde el punto de vista de la capacidad de autodeterminación sexual, lo que fundamenta el merecimiento de pena de la intervención abusiva en su esfera de autodeterminación sexual.”²⁰

Gracias a esta última conclusión podemos explicar ciertos casos contemplados para configurar el delito de estupro (Art. 363 del Código Penal) y el de abusos sexuales menos graves (Art. 366 inc. II del Código Penal)

En la primera figura delictiva el artículo 363 del Código Penal establece en su número 4º, como una de las circunstancias que pueden configurar el tipo penal; “Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual”. Esto implica que lo primordial para la intervención del estado en estos casos no sería la edad de el sujeto pasivo, sino la experiencia o inexperiencia sexual lo que presupone libertad sexual al púber dentro del libre desarrollo de su sexualidad.

Este argumento tiene su génesis en la historia del estupro; El profesor GARRIDO hace referencia a esto señalando: “Pacheco describió el delito como *“el goce de una doncella obtenido por seducción”* y precisamente en razón a la consideración de este elemento se debió limitar la edad del sujeto pasivo, en tanto necesariamente debía ser susceptible de “seducción” e inexperto sexualmente²¹. Haciendo alusión a la redacción de delito de estupro que se manejaba en el código Penal de 1875, donde se definía a la víctima como una “doncella”, lo que no era precisamente un sesgo discriminatorio, sino un reconocimiento al desarrollo sexual que tenía la menor, delimitando el

²⁰ Ibíd. p. 18

²¹ GARRIDO M. Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile p.302

merecimiento de pena y estableciendo la necesidad una edad tope para resguardar la seguridad jurídica.

Por último, con respecto a la manifestación de la libertad sexual no siempre se le ha atribuido un carácter absoluto, pues el profesor GARRIDO establece, que desde un comienzo esta materia estuvo afecta, “particularmente por criterios de valor moral que influyeron desde la gestación del Código Penal, justificando la punición de aquellas manifestaciones de la misma que resultaban prohibidas de acuerdo a dichos criterios. Por hoy, pareciera que la única limitación que permanece (luego de despenalizada la sodomía consentida entre adultos, el adulterio y el amancebamiento) radicaría en el delito de incesto y en la sodomía consentida ejecutada con un menor de edad.”²² Casos sobre los cuales profundizaremos más adelante.

La indemnidad sexual.

La obtención de la *libertad sexual* tiene como complemento el resguardo por la *indemnidad sexual*, con respecto a esto el profesor GARRIDO establece “El ejercicio de la libertad sexual presupone la protección de las *condiciones objetivas* que hacen factible su utilización y, por ende, el ámbito de su protección debe extenderse a aquellas condiciones que constituyen el proceso de gestación, consolidación y definición de esa sexualidad.”²³ Siguiendo esta idea estaríamos frente a la construcción de una *libertad positiva*, es decir, “La situación en que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros”,²⁴

²² *Ibíd.* p. 266

²³ *Ibíd.* p 267

²⁴ BOBBIO, Norberto. “ Kant y las dos libertades”, Teoría general de la política, Madrid, Trotta, 2003, p. 100

que serviría de base para un desarrollo libre de la sexualidad, exenta de anomalías.

A esto agrega el profesor GARRIDO que “[j]unto a la autodeterminación sexual se protege, en forma complementaria, la denominada *indemnidad o intangibilidad sexual*, entendida en su doble dimensión: como facultad humana inviolable y como referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad.”²⁵

Bajo estos argumentos, los menores impúberes son personas a las cuales el Estado les reconoce una especial protección, por la etapa prematura de desarrollo en que se encuentran, negándole cualquier tipo de interacción sexual, aún cuando haya “consentimiento” por parte del menor.

La doctrina argumenta que no puede haber “libertad sexual” cuando la persona no está en condiciones de expresar su voluntad o no se le reconoce la facultad para hacerlo. En este último caso, encontramos a los menores púberes menores de 14 años; a ellos el Derecho no les reconoce voluntad para consentir un acto de significación sexual, es decir, han de ser consideradas inviolables sexualmente, erigiéndose esa inviolabilidad como el objeto de protección del delito.²⁶

Según el profesor GARRIDO esto se debe a que “la realización de actos de relevancia sexual puede afectar el proceso de desarrollo y configuración de la sexualidad del niño. De esta forma, la realización de un acto de relevancia sexual con un menor-aun consentido- lesiona su intangibilidad sexual, y -desde

²⁵ GARRIDO M. Op. Cit. p. 267

²⁶ *Ibíd.* p. 268

este segundo aspecto- pone en peligro el libre ejercicio de su sexualidad, al interferirse el normal proceso de su consolidación.”²⁷

Es dable tener presente que para las corrientes más liberales, se debe tener cuidado en fundamentar esta prohibición de interacción sexual en meros argumentos morales del derecho penal sexual. Según el profesor BASCUÑAN “Lo que sí se ha ido imponiendo en la política criminal comparada es la comprensión de la interacción sexual con impúberes merecedora de pena más bien como un maltrato personal que como un abuso de significación sexual. De ahí que se postule distinguir entre casos de interacción sexual con grave maltrato del menor y casos en ese componente, y sólo sancionar el caso grave con penas tan severas como la coacción sexual.”²⁸

Sin embargo, esta última postura cada vez tiene menos acogida en la práctica y las directrices que dominan la política criminal por el rechazo que provoca en la ciudadanía una interacción sexual con un menor impúber. Esto genera que se apliquen políticas orientadas al llamado “Derecho Penal del Enemigo”²⁹; donde cualquier interacción sexual se considera punible en los mismos términos, sin distinguir la gravedad de ésta.

En nuestra legislación esto se manifiesta con la modificación al artículo 366 bis del Código Penal que bajo la Ley N° 19.617 introdujo un germen de desarrollo del modelo político-criminal del abuso sexual como maltrato. A propósito del delito de abuso sexual del menor impúber, se distingue entre abuso menos grave (sin medios comisivos especificados) y abuso grave (con

²⁷ *Ibíd.* p. 269

²⁸ BASCUÑAN (2001) *Op. Cit.* p.18

²⁹ JAKOBS, Günther. “El Derecho Penal del Enemigo”. Thomson Civitas. Madrid.2003

medios comisivos especificados) de menor impúber³⁰. Sin embargo, tras la modificación de este artículo que Introdujo la Ley N° 19.927, no se hace distinción entre los medios comisivos, tipificando cualquier acción de significación sexual distinta del acceso carnal.

Esto se entiende porque la Ley 19.927 es una de las medidas que ha tomado el Estado para frenar los abusos a menores en el país, luego de que por muchos años se considerara que Chile poseía una débil y anacrónica legislación al respecto, ello debido en parte a una serie de vacíos legales con respecto a las nuevas tecnologías, específicamente la producción de material pornográfico infantil y su difusión.

Esta ley vino a tipificar nuevos hechos, calificando como delito, por ejemplo, la producción, difusión y almacenamiento de material pornográfico, así como también su difusión a través de Internet. Y dentro de estas modificaciones también endureció el mencionado artículo 366 bis del Código Penal, como una forma de mantener intangible la indemnidad sexual de los menores, sin distinguir circunstancias.

³⁰ Ibíd. p. 19

CAPÍTULO II: ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL RESPECTO DEL ADOLESCENTE

La Ley N° 20.084 de Responsabilidad Penal del Adolescente, vigente en Chile desde el 8 de junio de 2007, es el pilar fundamental de un derecho penal especial – juvenil o de adolescentes- estableciendo responsabilidad a los adolescentes de 14 a 17 años que hayan cometido alguno de los delitos establecidos por la ley penal. Aquella se caracteriza porque a los jóvenes, además de las garantías penales y procesales comunes a todas las personas, se les han de reconocer mayores derechos y garantías³¹. Fundamentada esta especial protección en la aplicación de los principios de igualdad y protección, pues la diferente situación jurídico-social del adolescente y su calidad de persona en pleno proceso de desarrollo, lo hacen merecedor de una mayor protección jurídica de sus derechos y garantías que integran el debido proceso³².

Es precisamente esta situación especial en que se encuentra el adolescente la que a su vez fundamenta la responsabilidad atenuada que se les otorga en comparación con los adultos. Esto debido a que la doctrina clásica considera que el menor carece de los presupuestos psicológicos básicos que han de concurrir en una persona para que el Estado la considere en condiciones de responder frente a la sociedad por los actos que realice en su contra. A este aspecto hace referencia la idea de “capacidad de culpabilidad”

³¹ BERRÍOS, Gonzalo. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”. Polít. crim. Vol. 6, N° 11 (Junio 2011), Art. 6, pp. 164. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf]

³² *Ibíd.* p. 164.

que implica comprender el carácter ilícito de la conducta y de actuar conforme a dicha comprensión³³.

Esta idea es fundamental para atribuirle responsabilidad por los hechos cometidos a los adolescentes. MARTIN le da un contenido psicológico a la “culpabilidad” señalando que “cuando el sujeto alcanza un determinado grado de desarrollo de su capacidad de comprensión social y legal, así como para autodeterminar su voluntad de obrar conforme a ella, entenderá el carácter ilícito de su conducta y podrá dirigir su actuación coherentemente con tal comprensión”³⁴.

Empero, tal como señala el mismo MARTIN, “esta noción debe ser matizada, pues al tratarse de una capacidad dinámica, fruto del continuo proceso de evolución y de transformaciones psicológicas, su grado de desarrollo es distinto en la adolescencia y la adultez. Durante la adolescencia, que se inicia entre los doce y trece años para concluir entre los dieciocho y los veinte, el sujeto es cualitativamente distinto del adulto porque posee una mitigada capacidad de comprensión social y legal, así como una capacidad igualmente atenuada para autodeterminar su voluntad conforme a tal comprensión.”³⁵

Por esto el sistema de responsabilidad penal adolescente no puede ser el mismo que el de los adultos, ya que los sujetos poseen un diferente grado de desarrollo tanto del elemento intelectual como volitivo.

³³ MARTIN CRUZ, Andrés “Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad pena por razón de la edad Cap. VI. Ed. Comares, 2004 p. 229.

³⁴ *Ibíd.* p.230

³⁵ *Ibíd.* p.230

En lo que respecta al elemento intelectual, es dable afirmar que es la capacidad de comprender el ilícito de la conducta materializada por el autor. Desde una perspectiva jurídica, no se exige que el infractor conozca el precepto legal infringido, sino que es suficiente saber y/o entender que con su conducta, se está causando un daño real. Ahora, desde una perspectiva psicológica, se requiere que el sujeto posea capacidad intelectual conceptualizada como pensamiento formal, es decir, la capacidad de pensar en abstracto; reflexionar y prever consecuencias futuras, etcétera. Es menester también, que el sujeto en estudio, disponga de capacidad de comprensión social, esto es, actitud para entender la sociedad o la comunidad en la que vive y de la que forma parte; las instituciones que la componen, entre otras. Finalmente, deberá poseer capacidad para entender las funciones diversas que cumplen las leyes de la sociedad. En suma, un sujeto tiene capacidad para entender la ilicitud de su comportamiento cuando dispone de aptitud cognitiva para comprender la sociedad y sus leyes³⁶. Siendo este elemento intelectual graduable a través de la edad que posee el adolescente hasta lograr su pleno desarrollo en la adultez.

Por otra parte, el elemento volitivo es entendido como la capacidad de actuar de acuerdo a la comprensión del carácter ilícito de la conducta. Ésta va de la mano del elemento cognitivo, debido a que no puede haber voluntad libre sin el previo conocimiento de lo que se está haciendo.

Bajo estos mismos presupuestos se puede fundamentar la inexistencia de culpabilidad del menor de doce años (en Chile 14 años), pues durante la niñez, desde el punto de vista intelectual, el niño se halla en un estadio cognitivo de las operaciones concretas, en el que sólo tiene la capacidad para comprender de ese modo la sociedad en la que vive y las normas que la

³⁶ *Ibíd.* p.232

regulan. Carece de capacidad para discernir sobre el carácter ilícito de su conducta, teniendo el temor al castigo como único elemento motivador para el cumplimiento de la ley.³⁷

Por otro lado, respecto del mayor de 12 y menor de 14 años, señala MARTIN CRUZ , que sobreviene una transformación fundamental en la inteligencia del menor de edad, que marca el final del pensamiento concreto y el inicio del formal o abstracto³⁸.

Esta evolución psicológica indica que en este menor ha surgido la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta, es decir, el elemento intelectual de la capacidad de culpabilidad que, a su vez, conlleva la aparición de la capacidad de auto-determinar su voluntad de actuar conforme a esa comprensión.³⁹

Sin embargo, el menor entre estas edades, no posee la suficiente capacidad de culpabilidad como para considerarlo responsable de las infracciones legales que cometa.

Esto porque es un proceso en que se produce un tránsito de niño a adolescente, es decir, de las operaciones concretas a las formales y como este cambio no es brusco sino gradual, durante este periodo el joven razona unas veces como niño y otras como adolescente.

Por esta razón, entre otras, es que en Chile se ha establecido como edad mínima para la atribución de responsabilidad penal adolescente los 14 años, lo

³⁷ *Ibíd.* pp. 234-235

³⁸ *Ibíd.* p. 235

³⁹ *Ibíd.* p. 235.

que está plasmado en el Artículo 3° de la Ley N° 20.80, que establece: *“Límites de edad a la responsabilidad. La presente ley se aplicará a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años, los que, para los efectos de esta ley, se consideran adolescentes.*

En el caso que el delito tenga su inicio entre los catorce y los dieciocho años del imputado y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad.

La edad del imputado deberá ser determinada por el juez competente en cualquiera de las formas establecidas en el Título XVII del Libro I del Código Civil.” Esto en razón de que a esta edad, al menos cuantitativamente y en la mayoría de los casos, se posee abstracciones más “consolidadas”.

Finalmente, respecto de los mayores de 14 años y menores de 18 nos encontramos con un pensamiento abstracto en parte desarrollado pero no completamente. Lo que fundamenta la aplicación de un sistema de responsabilidad penal, pero diferenciado claramente del aplicado a los adultos.

Este desarrollo se origina a consecuencia del proceso de socialización a través de la correspondiente interacción entre sus pares y el resto de la sociedad, produciéndose un incremento de la capacidad para comprender la ilegalidad de la acción ejecutada, así como de la aptitud para autodeterminar la voluntad de acuerdo con tal comprensión.⁴⁰ De ello se desprende que puedan conocer la antijuricidad de una conducta y ser juzgada su “culpabilidad” por los actos que cometan.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 137

Aunque tal como se precisó anteriormente, la adquisición de estas cualidades es un evento progresivo, que no se encuentran completamente desarrolladas sino hasta la adultez. Aquello justifica que el sistema de responsabilidad penal adolescente posea mayores garantías que el de adultos.

Con respecto a esta visión un tanto “psicológica” de la culpabilidad y la fundamentación del reproche “penal” a los adolescentes, el profesor Juan Bustos posee una mirada crítica a esta perspectiva clásica. Para él la imputabilidad de un menor debe tener una consideración fundamentalmente político criminal y no por tanto psicologista, en donde se reduciría la respuesta a los elementos cognitivo y volitivo. Señala BUSTOS “Resultaría hoy totalmente absurdo y una total ficción plantear sin más que el menor no tiene capacidad para conocer el injusto o no tiene capacidad para actuar en consecuencia con su conocimiento. Tal planteamiento carecería de toda fundamentación e implicaría negar la complejidad del menor”.⁴¹

Para el autor indicado, detrás de esta concepción se esconde la consideración del menor; no como una persona sino como alguien que no aparece dotado de las características fundamentales del hombre (“maduro”)⁴². De este modo el joven aparece estigmatizado desde el principio y por tanto sujeto a tutela del Estado y la sociedad, pues presenta características peligrosas para ésta y de la cual la sociedad ha de defenderse.

Esta idea permite la creación de una ley especial, en el sentido de una ley conforme a las características especiales del sujeto. Esto implica que al ser

⁴¹ BUSTOS Juan, “Imputabilidad y edad penal”. en Obras completas Tomo II, ARA editores, 2004. p. 726

⁴² *Ibíd.* p. 720

considerado un peligro y no una persona como el resto, se puedan abrir los límites del derecho penal.

Lo anterior, es sumamente peligroso, porque el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no puede desvirtuar el carácter de persona del sujeto y por tanto su dignidad y los derechos que le son inherentes.⁴³

En tanto que “la persona” cuando se le reconoce como actor social, como sujeto de derechos y obligaciones, se le puede pedir responsabilidad y por cierto, sólo en la medida que se le hayan proporcionado todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones.⁴⁴ Lo que es contrario a un modelo tutelar que considera al menor como un sujeto peligroso, diferente y con tendencia a la desviación y de ahí no pueda ser considerado como ser autónomo, como persona y quede sujeto a tutela.

El profesor BUSTOS cree que es fundamental considerar como “persona” al menor, así se le reconoce “[...] una capacidad de respuesta, interferida por los obstáculos a la satisfacción de sus necesidades, en virtud de su especial situación dentro del sistema social”⁴⁵.

No negando totalmente la consideración de elementos psicológicos, sino que agregando como fundamentación jurídica básica; el *status de persona*, que se le debe reconocer al menor y la significancia que tienen sus actos en el sistema social.

⁴³ Ibíd. p. 721

⁴⁴ Ibíd. p. 722

⁴⁵ Ibíd. p. 728

En definitiva, es el *status de persona* que posee el menor, el que le da derechos y gradualmente obligaciones, las cuales se van modificando en consideración a la etapa de desarrollo en que se encuentre. Debido a que el derecho no puede ser ajeno a las circunstancias psicológicas del individuo, debiendo ser concordante con el mundo empírico.

Este status de persona también obliga a que el Estado le permita al individuo desarrollar de forma libre su sexualidad. Sin embargo, como vimos, esta libertad sexual no es reconocida inmediatamente, sino es resguardada por el Estado, protegiendo la indemnidad sexual del individuo a través de la normativa penal.

Dejando de lado la justificación de la protección de la indemnidad sexual del menor de 14 años. Lo complejo es determinar hasta qué punto el Estado se puede entrometer en el ejercicio de la sexualidad de un adolescente mayor de 14 y menor de 18 años.

Por una parte, el reconocimiento del status de persona fundamenta la idea de responsabilidad por los actos cometidos libremente y en esto la legislación chilena tiende a ser consecuente, al establecer la edad de 14 años como el comienzo para la imputabilidad bajo la Ley 20.084 y el comienzo de ejercicio de la libertad sexual. No significa esto -como se observó- que el menor de 14 años no posea un status de persona y por ende, sus actos carezcan de significación, sino, que debido a su especial etapa de desarrollo, conviene mantener intangible su sexualidad para que el posterior ejercicio de su sexualidad, viéndose lo menos posible influenciada por agentes externos que podrían aprovecharse de su especial condición.

Por otro lado esto también implica que el Estado no puede impedir el libre desarrollo de la sexualidad del adolescente, pues le estaría coartando una

manifestación natural de su reconocimiento como persona libre, tratándolo entonces a partir de una desechada forma de proceder, esto es, la tutelar.

Con respecto a este tema, tendrá gran influencia el modelo de atribución de responsabilidad penal adolescente que adopte determinado Estado. Los cuales revisaremos a continuación.

Modelos de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes.

Históricamente se han modelado diversas respuestas frente a la delincuencia juvenil, adoptando modelos de atribución de responsabilidad penal para los adolescentes según las consideraciones político-criminales y sociales imperantes.

A su vez la respuesta estatal a los delitos de connotación sexual cometidos por adolescentes se debiera ver condicionada por el modelo que adopte la legislación de un determinado país. Considerando al menor infractor como un peligro que debe ser neutralizado y encausado por el ejercicio “correcto” de la sexualidad, determinada por las concepciones morales imperantes o enmarcar esta infracción dentro del desarrollo de los adolescentes y juzgarlos conforme a las especiales circunstancias en que se encuentran.

Modelo clásico o liberal.

También conocido como el modelo del discernimiento –propuesto por el liberalismo clásico, con base en el derecho romano a través del sistema canónico-, proponía formalmente la atribución de consecuencias penales, en base a la afirmación de una responsabilidad de naturaleza personal respecto la

comisión de un delito, fundada en la capacidad de autodeterminación⁴⁶. Se fundamenta en la culpabilidad bajo un criterio psicológico y un criterio cronológico, es decir, la edad del menor.

Así, bajo estos criterios es que surge la idea del “discernimiento”, es decir, “la capacidad de conocer lo injusto y de autodeterminarse conforme a ese conocimiento”⁴⁷. Lo cual es determinado, caso a caso en la fase jurisdiccional, según en tramo de edad que determine la legislación de determinado país.

Este modelo que en parte influenciaba el sistema imperante en Chile antes de la puesta en marcha de la Ley 20.084. Sin embargo, carecía de una serie de problemas, pues le terminaba aplicando a los adolescentes, que consideraba que habían actuado con discernimiento, el sistema penal para adultos, sólo con algunas correcciones, lo que era contrario a los T.T.I.I. que había firmado Chile, y perjudicial para el desarrollo del menor.

El problema de este modelo radica en que no se hace cargo de la especial situación en que se encuentra el menor adolescente, que no lo transforma en un inimputable al nivel de los dementes, ejemplo y tampoco se encuentra en la misma posición que un adulto por conocer el injusto y poder ser motivado por la norma. Ya que aún en este último caso el adolescente se encuentra en un

⁴⁶ MALDONADO, Francisco. “La especialidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado” Revista Justicia y Derechos del Niño N° 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004, p. 106

⁴⁷ DEFENSORIA PENAL PÚBLICA. “Algunos elementos de apoyo para la defensa de declaración de discernimiento”. Revista Justicia y Derechos del Niño N°8, UNICEF, Santiago de Chile, 2009, p.2

proceso de formación donde un inadecuado sistema penitenciario puede consolidarlo como delincuente, en vez de ayudarlo a su rehabilitación.

Modelo Tutelar.

Este modelo propone, en lo esencial, la total supresión del sistema sancionatorio penal dirigido a adolescentes e infantes y su reemplazo por el sistema de medidas de aseguramiento, correccionales o de protección; cuya aplicación es dotada por la concurrencia de una situación de carencia o necesidad que afecte al menor de edad⁴⁸. De esta forma el “riesgo social” en que se encuentra el menor, constituye una amenaza para toda la sociedad, por el potencial desenlace que pueda tener la vida del menor al consolidarse como delincuente en su adultez.

Detrás de este modelo hay una concepción determinista que reafirma que desde la total carencia de capacidad de los menores se deriva una falta de responsabilidad. Al respecto de esto el profesor MALDONADO señala: “Con ello se entiende que quien no detenta capacidad reconocida socialmente no puede asimismo ser asumido como un ente responsable y es por ello que se determina, necesariamente, que el menor de edad que presenta un desajuste conductual, manifestado –entre otros comportamientos- por una conducta “anti-social” de carácter delictivo no puede ser responsabilizado por ello. Por el contrario, sobre esa base se asume que se encuentra “carenciado” o –lo que es lo mismo– “necesitado de protección”; debiendo intervenir en su favor en miras a posibilitar su desarrollo pleno en sociedad. Se actúa, en consecuencia, para su beneficio, protegiéndolo frente a un entorno –social– incapaz de

⁴⁸ MALDONADO, F. Op. Cit. p 109

brindarle las herramientas suficientes para integrarse hábil y adecuadamente al medio social.”⁴⁹

Es en este contexto donde al menor le es sustraído su status de persona y se transforma en un “objeto de protección”. Así, subyace a esta idea, una pérdida efectiva de las garantías propias que tiene una persona sometida a un sistema de imputación penal y pasa a someterse a todas las medidas necesarias para la neutralización del peligro. Así esta protección se convierte en un verdadero “fraude de etiquetas”.

De esta forma, un adolescente que ha cometido un acto delictual de significación sexual, sería visto como una fuente de peligro que se debe neutralizar a través de diversos métodos, aún en desmedro de su dignidad.

Entonces, lo que se escondería bajo esto, es la imposición de una moral sexual, que podría implicar desde el sometimiento a una idea de sexualidad “correcta” y/o por otro lado la protección de la indemnidad sexual hasta una vez alcanzada la mayoría de edad, considerándolos como “objetos de protección” que carecen de libertad sexual y por ende de capacidad para autodeterminarse y encauzar su desarrollo.

Modelo Educativo o de Bienestar.

Propone una oferta de tratamiento de carácter administrativo, de orientación socio-educativa, en base a la cual se procura evitar la judicialización del conflicto. Sustraer al menor del ámbito de la justicia formal, canalizando la respuesta estatal hacia mecanismos que buscan la obtención de soluciones

⁴⁹ Ibíd. p. 109

extrajudiciales del conflicto, sin que ello implique en todo caso desconocerle carácter penal.⁵⁰

Busca incidir en la formación del adolescente para procurar su adhesión a parámetros de relación interpersonal que sean respetuosos de los derechos de terceros, eliminando con ello el paso del infractor por el sistema judicial, en tanto se le considera estigmatizante⁵¹. Estableciendo sistemas administrativos de reinserción social.

Sin embargo, pese a sus buenas intenciones, se le objeta que el éxito relativo que se puede alcanzar, es sólo respecto de jóvenes de baja peligrosidad, llevando a que al sistema penal común ingresen los jóvenes de alta peligrosidad, de acuerdo a lo señalado por MALDONADO⁵², pues solo los primeros sería permeables a un tratamiento educativo y dependiendo de factores externos como la contención familiar o las personas que lo rodean en su ámbito más cercano.

Asimismo, se une a esto, la discrecionalidad que pueden tener las autoridades administrativas al implementar un régimen de rehabilitación del menor, con la excusa de buscar lo mejor para él. Por lo que le son aplicables las críticas emitidas respecto del modelo de tuición.

Modelo de justicia o responsabilidad.

Este modelo afirma la “posibilidad de aplicar consecuencias sancionatorias, restrictivas de derechos, a los menores de edad, derivadas del reconocimiento

⁵⁰ Ibíd. p. 112

⁵¹ Ibíd. p. 112

⁵² Ibíd. p. 113

de su capacidad de autodeterminación. Ello supone reconocer en los menores de edad en propiedad el carácter de sujetos de derecho. Con ello, al reconocer la titularidad de derechos subjetivos y niveles de ejercicio autónomo de los mismos, se asume la posibilidad de extraer consecuencias derivadas de dicha autonomía, incluyendo entre ellas, como base o fuente primaria, la responsabilidad que deriva de su ejercicio individual. Al afirmar dicha responsabilidad, se hace posible a la vez, derivar de ella consecuencias.”⁵³

Sin embargo, dicha responsabilidad no puede ser la misma en los adolescentes que en los adultos, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente desde un punto de vista normativo de manera diversa en un adulto y en un adolescente o un niño. En términos simples esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por esto el Estado no le puede exigir lo mismo a un adolescente que a un adulto. Aquella exigencia aumenta progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (principio de autonomía progresiva).⁵⁴

Bajo esta concepción el menor de edad no pierde el status de persona, y como señala el MALDONADO, no es una persona incompleta, sino un sujeto pleno -titular de derechos- pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. Como tal el sujeto de derechos es perfectamente “capaz de tener responsabilidad” en una medida diversa a la del adulto, en el marco de su condición de “sujeto en desarrollo”⁵⁵.

⁵³ Ibíd. p. 115

⁵⁴ Ibíd. p.115.

⁵⁵ Ibíd. p. 115

Aspecto que nos habla del correlato existente entre la responsabilidad otorgada y las condiciones especiales que fundamenta la medida de tal responsabilidad.

Enmarcado en este modelo se podrá dar cabida a una propuesta que reconozca la libertad sexual a los adolescentes, para consentir o no, interacciones sexuales y ser responsables de los actos propios, cometidos libremente. No cayendo en un paternalismo, sino reconociéndoles autonomía para guiar su propio desarrollo.

Siguiendo una directriz de actuación, en lo relativo a los delitos sexuales, un Estado Democrático y Pluralista debiera tomar un rol de protección respecto de los bienes jurídicos, sólo frente a ataques graves que los lesionen. Pues si se tiende a castigar conductas como la homosexualidad, las ofensas al pudor y las buenas costumbres o la pornografía la eficacia limitadora del concepto de bien jurídico se frustra ante entidades vagas, difusas, abstractas y que no aparecen como vitales para el desarrollo personal de los individuos dentro de la sociedad.⁵⁶

Esto se logra no castigando meras acciones inmorales, si es que la tolerancia, la dignidad de la personas y el respeto por las ideas y actos ajenos que a nadie perjudican constituyen pilares fundamentales de la actuación del Estado⁵⁷

⁵⁶ HORVITZ, María Inés. Delitos sexuales, libertad personal y protección de la moral. en Revista Apuntes de Derecho, Nº 3, monográfico "Sexo, igualdad y derecho", Facultad de Derecho U. Diego Portales, 2008. Santiago. p. 11.

⁵⁷ *Ibíd.* p. 11

En un sentido similar OXMAN VILCHES señala: “El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos es uno de los criterios más importantes mediante los cuales la dogmática penal puede limitar un ejercicio arbitrario e irracional del poder punitivo del Estado”⁵⁸. Y, esta tutela se debe hacer en miras de la suficiente importancia social, de la efectiva y subsidiaria necesidad de tutela por parte del Derecho Penal. La suficiente importancia social ha de tener un contenido hacia lo individual, implica: primero. La separación del derecho y la moral, esto es, el respeto por parte del Estado Democrático a la autodeterminación ética de la persona y también el rechazo de toda idea que pretenda utilizar el Derecho Penal como instrumento de imposición de valores: segundo, consiste en la “exigencia de que los bienes jurídicos penales sean fundamentales para la vida social”.⁵⁹

Así el pluralismo, la autonomía ética del ser humano y la tolerancia, como valores de la sociedad democrática, demandan una política criminal de *ultima ratio*, que haga frente a los deseos de imponer valoraciones de la sexualidad mediante el derecho penal. La realización de fines trascendentes no compete al Derecho penal, ni tampoco puede éste buscar la corrección moral coactiva de los ciudadanos, por estar ello en irresoluble contradicción con la consideración de los mismos como moralmente maduros e intelectualmente ilustrados⁶⁰ o el libre desarrollo de la personalidad que posee un adolescente.

OXMAN agrega: “El hecho de que el Derecho Penal sea utilizado como un medio para imponer valoraciones de la sexualidad desde el poder, que se

⁵⁸ OXMAN VILCHES, Nicolas. “Libertad sexual y estado de derecho en Chile”. (Las fronteras del derecho penal sexual). 1° ed. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile. 2007. p. 65

⁵⁹ *Ibíd.* p. 65

⁶⁰ *Ibíd.* pp.75-76

desconfíe excesivamente en que los jóvenes y los adultos puedan ejercer un control social autónomo, responde al deseo impuesto por los controladores del poder de intentar estandarizar, según la ideología moral que se supone imperante en toda la población; pero que carece de consideraciones sobre las realidades empíricas de valoración de los sexual”⁶¹.

Este modelo de justicia o responsabilidad (responsabilización), fue el adoptado por la legislación chilena a través de la Ley N° 20.084, en acuerdo con las exigencias internacionales, en especial la adaptación a la Convención de los Derechos del Niño. Esto en concordancia con el carácter constitucional que presentan los derechos del niño en cuanto están asegurados en un tratado internacional de derechos humanos. Tal carácter, explica BERRÍOS, significa para el Estado la obligación de modificar sustancialmente todas las leyes nacionales que sean incompatibles con las normas de la Convención, como era el caso de la Ley de Menores y del Código Penal con respecto al tratamiento jurídico de las infracciones penales cometidas por personas menores de dieciocho años de edad.⁶² Esto también queda plasmado con claridad en el Mensaje de la Ley N° 20.084 dentro del cual se menciona “Desde un punto de vista jurídico, esta reforma se fundamenta en que la actual legislación de menores, en no pocas materias, entra en contradicción con disposiciones de la Constitución y de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en algunos casos, directamente vulneran estos cuerpos jurídicos.”⁶³

Junto con la Convención de los Derechos del Niños, se encuentran una serie de normas internacionales de diferente jerarquía que apoyaban el cambio de

⁶¹ *Ibíd.* p. 76

⁶² BERRÍOS, Gonzalo. (2011) *Op. Cít.* p. 165

⁶³ Historia de la Ley N° 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. 07 de Diciembre de 2005. Disponible en www.bcn.cl

legislación, partiendo por la declaración Universal de los Derechos Humanos, La Declaración Universal de los Derechos del Niño, donde tuvo un importante rol la UNICEF, además de otros instrumentos de carácter regional como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y La convención Americana de los Derechos Humanos de 1969⁶⁴, entre otros.

Tal realidad ayudó a fundamentar una separación entre los sistemas de protección e infracción a la ley, considerando al adolescente como un sujeto de derechos y aplicando sanciones de acuerdo a su condición y considerando su etapa de desarrollo⁶⁵. Situación que facilita una fundamentación orientada hacia un modelo dirigido no hacia la tutela y la imposición moral de ciertas concepciones sino orientado al reconocimiento del estatus de persona y la subsecuente responsabilidad de los adolescentes.

Política Criminal y delitos sexuales cometidos por o contra adolescentes.

La delincuencia juvenil es una de las grandes preocupaciones que tiene el Estado respecto a su elaboración de políticas destinadas a la reducción de la delincuencia, esto es en parte por el temor que genera en la ciudadanía la delincuencia en sí misma y más aún cuando es cometida por menores de edad, por el poco control de impulsos que poseen y la supuesta impunidad en que quedan sus actos.

Esta apreciación ciudadana tendiente a querer castigar severamente a los menores, casi al nivel de los adultos, es equilibrada bajo criterios científicos

⁶⁴ VÁSQUEZ, Ernesto. Apuntes de Clases del taller de Responsabilidad Penal Adolescente. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Segundo semestre del año 2009.

⁶⁵ *Ibíd.*

-ya sea desde las ciencias naturales o sociales- con una postura que tiende a racionalizar la intervención punitiva del Estado en contra los adolescentes. De ahí es que se establezcan garantías especiales para ellos atendiendo la especial situación en que se encuentran; lo que se trata de lograr con la Ley N° 20.084.

En medio de estas fuerzas, es decir, la racionalización del fenómeno delictual y las consideraciones subjetivas asociadas al temor a la delincuencia –que no necesariamente deben ser dejadas de lado a priori- se encuentra la Política Criminal, la que dependerá del régimen político e ideario político que adopte el Estado. En un Estado Social Democrático, según los profesores BUSTOS y HORMAZABAL: “[e]l carácter social del Estado no sólo lo legitima para intervenir, sino que lo obliga a intervenir en los procesos sociales en general y en la solución de los conflictos en particular. Frente a un conflicto social, el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal.”⁶⁶ Lo que variaría en un Estado más liberal o en uno totalitario, según el caso.

Por esto, la política criminal no sólo dependerá de criterios dogmáticos, sino que se verá influenciada por otros factores no necesariamente jurídicos, los que pueden ser más o menos legítimos, dependiendo la concepción que se adopte.

En Chile la política criminal está enmarcada no sólo por la legislación nacional sino también por una serie de Tratados Internacionales que le ponen límite a la actividad punitiva del, entre ellos y el más significativo, es la

⁶⁶ BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. “Lecciones de derecho penal”, Vol 1, Editorial Trota, Madrid, 1997. p.29

Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que sirvió de fundamento e hizo necesario el cambio del sistema tutelar con atisbos del modelo clásico, que existía en Chile para reemplazarlo por un “modelo de justicia”.

Esto sumado, a lo que el profesor BERRIOS agrega, es decir, “la notoriedad pública que han alcanzado ciertos delitos cometidos por adolescentes y el incremento del número de detenidos en ciertos delitos pertenecientes a este grupo social en la última década, han puesto en la agenda política y de seguridad el tema de la “delincuencia juvenil” como un área de abordaje prioritario. El propio Mensaje del proyecto de ley se hace eco de esta corriente al criticar la actual desprotección de las víctimas y sostener que la nueva legislación será un “herramienta eficaz para el trabajo preventivo y represivo” de los delitos cometidos por adolescentes⁶⁷.

Esto implica que también se buscó proteger a las víctimas de esta supuesta indefensión en que quedaban cuando se declaraba “sin discernimiento” al menor agresor, dándole mayor seguridad jurídica tanto a ofensor como a la víctima.

La decisión política de modificar el sistema de responsabilidad adolescente o más bien establecer un modelo de responsabilidad adolescente especial, diferenciado del sistema de adultos, concluyó con la actual Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, vigente desde 8 de Junio de 2007.

Un Estudio de la Defensoría Penal Pública, realizado por Gonzalo Berrios, hace referencia a las estadísticas de los primeros 3 años de vigencia de la ley y da cuenta de un aumento en los jóvenes sometidos al sistema,

⁶⁷BERRIOS, Gonzalo. “El nuevo sistema de justicia penal para Adolescentes”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Año 2005. p. 163

estableciendo que: “Los ingresos anuales han pasado de un total de 28.916 imputados en el primer año de la Ley 20.084 (8 de junio 2007 a 7 de junio 2008) a un total de 32.798 imputados en el tercer de año, es decir, los ingresos han aumentado en un 13,4% en relación al primer año de la Ley, y si comparamos con el año previo a su implementación los ingresos (23.5321) han aumentado en un 39,4%⁶⁸. Debiendo considerar que se bajó la edad desde los 16 a los 14 años.

Mientras que según las cifras que maneja el Ministerio Público durante el año 2007⁶⁹, desde la puesta en marcha de la Ley 20.084, hubo 30.372 ingresos de los cuales un 1% (436) correspondió a delitos sexuales, mientras que el 2008⁷⁰ hubo 55.629 ingresos de los cuales un 2% (943) fueron delitos sexuales; el año 2009⁷¹ los ingresos correspondieron a 55.600 y de estos un 1.74% (966) fueron delitos sexuales: en el año 2010⁷² si bien los ingresos fueron menos: 50.410, los ingresos por delitos sexuales aumentaron levemente a 1016 un 2.02% del total; en el año 2011⁷³ los ingresos fueron 55.435, de los cuales un 2% (1.111) correspondieron a delitos sexuales y en el primer semestre del 2012⁷⁴ los ingresos fueron 25.925, mientras que los ingresos correspondientes a delitos sexuales fueron 503 correspondientes a un 1,94% del total. Sin embargo, para leer estas cifras se debe tomar en cuenta que estas estadísticas,

⁶⁸BERRIOS, Gonzalo. “3 años de vigencia de la ley de responsabilidad penal adolescente” Defensoría Penal Pública.

⁶⁹ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2007

⁷⁰ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2008

⁷¹ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2009

⁷² MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2010

⁷³ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2011

⁷⁴ MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Estadístico. Primer Semestre. Año 2012

a diferencia de las Defensoría Penal Pública, toman el 100% de las causas ingresadas al sistema, judicializadas o no.

Si bien tal como denotan estas estadísticas, el problema de los delitos sexuales cometidos por adolescentes no es de mayor envergadura cuantitativamente en comparación con otros delitos, estamos frente a un tema particularmente sensible, más aún cuando estudios internacionales señalan el 80% de los agresores sexuales adultos fue procesado por delitos sexuales serios antes de cumplir los 18 años.⁷⁵

De ahí la importancia de identificar correctamente los factores de riesgo y elaborar un plan de prevención dirigido a menores agresores sexuales, ya que en países como España, la tasa de reincidencia de estos jóvenes fluctúa entre un 6 y un 10 % tras el sometimiento a un tratamiento, lo que habla de un relativo éxito de los métodos aplicados.

Lo anterior, sumado al objetivo de la Ley N° 20.084 que busca la prevención especial positiva como fin de la pena, como queda de manifiesto en el artículo 20 de la ley, que señala:

“Artículo 20.- Finalidad de las sanciones y otras consecuencias. Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social.”

⁷⁵ SÁNCHEZ, Najikari y SIRIA Sandra. “Agresores sexuales juveniles:¿Existe un tratamiento eficaz?”. Boletín Criminológico. Instituto andaluz interuniversitario de Criminología” N° 126,Andalucía. Enero-Febrero 2011. p.2

Lo expuesto, enmarcado en el contexto que establece el artículo 2 de la Ley N° 20.084:

“Artículo 2°.- Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”

Lo que implicará que la pena orientada a la prevención especial y la intervención que se haga en el adolescente deberán respetar su dignidad de persona y su libre desarrollo de la personalidad, no confundiendo el tratamiento con un adoctrinamiento orientado hacia una moral sexual.

CAPÍTULO III: ETIOLOGÍA DE LOS DELITOS SEXUALES EN LOS ADOLESCENTES.

La etiología de un hecho social, hace referencia a una configuración de “variables conocidas” que generan un hecho social, las que habitualmente se encuentran asociadas a distintas disciplinas científicas, como la sociología, la antropología, la psicología, la psiquiatría, la biología y la genética, pero también la economía y la política.⁷⁶

En el caso del Derecho Penal es la Criminología la ciencia interdisciplinaria encargada de estudiar la delincuencia, la desviación y el control social, que requiere la ayuda y la confluencia de otras disciplinas científicas, como la antropología, sociología, biología, etc.

Esto sucede porque el comportamiento humano es sumamente complejo y es producto de muchos tipos diferentes de variables, más aún cuando tratamos de comprender las conductas desviadas de carácter sexual cometidas por los adolescentes.

Por lo que, necesariamente, utilizando la criminología constituida por varias disciplinas científicas, lograremos comprender qué problemas sociales afectan a los individuos , de modo que éstos se ven involucrados en conflictos que los convierten en víctimas o en delincuentes, en determinadas áreas ecológicas del país.⁷⁷

⁷⁶ COOPER, Doris. “Delincuencia y desviación juvenil”. Ediciones LOM, Santiago de Chile, 2004. p. 16

⁷⁷ *Ibíd.* p. 23

Dentro de la Criminología podemos encontrar tres grandes factores y a su vez, áreas de estudios, que se pueden analizar relativamente de forma independiente; aunque cabe recalcar que el ser humano es una mezcla de estos factores.

Nos referimos a los factores Biológicos, Psicológicos y Sociológicos, que sin llegar a ser determinista, influyen en el actuar de los individuos y nos dan atisbos para elaborar una correcta política de prevención de la delincuencia.

A raíz de esto las explicaciones criminológicas tenderán a tocar los tres aspectos para dar una respuesta más o menos certera del fenómeno, pues abocarse a un solo factor como explicación total de la delincuencia sexual juvenil, es volver al pasado y desconocer la interacción factores que actúan en el ser humano.

Más aún, cuando el desarrollo psicosexual de los individuos transcurre según una serie de pautas que pueden verse alteradas por hechos traumáticos como la ruptura del proceso de apego y cualquier forma de maltrato (físico, sexual o emocional), que producen una imagen amenazadora del mundo y de las relaciones que facilita la agresión sexual.⁷⁸

Agresor sexual juvenil

Para introducirnos a la etiología del fenómeno debemos estudiar previamente lo que es definido como ofensor sexual juvenil y así hacer una correcta caracterización del fenómeno.

⁷⁸ VENEGAS. Etiología de la conducta ofensiva sexual infantil. Presentación PPT, en el Diplomado de delitos sexuales. Pontificia Universidad Católica de Chile.2009

La Agencia Federal Norteamericana; National Center of Child Abuse and Neglect, lo define como: “ Los contactos e interacciones entre un niño y un adulto, cuando el adulto (agresor) usa al niño para estimularse sexualmente él mismo, al niño o a otra persona: El abuso sexual también puede ser cometido por una persona menor de 18 años, cuando ésta es significativamente mayor que la del niño (la víctima) o cuando (el agresor) está en una posición de poder o control sobre otro menor”. Según JARA LEÓN en esta definición aparecen los elementos básicos que caracterizan las agresiones sexuales juveniles, es decir, la edad del agresor (en Chile, menor de 18 años), un acto sexual sin consentimiento, caracterizado por la agresividad, explotación o amenaza⁷⁹.

A mi juicio esta definición sería insuficiente, al poner como condicionante una edad “significativamente mayor que la víctima”, pues nada impide que el ofensor sexual pueda agredir a menores de su misma edad o incluso mayores, además, la falta de consentimiento no necesariamente, implica fuerza o intimidación sobre la víctima sino tal como sucede en la violación impropia, lo fundamental es el aprovechamiento que efectúa el sujeto activo de la víctima que no se encontraba en condiciones de expresar legítimamente su voluntad en orden a consentir o rechazar su ejecución. Un ejemplo clásico que se puede dar en esta área es el aprovechamiento sexual que puede hacer un adolescente de una muchacha, también menor, que se encuentre durmiendo ebria en el contexto de una fiesta.

⁷⁹ JARA LEÓN. “Estudio descriptivo – comparativo del perfil de personalidad y los niveles de autoestima en jóvenes agresores sexuales masculinos inimputables, comparados con jóvenes de la población general de Valparaíso - V región”. En: Violencia sexual infantil: Debates, reflexiones y prácticas. Corporación de promoción y Apoyo a la Infancia. ONG Paicabí. 2007 p. 181

Por esto, sería más acertado lo señalado por la organización internacional The National Clearinghouse on Family Violence, en donde el ofensor sexual adolescente es definido como “cualquier varón o mujer entre los 12 y 17 años de edad que comete cualquier acto [sexual] con una persona de cualquier edad contra el deseo de la víctima, es decir, sin el consentimiento o de una manera agresiva, explotadora o amenazante”⁸⁰

Los agresores sexuales no responden a un perfil único, sino vienen de todos los entornos socio-económicos, etnoculturales, y religiosos. También varía ampliamente en su nivel de funcionamiento intelectual, su motivación, las víctimas que eligen, y las conductas que cometen.⁸¹

Los estudios muestran que algunos adolescentes abusan sexualmente sólo de niños más pequeños, otros de víctimas de la misma edad. Algunos utilizan la fuerza o la violencia extrema mientras otros engañan, presionan sutilmente o manipulan a los menores a la actividad sexual. Sin embargo, un factor común en la mayoría de los ofensores sexuales adolescentes es la relación que tienen con sus víctimas, al ser mayoritariamente conocidos por ellos.⁸²

Dentro de las conductas “desviadas” que los adolescentes cometen, algunas no son mayormente lesivas para bien jurídico protegido, siendo sólo ofensas sexuales “sin contacto” tales como voyerismo (mirar furtivamente), exponer sus partes privadas a otros, hacer llamadas telefónicas obscenas, frotamiento (frotarse contra otros en lugares abarrotados), o fetichismo (tal

⁸⁰ DÍAZ, J. “Ofensores sexuales juveniles”. Revista de estudios de la Juventud .p. 94

⁸¹ *Ibíd.* p.94

⁸² *Ibíd.* p.95

como robar ropa interior), estas conductas se pueden entender dentro del desarrollo normal de un adolescente y criminalizarlas sería imponer una moral exagerada, que le niega la vida sexual a los adolescentes.

Mientras que otros cometen ofensas sexuales de mayor gravedad, es decir, entran en “contacto” tales como acariciar o penetración con el pene, el dedo u objetos. Conductas que sí deben ser reguladas en la medida que constituyan abusos y vulneren la libertad de otros.

Según DÍAZ; “Abuso” puede ser definido como “el acto sexual con otra persona que no da o no puede dar consentimiento informado”. Es un término negativo, que indica cualquier acto pretendido o percibido como dañino o humillante, de acuerdo con la víctima o un extraño afectado. El acto puede emanar de cualquier fuente (padre, extraño u otro niño) y varían en la modalidad desde leve a grave, ya involucre o no daño físico.⁸³ Es decir, altera la libertad sexual o la indemnidad sexual según la edad de sujeto pasivo.

Siguiendo a este mismo autor es aquí donde los actos abusivos se solapan con “la ofensa sexual”. La única característica que separa a los dos es que la conducta ofensiva está categorizada públicamente, entrando así dentro de la definición legal específica, que garantiza la intervención de los sistemas oficiales y que quizás demanda una respuesta judicial.⁸⁴ Esto quiere decir que dentro de las conductas que pueden caer bajo la definición de “abuso” en términos siquiátricos, el Derecho selecciona aquellos particularmente relevantes y los tipifica. En términos concretos, será considerado delincuente sexual juvenil aquel adolescente que cometa alguno de los delitos tipificados por las normas chilenas, en particular el Código Penal chileno, el cual se aplica en forma

⁸³ *Ibíd.* p.95

⁸⁴ *Ibíd.* p. 95

subsidiaria a la Ley N° 20.084, pues como es sabido, en Chile se optó por no establecer un catálogo exclusivo de delitos para los adolescentes, sino, aplicarles el catálogo de delitos de Código Penal, con algunas normas especiales, tal como lo revisaremos más adelante.

Lo que implica tener presente que al interpretar las normas, no se debiera subsumir conductas que son naturales al desarrollo sexual de los adolescentes, conforme a sus especiales características, sino sólo aquellas que impliquen realmente una vulneración relevante al bien jurídico protegido.

Desarrollo sexual normal del adolescente.

Para caracterizar correctamente las conductas desviadas que puede tener un ofensor sexual, hay que previamente caracterizar brevemente las conductas normales de un adolescente.

El psiquiatra DÍAZ MORFA señala que “la adolescencia en sí misma está generalmente marcada por el reconocimiento de la sociedad de la capacidad sexual. La forma en que otras personas reaccionan hacia las características sexuales físicas del adolescente (vello corporal, formación de pecho, profundización de la voz, comienzo de la menstruación) tiene una profunda afectación tanto sobre el sentimiento de auto-estima de la persona joven como sobre el desarrollo de sus habilidades sociales”.⁸⁵ Provocando un estado mental que debe lidiar entre estos cambios físicos y psicológicos con un contacto interpersonal que va más allá del núcleo familiar acostumbrado en la niñez para pasar a uno con su entorno social.

⁸⁵ *Ibíd.* p.96

En este contexto “el adolescente desarrolla una consciencia creciente de ser una persona sexual, y del lugar y valor del sexo en la vida de uno, incluyendo opciones tales como el celibato.”⁸⁶ Las que dependerán de lo aceptado por su entorno social más próximo y entre ellos su familia y los pares de su misma edad.

Asimismo, el adolescente en esta etapa debe trabajar hacia una resolución significativa de la confusión y el conflicto acerca de la orientación sexual. Es durante este tiempo que los individuos son capaces de unir juntos los aspectos físicos, afectivos y sociales del sexo y la sexualidad⁸⁷. Reflexión que puede llevar a respuestas inadecuadas cuando han influido factores criminógenos, como los que veremos más adelante.

Es normal que la mayoría de los adolescentes practiquen algunos tipos de conductas sexuales interactivas con otros, como acariciarse, besarse con la boca abierta, y coito simulado, y otros realizan la penetración.⁸⁸ De otra forma difícilmente lleguen a adquirir la madurez y experiencia sexual que la sociedad espera de los individuos en el contexto del siglo XXI, pero con el peligro de caer en excesos o prácticas criminales si no hay una correcta internalización de las conductas sexuales.

Esto implica que se considerada una conducta normal la búsqueda de experimentación sexual de un adolescente con otro, pero estableciendo como eje central una relación consentida. Una vez pasado aquel umbral estamos frente a una conducta que puede ser peligrosa en la medida que afecte el bien jurídico protegido.

⁸⁶ *Ibíd.* p.96

⁸⁷ *Ibíd.* p.96

⁸⁸ *Ibíd.* p.96

Con respecto a esto RYAN y LANE establecen ciertos criterios para considerar que una conducta sexual sea definida como abusiva, según ellos debe contener tres grandes componentes, por un lado (1) que la conducta sexual se realice en contra de la voluntad de la víctima, (2) sin un consentimiento informado y claro de las consecuencias y conductas específicas asociadas a la petición sexual y que (3) se desarrolle de modo agresivo, bajo amenaza o utilizando mecanismos de manipulación. Estos criterios apuntan a una diferencia de poder físico, o de desarrollo maduracional o un diferencial de estatus que es utilizado para alcanzar un objetivo de tipo sexual y en donde la víctima presenta una desventaja en las opciones para negarse u oponer resistencia, sea de forma activa o pasiva.⁸⁹Aunque esto no quita la posibilidad de que el adolescente violente a una persona mayor, que inicialmente no se encontraba en una situación de desventaja maduracional, pero sí que frente a determinada circunstancia se ve sometida violentamente a las pretensiones del menor.

Características de los delincuentes sexuales juveniles

El término delincuente sexual describe una categoría legal de delincuentes más que una categoría psicológica de sujetos ya que este grupo no presenta una personalidad uniforme sino heterogénea, como ya señalamos. Algunos delincuentes sexuales son: pedófilos o pederastas, fetichistas, exhibicionistas, violadores, etc.

⁸⁹ RYAN, G. y Lane, S. Juvenile Sexual Offending – Causes, Consequences and Corrections., in: Lexington Books. 1991. Citado en: VENEGAS, Rodrigo. “Carreras delictivas sexuales en jóvenes: con prácticas abusivas tempranas”[...] p. 153

Según don Rodrigo Venegas Cárdenas, ex Director del Centro Trafún, quien posee diversas publicaciones sobre la materia,: “[l]os jóvenes que agreden sexualmente presentan una gran diversidad tanto en el tipo de conducta agresiva que presentan, como en las características personales e históricas, por lo que no es fácil poder hacer una caracterización que pueda englobar a la totalidad de los jóvenes con prácticas abusivas. Las investigaciones respecto de las características de los jóvenes ofensores sexuales parecen reflejar que estos presentan una disminución en las habilidades sociales, aislamiento social y altas tasas de ansiedad social tal y como lo muestran los estudios”⁹⁰. Dentro de factores comunes encontrados en los jóvenes delincuentes, VENEGAS cita a diversos autores que han establecido Tesis respecto a éstos, entre ellos a MARSHALL, quien ha sugerido que los problemas tempranos de apego emocional pueden contribuir a una incapacidad para establecer relaciones íntimas en la edad adulta y con ello la posterior baja autoestima y la soledad emocional. Complementando esto, un conjunto de investigaciones dan cuenta que los jóvenes ofensores sexuales

⁹⁰ El autor se refiere a los estudios realizados por: BECKER, KAPLAN, CUNNINGHAM RATNER y KAVOUSSI. Characteristics of adolescent incest sexual perpetrators: preliminary findings. *Journal of family violence* 1. 85 - 9. 1986. FEHRENBACH, P.A., SMITH, W., MONASTERSKY, C., & DEISHER, R.W. Adolescent sexual offenders: offender and offense characteristics. *American Journal of Orthopsychiatry* 56. 1986. AWAD, G., and SAUNDERS, E.B. Male adolescent sexual assaulters. *Journal of Interpersonal Violence* 6. 1989. MARSHALL, W.L. Invited essay: intimacy, loneliness and sexual offenders. *Behaviour Research and Therapy* 27. 1989. Citados en: VENEGAS, Rodrigo. “Carreras delictivas sexuales en jóvenes: con prácticas abusivas tempranas”[...] p. 155

presentan dificultades escolares⁹¹, entre ellos KAHN y CHAMBERS, quienes en sus trabajos reflejan que los adolescentes estudiados presentaban un retraso escolar promedio entre 2 y 3 años.⁹² Sin embargo, lo complejo es diferenciar estos factores de aquellos presentes en el resto de los delincuentes juveniles, que no comenten ofensas sexuales.

En el intento por encontrar una caracterización de los delincuentes se hicieron estudios respecto a las historias de victimización de los ofensores sexuales, uno de ellos es el efectuado por O'CALLAGHAN quien investigó sus historias, encontrando que entre un 25 % al 60% reconoce la condición de víctimas en la infancia⁹³. Sin embargo, estamos frente a un tema controvertido, pues hay estudios en el sentido contrario, señalando que sólo un 12 % de los jóvenes agresores sexuales tenía una historia de victimización sexual.⁹⁴

⁹¹ VENEGAS, Rodrigo. "Carreras delictivas sexuales en jóvenes: con prácticas abusivas tempranas"[...] p. 155

⁹² KAHN, T. J., & Chambers, H. J. Assessing reoffence risk with juvenile sexual offenders. Child Welfare. 70 (3). 1991. Citado en: VENEGAS, Rodrigo. "Carreras delictivas sexuales en jóvenes: con prácticas abusivas tempranas"[...] p. 155

⁹³ O'CALLAGHAN, D., and Print, B. Adolescent sexual abusers: research, assessment and treatment., in: T. Morrison, M. Erooga and R.C. Beckett (eds). Sexual Offending Against Children Assessment and Treatment of Male Offenders. London. Routledge. 1994. Citado en: VENEGAS, Rodrigo. Op. Cit. p. 155

⁹⁴ HART-KERKHOFFS, L.; DORELEIJERS, T.; JANSEN, L.; VAN WIJK, A. Y BULLENS, R. (2009). Offense related characteristics and psychosexual development of juvenile sex offenders. Child Adolescent Psychiatry Ment Health, 3. Citado en: SANCHEZ, N. Op. Cit. p. 4.

Un aspecto importante que se ha encontrado detrás de las historias de estos jóvenes es la compleja relación que poseen con su núcleo familiar, aspecto que abordaremos más adelante, por ahora podemos señalar que estudios desarrollados por RYAN y LANE, sugieren que las familias de estos jóvenes pueden tener una serie de dificultades en cuanto a su estabilidad y la dinámica intrafamiliar, siendo las disfunciones familiares un aspecto destacado continuamente como parte constitutiva del perfil del origen del ofensor sexual adolescente.⁹⁵

En Chile, aunque en un contexto investigativo reducido por sólo considerar menores impúberes, VENEGAS junto a su equipo de trabajo, analizó 177 casos ingresados a *Centro Trafun de la Corporación Paicabí*, y pudieron establecer ciertos patrones preponderantes estadísticamente. Con respecto al género, señalan que se vuelve un aspecto relevante, por la clara diferenciación del porcentaje de ingreso asociado al sexo siendo el 97% de los sujetos hombres. En tanto las edades promedio de ingreso se ubican entre los 10 a 13 años, encontrándose el 90% dentro del sistema escolar al momento del ingreso, pero con un retraso escolar de 1 a 2 años promedio. En relación con la agresión cometida, el 98,6% corresponde a abuso sexual y sólo el 3,2% es tipificado como violación.

Respecto a la relación con la víctima el 100% de los jóvenes tienen relaciones de amistad, cercanía, parentesco o conocimiento cercano, alcanzando el 55,7% de los adolescentes un vínculo sanguíneo directo con la víctima. De los grupos familiares se distingue que el 31,5 % son “familias nucleares”, el 24,2% “familias reconstruidas”, 18,9% “familias uniparentales”, 12,6% “familia extensa” y el 12,6% proceden de centros residenciales de SENAME (Servicio Nacional de Menores). En relación a las características

⁹⁵ RYAN, G. y Lane, S. Op. Cit. Citado en: VENEGAS, Rodrigo. Op. Cit. p. 155

familiares más relevantes que se encontraron; se sostiene la siguiente estructuración: a) Abuso sexual transgeneracional b) Violencia física y o psicológica actual o histórica c) Parentalización del joven ofensor d) Consumo de drogas o alcohol por las figuras paternas e) Rigidez en los roles f) Vínculos simbióticos del adulto con el niño, y g) Familias multiproblemáticas, donde se observó más de una de estas características.⁹⁶

Estos estudios nos hablan de la dificultad de caracterizar y encontrar los factores claves detrás de un joven delincuente sexual, es más, por el contrario, nos muestran los múltiples factores que interactúan, pero que no necesariamente se presentan en todos los casos. Pero pese a esto intentaremos más adelante encontrar los factores preponderantes que existen detrás de un delincuente juvenil sexual.

Conductas Ofensivas

Tal como nos referimos anteriormente, las conductas sexualmente abusivas varían desde las ofensas sin contacto a incluso actos con penetración, en los casos más graves.

DIAZ MORFA señala que en ofensa sexual incluyen factores tales como la edad y el sexo de la víctima, la relación entre la víctima y el ofensor y el grado de coerción y violencia utilizada. Graficando esto en la tabla N° 1.

Según los datos aportados por este autor en un estudio de Maine en jóvenes identificados como ofensores sexuales, más de la mitad de los actos

⁹⁶ Ibíd. p. 155

abusivos involucraban contacto oral-genital o intentado o realizando la penetración vaginal o anal.⁹⁷

Tabla N° 1⁹⁸

<i>Característica de la ofensa sexual</i>	
Dominio	Característica
Características de la víctima	<ul style="list-style-type: none"> Las niñas son el objetivo más frecuente^{a, b, c, d, e, f, g, h, i}. Las víctimas masculinas representan más del 25% de algunas muestras^{e, h, i}.
Características de la relación	<ul style="list-style-type: none"> Las víctimas a menudo son substancialmente más jóvenes que el ofensor, más que compañeros de edad^{a, b, c, d, e, f, g, h, i}. Las víctimas usualmente son parientes o conocidos, raramente son extraños^{a, c, f, g, h, i}. Cuidar niños frecuentemente proporciona la oportunidad para ofender^{b, h}.
Uso de la agresión	<ul style="list-style-type: none"> Aunque los ofensores sexuales juveniles usualmente son físicamente menos violentos que los ofensores adultos, pueden asegurarse la sumisión de la víctima a través de la intimidación, amenazas de violencia, fuerza física, o violencia extrema^{a, j}. Aproximadamente el 40% de una muestra de 91 jóvenes demostró agresión expresiva en su ofensa(s) sexual(es)^j. Los jóvenes que victimizaron a compañeros o adultos tendían a utilizar más fuerza que aquellos que victimizaron a niños más pequeños^h.
Disparadores	<ul style="list-style-type: none"> Algunos de los "disparadores" que han sido descritos como relacionados con la ofensa sexual incluyen la rabia, el aburrimiento, y los problemas familiares^d.

^a Davis y Leitenberg, 1987; ^b Fehrenbach et al., 1986; ^c Hunter y Figueredo, 1999; ^d Miner, Siekert, y Ackland, 1997; ^e Rasmussen, 1999; Righthand, Hennings, y Wigley, 1989; ^f Ryan et al., 1996; ^g Smith y Monastersky, 1986; ^h Wiecek et al., 1998; ⁱ Knight y Prentky, 1993; Becker, 1998.

Si bien en el caso particular de Chile no hay mayores estudios sobre la materia –más allá de los aportados por los colaboradores del centro Trafún- y

⁹⁷ RIGHTHAND, S., HENNINGS, R., and WIGLEY, P. 1989. Young Sex Offenders in Maine. Portland, ME: University of Southern Maine, Public Policy and Management Program, Human Services Development Institute, Committee on Child Sex Abuse: Research Task Force. Citado en: DÍAZ, J. Op, Cit, p.97

⁹⁸ DÍAZ, J. Op, Cit, p.97

por tanto no podemos dar un diagnóstico preciso, nos sirven como referencia los estudios internacionales.

De la lectura de tabla N°1 se puede inferir que en la mayoría de los casos estamos frente a jóvenes varones que ofenden muchachas que poseen una edad similar a la del ofensor y es conocida de éste. Pero nada obsta a que no haya ofensores con características homosexuales, pedófilas o ataquen a desconocidos, tal como sucede con los ofensores adultos. De ahí lo complejo de identificar los factores preponderantes.

Por esto es necesario estudiar un poco más detalladamente los factores que según la doctrina se pueden encontrar detrás de un ofensor sexual juvenil o al menos tras un porcentaje importante.

Factores de riesgo para la comisión de delitos sexuales.

I. Aspectos biológicos:

Si bien sabemos que desde hace años las tesis criminológicas de carácter determinista como la del “Hombre delincuente” de César Lombroso están desacreditadas, no se puede desconocer que la biología del ser humano es un factor importante, que unido a un contexto medio ambiental puede influenciar importantemente el comportamiento de este.

Algunos autores si bien entienden que el factor ambiental tiene importancia en el desarrollo de conductas sexuales agresivas, consideran que la herencia genética contribuye al surgimiento de violencia sexual como no sexual⁹⁹.

⁹⁹ HUNTER, J.; FIGUEREDO, A.; MALAMUTH, N. y BECKER, J. (2003). Juvenile sex offenders: toward the development of a typology. Sexual Abuse: A

Debido a que algunos factores biológicos influyen en el desarrollo de una personalidad violenta, antisocial o delictiva, las agresiones sexuales también pueden tener una base biológica. Aproximadamente el 33% de los jóvenes agresores sexuales tienen algún tipo de discapacidad neurológica.¹⁰⁰

Dentro de este contexto es menester aclarar que, tal como lo ha establecido la psiquiatría, tanto en la agresión como en el sexo actúan los mismos sustratos neuronales, MARSHALL señala que las conexiones neuronales dentro de estas áreas tienen una notable similitud y los esteroides que activan la agresión también activan el sexo. Así, los factores biológicos obligan al hombre durante su etapa de crecimiento a aprender a separar e inhibir la agresión en el contexto sexual; la dificultad aumenta cuando los niveles de esteroides sexuales son anormalmente elevados.¹⁰¹ De esto SANCHÉZ y SIRIA diagnostican que la gran susceptibilidad para cometer agresiones sexuales durante la minoría de edad, estriba en que es en los primeros años de la adolescencia cuando se ha de aprender a expresar y canalizar el sexo y la agresión, en un momento que, al mismo tiempo, aumentan los niveles hormonales, la actividad sexual y el comportamiento agresivo.¹⁰² Situación que no se puede desconocer al momento de determinar la culpabilidad de un menor, porque todo este proceso de cambios hormonales

Journal of Research and Treatment, 15(1) 27-48. Citado en: SANCHEZ, N. Op. Cit. 4.

¹⁰⁰ CAMP, C.; SALAZAR, L.; DICLEMENTE, R. y WINGOOD, G. (2005). Adolescent sex offenders. En: Gullota, T. y Adams, G. Handbook of adolescent behavioral problems. New York: Springer. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. 2

¹⁰¹ MARSHALL, W. (2001). Op.cit. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

¹⁰² SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

y neurológicos conllevan un menor control de impulsos que en el caso del adulto.

Siguiendo esta línea, MARSHALL considera que la testosterona es la hormona sexual más importante en los varones y recuerda que las primeras teorías biológicas ya hablaban de elevados niveles de testosterona en los delincuentes sexuales¹⁰³. A pesar de ello, tal como señalan SANCHÉZ y SIRIA, muy pocos estudios han encontrado una relación significativa entre testosterona y agresión sexual.¹⁰⁴ Pese a que en algunas investigaciones se haya observado que, ante el descenso del nivel de testosterona, descienden el impulso y la motivación sexual¹⁰⁵, ellos mismos señalan que un cierto número de agresiones sexuales son llevadas a cabo por hombres con niveles de testosterona muy bajos e incluso castrados¹⁰⁶. En este sentido, autores como NIEHOFF apoyan la teoría de que no existe relación directa entre comportamiento antisocial y niveles elevados de testosterona. Lo único que se ha comprobado es la relación significativa entre testosterona e impaciencia, irritabilidad y facilidad para la frustración.¹⁰⁷ Es decir de modo indirecto, si estas últimas características son potenciadas con otros factores criminógenos, podría ser relevante.

Según SÁNCHEZ y SIRIA “los tratamientos de carácter biológico existentes en la actualidad son los inhibidores del deseo sexual, que

¹⁰³ MARSHALL, W. (2001). Op. Cit. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

¹⁰⁴ BARBAREE, H. y MARSHALL, W. (2008). The juvenile sex offender. New York: Guilford Press. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

¹⁰⁵ REDONDO, S. (coord). (2002). Delincuencia sexual y sociedad. Barcelona: Ariel. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

¹⁰⁶ MARSHALL, W. (2001). Op. Cit. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

¹⁰⁷ SANCHEZ, N. Op. Cit. p.2

únicamente se emplean con adultos y no con menores de edad. Según los partidarios de estos tratamientos, el uso de determinadas sustancias químicas que disminuyen el nivel de testosterona, como la *depo-provera*, disminuye los comportamientos de agresión sexual.”¹⁰⁸ Sin embargo, estos son métodos controvertidos, aún dentro del ámbito de la biología, pues como ya vimos hay autores que desacreditan la incidencia de la testosterona en el comportamiento violento de los jóvenes y por tanto no recomiendan el uso de este tratamiento, entre otros MARSHALL quien señala que los niveles de testosterona no tienen una relación directa con la comisión de delitos sexuales, por lo que la reducción de esta hormona no tendría sentido alguno para evitar agresiones de este tipo. Es más, SÁNCHEZ y SIRIA hacen la advertencia de que con este tratamiento se puede impedir la consecución de una erección, pero el impulso violento del individuo se mantiene y las fantasías sexuales, distorsiones cognitivas no disminuyen.¹⁰⁹ Por tanto, estos autores creen que incluso puede provocar un efecto criminógeno al sentirse el sujeto frustrado por no lograr la erección aún teniendo deseo sexual; procurará la penetración por otros medios y la violencia irá en aumento. Pudiendo caer en alguna de las conductas tipificadas en el artículo 365 bis del Código Penal y por cierto tampoco inhibiría al joven a cometer cualquier conducta tipificada de carácter abusivo, donde no se requiera la penetración.

Tal conclusión demuestra –a nuestro entender- lo ilusa de algunas propuestas de ex y actuales parlamentarios que cada cierto tiempo, proponían o

¹⁰⁸ *Ibíd.* p. 3

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 3

proponen como “pena ejemplar y efectiva” la castración química, como el recordado proyecto del ex diputado Maximiano Errázuriz¹¹⁰.

Además, que es peor aún, esto aplicado a los menores, como un tratamiento de castración química o uno mucho menos invasivo, los que afectarían gravemente la dignidad y el desarrollo del menor, el cual se vería dañado, quizás irreversiblemente, por actos de los cuales no es completamente culpable, debido a la especial condición en que se encontraba.

i.1) Actitudes ante al alcohol y otras drogas.

Dentro de las teorías que ponen énfasis en el elemento biológico, debemos detenernos brevemente en un aspecto que se encuentra muy presente en la adolescencia hoy en día; es decir, el alcohol y el consumo de otras drogas que alteran el actuar del individuo.

Con respecto al alcohol, hemos decidido tratarlo aquí porque los criminólogos se han preguntado si la herencia genética desempeña algún papel en la transmisión de una peculiar labilidad ante el tóxico etílico o de una forma especial de percepción de sus “cualidades”.¹¹¹

El profesor GONZÁLEZ BERENDIQUE aclara que debe descartarse la vieja noción de “heredero-alcoholismo”: el alcohol es un tóxico extraño al equipo cromosómico y por ello mal puede suponerse –sin pretender herencia de

¹¹⁰Antecedentes disponibles en :
<http://www.emol.com/noticias/nacional/2007/06/25/260460/maximiano-errazuriz-pidio-urgencia-a-proyecto-de-castracion-quimica-a-violadores.html>

¹¹¹ GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco Aurelio. Criminología. Editorial Jurídica de Chile. 2000.p.337

caracteres adquiridos- que un adicto o enfermo alcohólico comunique genéticamente su enfermedad a los descendientes.”¹¹²

En cambio, posturas más modernas señaladas por GONZÁLEZ BERENDIQUE, establecen que el apetito por el alcohol poseería un “carácter genético”; o que también conlleva un carácter transmisible ciertas peculiares formas de reacción ante el alcohol; ya sea labilidad o resistencia frente a este, según el caso o mayor capacidad de algunos para transformarse o “ascender” de bebedores excesivos a enfermos alcohólicos¹¹³.

Tal circunstancia se torna relevante en la medida que el alcohol provoque en determinado individuo una conducta desvaída, debido a la especial reacción que puede tener éste frente al consumo de cantidades, mas menos, importantes de alcohol, convirtiéndose éste en un factor criminógeno.

Al respecto, según un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), “[e]l consumo nocivo y el consumo peligroso de alcohol son factores de riesgo tanto de ser víctimas como de ser perpetradores de actos de violencia juvenil. La violencia juvenil adopta muchas formas, como intimidación, violencia de bandas, *agresiones sexuales* y agresiones en calles, bares y clubes nocturnos.”¹¹⁴

¹¹² *Ibíd.*p.337

¹¹³ *Ibíd.*p.337

¹¹⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), “Violencia juvenil y Alcohol”. OMS nota descriptiva. 2006, disponible en:

¹¹⁴ www.who.int/entity/violence_injury.../fs_youth_es.pdf. p.1

Así en concordancia y según este mismo estudio el consumo de alcohol afecta directamente a las funciones cognitivas y físicas, las que son primordiales para dar un consentimiento libre en materia sexual.

Así el consumo peligroso puede reducir el autocontrol y la capacidad de procesar la información de llegada y de evaluar los riesgos, e incrementar la labilidad emocional y la impulsividad, lo que hace a algunos bebedores más propensos a recurrir a la violencia en caso de confrontación. De la misma forma, la disminución del control físico y de la capacidad para reconocer los signos de alarma en situaciones potencialmente peligrosas puede convertir a algunos bebedores en blancos fáciles de agresores.¹¹⁵ Como sucedería en una fiesta en la que un adolescente producto de excesivo consumo de alcohol queda inconsciente y otro, también con excesivo consumo de alcohol, abusa sexualmente del primero.

Por otro lado, las creencias individuales y sociales acerca de los efectos del alcohol (por ejemplo, que aumenta la confianza y la agresividad) pueden inducir a consumirlo como preparación para la participación en actos violentos.¹¹⁶ Situación que puede implicar que el adolescente lleve a cabo sus aspiraciones de modo violento, coaccionando a su víctima a tener contacto sexual con él, dejando de lado su empatía por el otro.

En cuanto a ser víctima o testigo de actos violentos puede conducir al consumo nocivo de alcohol como mecanismo de afrontamiento o para auto-medirse. Pudiendo generar un círculo en que la víctima quede vulnerable a nuevos actos delictivos.

¹¹⁵ *Ibíd.* p.1

¹¹⁶ *Ibíd.* p. 2

El alcohol y la violencia también pueden estar relacionados a través de un factor común (por ejemplo, el trastorno de personalidad antisocial) que incrementa tanto el riesgo de beber grandes cantidades de alcohol como el de tener comportamientos violentos. Así, tal como ya señalamos, la violencia y el impulso sexual están peligrosamente asociados en un individuo en desarrollo como el adolescente.

Otro aspecto relevante es que el consumo peligroso y el consumo nocivo de alcohol pueden convertirse en factores de riesgo para la violencia infligida por la pareja, situación que puede darse en las relaciones entre jóvenes, con el peligro de llegar incluso a agresiones sexuales.

Por último, la exposición intrauterina al alcohol (que causa los cuadros denominados «*síndrome fetal debido al alcohol*» o «*efectos del alcohol sobre el feto*») se asocia a problemas comportamentales y sociales, incluidas conductas delictivas.¹¹⁷ Factores que pueden repercutir en la vida futura del menor, llevándolo a diversas conductas antisociales.

Si bien no se puede negar que el consumo de alcohol y la reacción frente a este no sólo obedece a factores biológicos, sino que también depende de factores ambientales y psicológicos del individuo, tampoco se puede desconocer los efectos de carácter bioquímicos.

Cabe observar que según la medicina, lo más grave es el “efecto del etanol, las impurezas y congéneres en el sistema nervioso central. La absorción de pequeñas cantidades una depresión leve del SNC (Sistema Nervioso Central), traducida -entre otros aspectos- en euforia, desinhibición, aumento del deseo sexual. La ingesta en grandes cantidades, con impacto en los núcleos

¹¹⁷ *Ibíd.* p. 2

centrales del cerebro, cerebelo, sustancia reticular, bulbo raquídeo, producirá una depresión marcada del SNS (Sistema Nervioso Somático) y efectos graves (mayor desinhibición psicomotora, descoordinación kinética, trastornos perceptuales) que pueden llevar al coma y a la muerte”.¹¹⁸ Efectos que pueden desencadenar en alguna conducta sexual ofensiva, si estamos frente a un individuo que tiene otros factores que influyan en su comportamiento en aquella dirección.

Una realidad aún peor generan las drogas, cuyos efectos va depender no sólo de las características del individuo que la consume, sino que también, del tipo de droga que se consume, ya sea del tipo opiáceo, cocaína, alucinógenos, cannabis, tranquilizantes, estimulantes, etc. Por ejemplo, las dosis excesivas de barbitúricos pueden implicar deterioro del juicio, pérdida del control emocional, delirios, episodios psicóticos, muertes o suicidios, mientras que dosis excesivas de estimulantes pueden producir alucinaciones, ilusiones y trastornos psiquiátricos graves, etc. ¹¹⁹Es en este contexto donde el consumo excesivo puede tener una relación directa con la comisión de delitos sexuales por parte de los menores, ya sea porque; la droga produjo un daño intrínseco en la psiquis del sujeto o potenció elementos patológicos, fueran ellos congénitos o producto de una socialización inadecuada.¹²⁰

Situación que no deja de ser relevante, debido a la alta presencia que tienen las drogas hoy en día, especialmente en los adolescentes.

Es dable señalar que según estudios internacionales, varía ampliamente la importancia sobre abuso de sustancias como un factor en la ofensa sexual

¹¹⁸ GONZÁLEZ B. Op. Cit. p. 420

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 424

¹²⁰ *Ibíd.* P. 424

entre los jóvenes. LIGHTFOOT Y BARBAREE informaron que las tasas en las cuales se encontró que los ofensores sexuales juveniles estaban bajo la influencia de las drogas o el alcohol en el momento en el que cometieron sus ofensas variaban del 3,4% hasta el 72%.¹²¹ Sin embargo, según DÍAZ MORFA el abuso de sustancias ha sido identificado como un problema para muchos jóvenes que han ofendido sexualmente¹²², por lo que el papel del abuso de sustancias en la ofensa sexual permanece incierto. LIGHTFOOT Y BARBAREE terminaron por señalar que las evaluaciones de los ofensores sexuales juveniles deberían diferenciar los problemas de abuso de sustancias de la experimentación “normativa” que es parte del proceso del desarrollo. Según DÍAZ MORFA; “parece que la evidencia es insuficiente para identificar el abuso de sustancias como un factor causal en el desarrollo de la conducta sexualmente abusiva, aunque el abuso de sustancias tiene un potencial”¹²³

En cualquier caso, de existir una relación entre uso de drogas y delitos sexuales, la reacción a las drogas no dependerá sólo de los factores biológicos

¹²¹ LIGHTFOOT, L.O., and BARBAREE, H.E. 1993. The relationship between substance use and abuse and sexual offending in adolescents. In *The Juvenile Sex Offender*, edited by H.E. BARBAREE, W.L. MARSHALL, and S.M. HUDSON. New York, NY: Guilford Press, pp. 203-224. Citados por: DÍAZ, J. Op, Cit, p.103

¹²² Ver: KAHN, T.J., and CHAMBERS, H.J. 1991. Assessing reoffense risk with juvenile sexual offenders. *Child Welfare* LXX(3):333-345. y MINER, M.H., SIEKERT, G.P., and Ackland, M.A. 1997. *Evaluation: Juvenile Sex Offender Treatment Program, Minnesota Correctional Facility—Sauk Centre. Final report—Biennium 1995- 1997*. Minneapolis, MN: University of Minnesota, Department of Family Practice and Community Health, Program in Human Sexuality. Citados por: DÍAZ, J. Op, Cit, p.103

¹²³ DÍAZ MORFA. Op. Cit. p. 104

del individuo que consume, ni de los efectos que sustancias como las drogas puedan tener en el sistema neurológico del adolescente, sino que sus efectos dependerá también de una mixtura con los factores psicológicos y sociológicos que influyan en el individuo.

II. Aspectos psicológicos.

Sin duda los aspectos psicológicos juegan un rol importante en la percepción de la sexualidad que tenga el victimario, de sí mismo y de cómo debe relacionarse con los demás, incluidas las víctimas potenciales.

En el plano descriptivo algunos autores, entre ellos CAMP, SALAZAR, DICLEMENTE y WINGOOD aseguran que los jóvenes agresores sexuales suelen manifestar bajo control, o trastorno, del control de los impulsos, habilidades cognitivas limitadas, bajo coeficiente intelectual -puntuando en torno a 90 (teniendo en cuenta que la puntuación media de la población general es de 100)-, baja concentración y búsqueda de sensaciones¹²⁴. Estos desórdenes de comportamiento y cognitivos son comúnmente diagnosticados en niños y adolescentes que abusan sexualmente de otros menores, pero mucho más cuando violan a mujeres adultas.¹²⁵ Lo que se podría explicar, intuitivamente, porque el menor requiere una mayor grado de violencia para someter a una mujer adulta y no así, necesariamente, para someter sexualmente a una menor que él, en donde no tiene que sobrepasar abruptamente el freno a su lado

¹²⁴ CAMP, C.; SALAZAR, L.; DICLEMENTE, R. y WINGOOD, G. (2005). Adolescent sex offenders. En: Gullota, T. y Adams, G. Handbook of adolescent behavioral problems. New York: Springer. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.3

¹²⁵ SANCHEZ, N. Op. Cit. p.3

violento que se le presenta. Por esto quienes pueden pasar aquel umbral eventualmente también podrán ampliar el espectro de potenciales víctimas.

Otro aspecto que se ha remarcado en las investigaciones es que el desarrollo de habilidades sociales suele ser escaso, lo que genera soledad y provoca que el sujeto obligue a mujeres y niños a satisfacer sus necesidades sexuales.¹²⁶ Situación que puede ser impulsada por factores como las drogas o el alcohol, consumidas por un menor de personalidad retraída y que deja de inhibir sus impulsos gracias a estas sustancias.

En un sentido similar, BORDUIN, HENGGELER, BLASKE Y STEIN afirman que “los adolescentes agresores sexuales tienen dificultades en mantener relaciones interpersonales cercanas, están aislados de sus pares y muestran dificultades de comportamiento y académicas.”¹²⁷

Las investigaciones citadas por DÍAZ MORFA documentan repetidamente que los jóvenes con problemas de conducta sexual tienen déficits significativos en competencia social.¹²⁸ Dentro de estos cita los estudios

¹²⁶ Camp, C y otros. Citado por: SANCHEZ Op. Cit. p.3

¹²⁷ BORDUIN, C.; HENGGELER, S.; BLASKE, D. y STEIN, R. (1996). Multisystemic treatment of adolescent sexual offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 3(1), 105-113. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.3

¹²⁸ Ver: BECKER, J.V. 1998. What we know about the characteristics and treatment of adolescents who have committed sexual offenses. *Child Maltreatment* 3(4):317-329. y Knight, R.A., and Prentky, R.A. 1993. Exploring characteristics for classifying juvenile sex offenders. In *The Juvenile Sex Offender*, edited by H.E. Barbaree, W.L. Marshall, and S.M. Hudson. New York, NY: Guilford Press, pp. 45-83. Citados por: DÍAZ, J. Op, Cit, p.97

realizados por FEHRENBACH; KATZ; MINER Y CRIMMINS;¹²⁹ en donde diagnostican que las habilidades sociales inadecuadas, pobres relaciones con los compañeros, y el aislamiento social están entre las dificultades identificadas en estos jóvenes. Por ejemplo KATZ comparó tres grupos: (a)“molestadores de niños” adolescentes, (b)delincuentes juveniles que no habían cometido ofensas sexuales, (c)y un grupo de comparación reclutado de un instituto local, en varias medidas de competencia social.

De aquel estudio desprendió que los jóvenes que habían cometido ofensas de molestia de niños estaban socialmente más inadaptados que cualquiera de los otros grupos y evidenciaron más ansiedad social y miedo a las interacciones heterosexuales. Este mismo aspecto es que los hace aislarse del resto y ser inexperimentados en cuanto a las relaciones con los integrantes del sexo opuesto, de tal modo que una vez que el menor siente deseo sexual por las mujeres de su edad, por ejemplo, no sabe cómo lograr un contacto amoroso con ellas para lograr una relación consentida, lo que provoca ansiedad y frustración, que pueden desencadenar en una agresión para saciar su apetito sexual.

¹²⁹ Ver: FEHRENBACH, P.A., SMITH, W., MONASTERSKY, C., and Deisher, R.W.v1986. Adolescent sexual offenders: Offender and offenses characteristics . American Journal of Orthopsychiatry 56(2):225-233; Miner, M.H., and Crimmins, C.L.S. 1995. Adolescent sex offenders: Issues of etiology and risk factors. In The Sex Offender: Vol. 1. Corrections, Treatment and Legal Practice, edited by B.K. Schwartz and H.R. Cellini. Kingston, NJ: Civic Research Institute, pp. 9.1-9.15.; y Katz, R.C. 1990. Psychosocial adjustment in adolescent child molesters. Child Abuse and Neglect 14(4):567-575. Citado en DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.97

Confirmando esto, MINER y CRIMMINS encontraron que los jóvenes que habían ofendido sexualmente tenían muy pocos apegos con compañeros y sentían menos apego positivo hacia sus colegios, comparados con otros jóvenes delincuentes y jóvenes no delincuentes. Sus investigaciones apuntaron hacia “la primacía del aislamiento y el pobre ajuste social como características distintivas de los ofensores sexuales adolescentes, indicando que las intervenciones que maximizan la capacidad para construir apegos interpersonales afecta potencialmente a la propensión para comprometerse en conductas sexualmente abusivas y agresivas”.¹³⁰ Lo que caracteriza en parte a un adolescente retraído y con pobre relaciones sociales, por encontrarse ajeno al círculo que lo rodea, situación que consecuentemente le traerá problemas para relacionarse con el sexo opuesto y lograr una relación consentida.

Por otro lado, la autoestima parece ser un factor fundamental en los problemas sociales de los delincuentes sexuales.¹³¹ Su carencia o unos niveles bajos de autoestima influyen en la violencia sexual al llevar a los agresores a encauzar sus tendencias violentas hacia objetivos que perciben como débiles e indefensos. Situación acorde con el perfil descrito del joven retraído y con problemas para relacionarse socialmente, lo que a su vez puede estar generado o generar por un problema de autoestima por la incapacidad para lograr relaciones exitosas con sus pares.

En otro ámbito, pero conectado con el perfil de personalidad en parte dilucidado, el joven agresor posee un nivel más bajo de empatía, lo que le permite no percibir el dolor de la víctima al momento de la perpetración del delito sexual o sentir culpa posteriormente de efectuado el hecho. En tal sentido

¹³⁰ MINER, M.H., and CRIMMINS, Op Cit. Citado en DÍAZ, J. Op, Cit, p.97

¹³¹ MARSHALL. Op. Cit. SÁNCHEZ y SIRIA.Op.Cit, p. 3

SÁNCHEZ y SIRIA señalan que “a pesar de las divergencias,¹³² existen niveles más bajos de empatía en agresores sexuales que en sujetos no agresores sexuales¹³³, y que este déficit puede tener una función protectora para el propio agresor, ya que reduce sus sentimientos negativos tras cometer el delito y facilita que lo vuelva a repetir.”¹³⁴ Esta apatía puede presentarse como un método de defensa al rechazo o fracaso para mantener relaciones interpersonales con sus pares, transformando la frustración en resentimiento.

ii.1) **Funcionamiento Cognitivo.**

El elemento cognitivo del menor ya posee características especiales atendida la etapa de desarrollo en que se encuentra éste, pero se ha investigado una posible carencia en este aspecto en los ofensores sexuales juveniles con respecto a los jóvenes que no han cometido delitos sexuales. Según DÍAZ MORFA “[l]os estudios típicamente informan que como grupo, los

¹³² Ver: Redondo, S. (coord). (2002). Delincuencia sexual y sociedad. Barcelona: Ariel. y McCrady, F. (2005). Empathy and the adolescent sexual offender: An examination of the specificity of empathy deficits and the relationship between empathy and distorted thought. Dissertation Abstracts International: Section B: The Sciences and Engineering, 66(5-B). Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.3

¹³³ Lindsey, R.; Carlozzi, A. y Eells, G. (2001). Differences in the Dispositional Empathy of juvenile sex offenders, non-sex offending delinquent juveniles, and non-delinquent juveniles. Journal of Interpersonal Violence, 16(6), 510-522. Citado por: SANCHEZ, N. Op. Cit. p.3

¹³⁴ SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.3

jóvenes que ofenden sexualmente experimentan dificultades académicas¹³⁵. Por ejemplo, KAHN y CHAMBERS encontraron que más de la mitad de los jóvenes en su estudio habían evidenciado al menos uno de los tres tipos de dificultad en el colegio: Conducta disruptiva (destructiva) (53%), absentismo escolar (cerca del 30%) o incapacidad para aprender (39%).¹³⁶ Aspectos que parecieran no ser relevantes pero que se tiende a repetir en las investigaciones.

El psiquiatra DÍAZ MORFA revisa una serie de investigaciones que tienden a concluir que existe una diferencia intelectual entre los jóvenes que han cometido delitos sexuales y quienes no, estableciendo a los deterioros intelectuales y cognitivos como factores relevantes que deberían ser estudiados. Entre las investigaciones que cita están las consideraciones y conclusiones que devienen de las investigaciones hechas por LEWIS, SHANOK, Y PINCUS “los cuales investigaron los posibles déficits neurológicos en un grupo de ofensores sexuales juveniles y un grupo de comparación de jóvenes que habían cometido ofensas con asalto no sexual pero violentamente”.

¹³⁷ En el estudio citado “se administraron pruebas psicológicas, y se efectuaron

¹³⁵ Ver: FEHRENBACH y Otros. Op. Cit.; KAHN, T.J., and CHAMBERS, H.J. 1991. Assessing reoffense risk with juvenile sexual offenders. *Child Welfare* LXX(3):333-345. y Miner, M.H., Siekert, G.P., and Ackland, M.A. 1997. Evaluation: Juvenile Sex Offender Treatment Program, Minnesota Correctional Facility—Sauk Centre. Final report—Biennium 1995- 1997. Minneapolis, MN: University of Minnesota, Department of Family Practice and Community Health, Program in Human Sexuality. • Morenz, B., and Becker, J.V. 1995. citados por SANCHEZ, N. Op. Cit. p.3

¹³⁶ DÍAZ MORFA. Op. Cit. p.102

¹³⁷ Ferrara, M.L., and McDonald, S. 1996. Treatment of the Juvenile Sex Offender: Neurological and Psychiatric Impairments. Northvale, NJ: Jason Aronson. Citado en DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.102

electroencefalogramas del sueño (EEG's) cuando fue posible. Los grupos no difirieron en la escala completa, verbal, o las puntuaciones de ejecución de su Coeficiente Intelectual. Los ofensores sexuales evidenciaron mayores dificultades en la prueba de lectura que los del grupo de comparación (5,59 versus 3,95 por debajo del nivel del curso, respectivamente). Los resultados del EEG's revelaron la evidencia más directa de los deterioros neurológicos entre los jóvenes de ambos grupos: 23,5% de los ofensores sexuales y 3,3% del grupo comparación evidenciaron un EEG's groseramente anormal o convulsiones epilépticas tipo gran mal.¹³⁸

Otro aspecto tomado en cuenta por DÍAZ MORFA es la incidencia de los trastornos de déficit atencional en jóvenes que han cometido delitos sexuales. Para graficar esto cita algunas investigaciones realizadas por KAVOUSSI, KAPLAN, y BECKER en las cuales de un universo de 58 jóvenes "evaluados o tratados en un programa para ofensores sexuales juveniles ambulatorios, aproximadamente el 7% satisficieron todos los criterios diagnósticos para el trastorno del déficit de atención como se especificaba en el *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Health Disorders, 3rd. Edition* (DSM-III). Casi el 35% de los jóvenes evidenciaron algunos síntomas de un trastorno del déficit de atención"¹³⁹. Por otro lado también cita las investigaciones realizadas por , FERRARA y MCDONALD quienes observaron que los delincuentes juveniles poseían dos áreas de deterioro: (1) dificultades con las funciones ejecutivas; tales como planear, abstracción, inhibición de los impulsos inapropiados, y (2) flexibilidad cognitiva; y dificultades con el lenguaje receptivo

¹³⁸ DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.102

¹³⁹ KAVOUSSI, R.J., KAPLAN, M., and BECKER, J.V. 1988. Psychiatric diagnoses in adolescent sex offenders. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 27(2):241-243. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.102

y expresivo¹⁴⁰. Pese a esto los estudios revisados por DÍAZ MORFA indican que no hay una diferencia significativa entre los jóvenes que cometieron delitos de carácter sexual y aquellos que cometieron delitos que no poseían este carácter, por lo que pareciera que nos encontramos frente a una características más bien común a los delincuentes juveniles, que sólo relevante en los delincuentes sexuales.

Algunos investigadores se preocupan de las consecuencias prácticas que puede significar la presencia de un delincuente juvenil neurológicamente deteriorado, entre ellos FERRARA Y MCDONALD quienes establecieron la necesidad de una detección oportuna de los delincuente neurológicamente deteriorado pues si no logra ser detectado no logrará el beneficio [óptimo] del tratamiento debido a problemas en la concentración, comprensión, y memoria, esto basado en que a través de sus estudios concluyeron que entre un cuarto y un tercio de los ofensores sexuales juveniles pueden tener alguna forma de deterioro neurológico.¹⁴¹.

Empero, la real relevancia de estar frente a un joven con distorsiones cognitiva o neurológicas radica en lo expuesto por SÁNCHEZ y SIRIA quienes señalan: “las distorsiones cognitivas son comunes en estos individuos. Los delincuentes sexuales suelen interpretar erróneamente el comportamiento de sus víctimas: ven en los niños deseos de mantener relaciones con adultos, creen que la actitud es provocativa, que el contacto sexual no les va a ocasionar ningún daño, que las mujeres desean ser dominadas y violadas, etc.”¹⁴² Situación que puede ser exacerbada en la adolescencia, debido a la

¹⁴⁰ FERRARA Y MCDONALD. Op. Cit. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.102

¹⁴¹ DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.103

¹⁴² SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.3

inexperiencia sexual e incluso inexperiencia en las relaciones interpersonales, por lo que los mensajes comunicativos pueden ser comprendidos de manera errónea, de tal forma que por una lado al verse frustrada una relación que pretendía entablar, la lleve a cabo de forma violenta o crea que la violencia es el método que desea la víctima.

ii.2) Trastornos Psiquiátricos

En el ámbito del Derecho Penal no es irrelevante el estado mental del victimario, toda vez que puede ser declarado inimputable si se logra comprobar en juicio que posee alguna enfermedad de carácter psiquiátrico de tal envergadura que es imposible tratarlo como un ser dotado de plena libertad para responder por sus actos, es decir, estaríamos frente a una causa de inculpabilidad., tal como lo establece el Artículo 10 del Código Penal al establecer: *“Están exentos de responsabilidad criminal:*

1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.”

Sin embargo, hay que dejar en claro que obviamente no cualquier trastorno psiquiátrico convierte al sujeto en inimputable, sino aquellos que en términos jurídicos pueden ser consideradas “enfermedades” que transforman al hombre en “loco o demente”

Las investigaciones al respecto han sido algo contradictorias en determinar si existe un trastorno de carácter psiquiátrico en los ofensores sexuales juveniles. Según SÁNCHEZ y SIRIA muy pocos agresores cumplen los criterios para determinar de algún trastorno psiquiátrico, pero se encargan

de aclarar que esto no impide que algunos padezcan algún trastorno de la personalidad, según MARSHALL hasta el 50% de quienes agreden a menores que no son de su familia pueden cumplir los criterios de pedofilia¹⁴³.

Desde otra óptica, las investigaciones revisadas por DÍAZ MORFA señalan que “los diagnósticos de trastorno de la conducta y los rasgos antisociales frecuentemente han sido observados en poblaciones de jóvenes que han ofendido sexualmente¹⁴⁴. Otros estudios también han descrito características conductuales y de la personalidad en jóvenes que han ofendido sexualmente, tales como problemas de control del impulso e impulsividad en el estilo de vida¹⁴⁵. Los estudios también han encontrado tasas más altas de depresión en jóvenes que han ofendido sexualmente que en la población juvenil en general.¹⁴⁶ Sin embargo, son patologías que no logran determinar completamente el actuar de un individuo y por ende carecen de relevancia para declararlos inimputables.

¹⁴³ MARSHALL. Op. Cit. Citado por: SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.3

¹⁴⁴ Ver: KAVOUSSI, R.J., KAPLAN, M., and BECKER, J.V. 1988. Psychiatric diagnoses in adolescent sex offenders. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 27(2):241-243. y MINER, SIEKERT, y ACKLAND. Op.cit. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.103

¹⁴⁵ Ver: PRENTKY, R., HARRIS, B., FRIZZELL, K., and RIGHTHAND, S. 2000. An actuarial procedure for assessing risk in juvenile sex offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* 12(2):71- 93. Op. Cit. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.103

¹⁴⁶ Ver: BECKER, J.V., and HUNTER, J.A. 1997. Understanding and treating child and adolescent sexual offenders. In *Advances in Clinical Child Psychology*, vol. 19, edited by T.H. Ollendick and R.J. Prinz. New York, NY: Plenum Press, pp. 177-197. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.103

Situación diferente se puede encontrar si estamos frente a un joven esquizofrénico, y que por ende no domina su voluntad. En este sentido CARPENTER, PEED, y EASTMAN encontraron que los ofensores sexuales juveniles cuyas víctimas eran niños más jóvenes tuvieron puntuaciones más altas en las escalas de esquizofrenia que aquellos cuyas víctimas eran sus compañeros de edad.¹⁴⁷

ii.3) Factores relativos a la sexualidad

Una materia importante de revisar, sin duda, es la relativa al desarrollo sexual que se presenta en los adolescentes que cometen algún delito de connotación sexual. Para su análisis revisaremos diversos estudios internacionales, principalmente citados por los psiquiatras DÍAZ MORFA, SÁNCHEZ y SIRIA -tal como se ha ido efectuando en este trabajo- quienes en sus investigaciones poseen una gran cantidad de referencia bibliográficas que nos pueden ayudar a entender el fenómeno.

Evidentemente los jóvenes que cometen delitos sexuales en alguna parte de su desarrollo psicosexual presentan alguna característica anómala que da atisbos de un potencial peligro.

Siguiendo con sus análisis descriptivos SÁNCHEZ y SIRIA citan un estudio realizado por HART-KERKHOFFS sobre menores agresores sexuales, donde este último encontró que el 60% había recibido una educación sexual

¹⁴⁷ Ver: CARPENTER, D.R., PEED, S.F., and EASTMAN, B. 1995. Personality characteristics of adolescent sexual offenders: A pilot study. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment* 7(3):195- 203. Op. Cit. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.103

insuficiente, el 16% tenía fantasías sexuales desviadas y más del 40% mostraba actitudes sexuales desviadas¹⁴⁸. Por su lado BORDUIN, HENGGELER, BLASKE y STEIN afirman que el comportamiento sexual desviado durante la adolescencia se asocia con el desarrollo de serias alteraciones sexuales en la edad adulta.¹⁴⁹ Relación que es avalada por otros estudios en los que se observa que el 58% de personas parafílicas admite haber padecido intereses sexuales desviados antes de los 18 años¹⁵⁰; o que alrededor del 50% de agresores sexuales adultos habían mostrado algún tipo de comportamiento sexual desviado durante su adolescencia¹⁵¹. Esto nos sitúa, como era de esperar, en un contexto de un desarrollo sexual anormal que viene desde una deficiente educación sexual hasta impulsos comúnmente considerados como desviados, los que sin un tratamiento adecuado inevitablemente desencadenarán en una vida sexual adulta desviada.

¹⁴⁸ Ver: Hart-KERKHOFFS, L.; DORELEIJERS, T.; JANSEN, L.; VAN WIJK, A. Y BULLENS, R. (2009). Offense related characteristics and psychosexual development of juvenile sex offenders. *Child Adolescent Psychiatry Ment Health*, 3. Citado en : SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.4

¹⁴⁹ Ver: BORDUIN, C.; HENGGELER, S.; BLASKE, D. y STEIN, R. (1996). Multisystemic treatment of adolescent sexual offenders. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 3(1), 105-113. Citado en : SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.4

¹⁵⁰ Ver: NISBET, I.; WILSON, P. y SMALLBONE, S. (2004). A prospective longitudinal study of sexual recidivism among adolescent sex offenders. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 16(3) 223-234. Citado en : SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.4

¹⁵¹ Ver: POWERS-SAWYER, A. y MINER, M. (2009). Actuarial prediction of juvenile recidivism: the static variables of the Juvenile Sex Offender Assessment Protocol-II (J-SOAP-II). *Sexual Offender Treatment*, 4(2). Citado en : SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.4

Asimismo, otros estudios revisados por DÍAZ MORFA señalan que con respecto al ámbito de la experiencia sexual que poseen los jóvenes agresores, estos generalmente han tenido experiencias sexuales consentidas¹⁵². Incluso esta investigación sugiere que algunas veces sus experiencias han excedido las experiencias de los jóvenes control que no han cometido ofensas sexuales. Lo que contradice en parte el perfil del joven retraído y problemas para socializar que se había caracterizado en el análisis de los aspectos psicológicos, pero que a su vez nos demuestra la diversidad de perfiles que pueden estar detrás de una agresión sexual.

En este contexto y conciliándose en parte con lo expuesto sobre el perfil del joven con problemas para socializar, también se ha considerado como un factor presente alguna disfunción sexual como precedente, más comúnmente la impotencia o la eyaculación precoz. Situación que le traería frustración al adolescente y con ello baja de autoestima, que se refleja en el miedo al rechazo por parte de sus parejas sexuales.

Por otro lado, un porcentaje los jóvenes ofensores tiende percibir de manera desviada el sexo, así da cuenta un estudio de 160 ofensores sexuales juveniles descritos por 90 colaboradores independientes de 30 Estados (de Estados Unidos), encontró que sólo alrededor de un tercio de los jóvenes percibieron el sexo como una forma de demostrar amor o cuidado por otra persona; otros percibieron el sexo como una forma de sentir poder y control

¹⁵² Ver: KNIGHT, R.A., and PRENTKY, R.A. 1993. Exploring characteristics for classifying juvenile sex offenders. In *The Juvenile Sex Offender*, edited by H.E. Barbaree, W.L. Marshall, and S.M. Hudson. New York, NY: Guilford Press, pp. 45-83. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.101

(23,5%), para disipar la rabia (9,4%) o herir, degradar o castigar (8,4%).¹⁵³ Estudios que dan cuenta de una concepción del sexo como algo violento.

En lo que respecta al desarrollo sexual este estará marcado por el aprendizaje directo o producto de observaciones que haga el menor de su entorno. Así para un estudio realizado por ECHEBURÚA y GUERRICAECHEVARRÍA “las experiencias de aprendizaje observacional y directas en la infancia y adolescencia son el factor de mayor interés; sobre todo las primeras fantasías y excitaciones eróticas. Si éstas están asociadas casualmente o mediante coacción a estímulos atípicos, pueden configurar la orientación sexual futura.”¹⁵⁴ En este contexto estos autores hacen referencia a que “la asociación reiterada de las fantasías parafilicas con el valor gratificante de la masturbación, especialmente en los períodos críticos del desarrollo como son la segunda infancia y la adolescencia, da lugar a un proceso de condicionamiento que puede ser responsable de la atracción sexual parafilica en la vida adulta”¹⁵⁵. Esta conducta desviada se tiende a mantener en el tiempo producto del recuerdo activo de las fantasías anómalas unida a la masturbación enfocada en una mezcla de aspectos positivos (placer) y un olvido de los negativos (miedo a ser detenido o resistencia de la víctima).¹⁵⁶ Con respecto a este aspecto radica la importancia de la educación sexual que

¹⁵³ Ver: RYAN, G., MIYOSHI, T.J., METZNER, J.L., KRUGMAN, R.D., and FRYER, G.E. 1996. Trends in a national sample of sexually abusive youths. *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* 35(1):17-25. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.101

¹⁵⁴ ECHEBURÚA, E. y GUERRICAECHEVARRÍA, C. (2009). *Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Un enfoque clínico*. Barcelona: Ariel. Citado en : SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit.p.4

¹⁵⁵ *Ibíd.*p.4

¹⁵⁶ *Ibíd.*p.4

reciba el menor y la oportuna recepción de los mensajes que denoten una conducta desviada del menor en su hogar.

Siguiendo la línea expuesta, análisis realizados respecto de estudiantes de colegios mayores masculinos y ofensores sexuales adultos, han mostrado que la excitación sexual desviada está fuertemente asociada con la conducta sexualmente coercitiva.¹⁵⁷ Estos estudios tienden a demostrar la conexión entre sexo y violencia que muchos menores no logran separar.

Los psiquiatras SÁNCHEZ y SIRIA señalan que mientras “muchos de ellos sólo se sienten capaces de relacionarse con personas más débiles y por ende, a sentirse emocionalmente congruentes únicamente con niños. Las fantasías sexuales de estos adolescentes pueden incorporar escenas de niños sobre los que pueden ejercer poder y control. Otros adolescentes pueden sentirse coléricos a causa de cómo los tratan sus padres, culpar a las mujeres de su carencia de habilidades interpersonales e incorporar la agresión contra ellas en sus fantasías sexuales, las cuales pueden volverse más crueles con el tiempo”¹⁵⁸. Lo que deviene en la mayor parte de los adolescentes ofensores utilizan el sexo como una estrategia de afrontamiento de problemas emocionales.

Los patrones reconocidos como desviaciones sexuales suelen tornarse todavía más relevantes, ya que, tras las investigaciones revisadas SÁNCHEZ y SIRIA aparece como un factor significativo en la reincidencia de los ofensores sexuales juveniles, demostración de esto hacen las investigaciones realizadas por SCHRAM, MILLOY y ROWE, quienes de una muestra de 197 ofensores

¹⁵⁷ BARBAREE, H. y MARSHALL, W. (2008). Op. Cit. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.101

¹⁵⁸ SÁNCHEZ y SIRIA. Op. Cit. p.4

sexuales juveniles, encontraron que los reincidentes sexuales, era significativamente más probable que tuvieran patrones desviados de excitación sexual que otros ofensores¹⁵⁹. En igual sentido, KAHN y CHAMBERS encontraron una tendencia que asociaba la excitación desviada y la reincidencia, aunque menos significativa que en la investigación anterior.

A este respecto hay que tomar en cuenta qué consideran como excitación desviada estas investigaciones, pues con este concepto hacen referencia a conductas parafílicas, por tanto están hablando principalmente de ofensores sexuales que se centran en niños, es decir, pedofilia (en especial orientada hacia género masculino), pero quienes cometen conductas sexuales abusivas no sólo pertenecen a este segmento sino que el grupo es heterogéneo.

Finalmente en este punto, debemos dejar claro que hay que ser cuidadoso al considerar qué es aquello que estas investigaciones consideran como patrones desviados de excitación sexual, porque recordemos que dentro de las conductas penalmente relevantes, al menos de *lege ferenda* -tomando en cuenta que aún hay resabios conservadores en nuestro Código Penal- se deben dejar de lado consideraciones morales y/o conservadoras, tales como la connotación negativa de la homosexualidad; pues ni la ciencia ha demostrado una relación directa entre esta y las parafílicas o agresiones sexuales, ni tampoco en un Estado que respete el libre desarrollo del individuo, puede estigmatizar condiciones que sólo le competen a él.

¹⁵⁹ *Ibíd.* 4

III. Factores socio-culturales

Como señalamos en los puntos anteriores, las explicaciones criminológicas pueden poner énfasis en diversos factores, ya sean biológicos, psicológicos o sociológicos.

Una correcta comprensión de la conducta posible del ser humano (si es posible hacer tal afirmación) nos lleva a concluir que estos factores interactúan para bien o para mal. Con respecto a esto, MARSHALL considera que aunque la agresión sexual tenga sustratos biológicos es obvio que el aprendizaje social pone frenos a la agresión en los hombres y la mayoría de las personas adquieren este control. De esta forma la interacción de los factores puede reducir o aumentar la posibilidad de cometer un acto delictivo.

Las teorías sociocriminogenéticas, en mayor o menor grado, acentúan la importancia de los factores ambientales en la génesis del comportamiento criminal y algunas minusvaloran, consecuentemente, los componentes biológicos o psíquicos.

Partiremos por ahondar en el ambiente social más próximo para luego poner énfasis en la sociedad de manera general.

iii.1) Factores familiares

Un factor determinante en el desarrollo de un individuo es su entorno familiar, será de éste donde aprenda el núcleo de su comportamiento, las reglas y la manera de interactuar con su entorno. Para el aspecto del desarrollo sexual también serán sumamente importantes los factores familiares que rodean al niño.

Los factores familiares que juegan un rol preponderante para la actuación de un niño/adolescente que comete delitos sexuales van desde la condición socio-económica de pobreza del menor hasta las relaciones padres e hijos que se pueden dar al interior de la familia.

En este último sentido, ya habíamos señalado la importancia de estos factores, pues los estudios hablan de que la génesis de un comportamiento sexual delictivo puede estar basado en una relación paterno-filial pobre y de escaso apego. Sobre esto MARSHALL señala que “la calidad de la relación entre padres e hijos proporciona al niño un modelo para futuras relaciones. Si esta calidad es pobre (rechazo, insensibilidad a las necesidades del niño, poco o nada de afecto y respuestas incoherentes al comportamiento de los hijos), el niño desarrollará un estilo evitativo al relacionarse con otras personas.”¹⁶⁰ Las consecuencias de estas relaciones distantes radican en la incapacidad del menor, una vez convertido en adolescente o adulto, para mostrar vínculos amorosos o enamorarse de sus pares. En definitiva, según lo planteado por este autor, un vínculo emocional inseguro entre padre e hijo vuelve vulnerable a este último, convirtiéndole en un sujeto falto de autoestima y de habilidades de afrontamiento y resolución de problemas, egocéntrico y con escasas y pobres relaciones sociales, debido a la falta de empatía.¹⁶¹ Todo ello hace que sea incapaz de satisfacer sus necesidades sexuales y afectivas de forma adecuada. Frustración que unida a la falta de empatía pueden ser un factor clave para un agresor sexual.

Asimismo, otros factores identificados son los establecidos por PITHERS quien investigó 72 familias de menores con problemas de la conducta sexual. Según sus investigaciones las familias de estos niños tendían a estar

¹⁶⁰ MARSHALL. Op. Cit. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.104

¹⁶¹ *Ibíd.*p.104

caracterizadas por altos niveles de pobreza, familia monoparental, abuso sexual, violencia doméstica, y estrés en la parentalización.¹⁶²

Así, introduciéndonos un poco más en estos, podemos hacer referencia a estudios citados por SÁNCHEZ y SIRIA, donde se pueden ilustrar además, características concretas del entorno familiar de los agresores sexuales juveniles, como un contexto familiar de abuso donde los menores son frecuentemente castigados de forma aleatoria e inconsistente; donde los padres observa abuso sexual transgeneracional, violencia física o psicológica, parentalización del joven, consumo de drogas por parte de los padres y rigidez en los roles¹⁶³. Medioambiente en que se ve se subsumido el menor y reconoce las reglas aceptadas por su entorno más cercano, las que una vez contrastadas con las propuestas por el entorno social no logran encajar.

Estos altos grados de violencia intrafamiliar y negligencia, conflicto y desorganización son los factores destacados por BORDUIN, HENGGELER, BLASKE y STEIN¹⁶⁴. También los estudios citados hablan de inestabilidad familiar, separación física o emocional entre padres e hijos, exposición a la violencia, psicopatología de los padres, abuso físico o sexual, exposición a

¹⁶² PITHERS, W.D., GRAY, A., BUSCONI, A., and HOUCHENS, P. 1998a. Caregivers of children with sexual behavior problems: Psychological and familial functioning. *Child Abuse and Neglect* 22(2):129-141. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.109

¹⁶³ VENEGAS, (2009). Op. Cit. p. 156

¹⁶⁴ BORDUIN, HENGGELER, BLASKE y STEIN, Op. Cít. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.110

pornografía antes de los 7 años.¹⁶⁵ Factores que van encausando el futuro comportamiento sexual del menor.

Dentro de este aspecto etiológico y en el contexto chileno, JARA LEÓN realizó una investigación referente al perfil de personalidad y los niveles de autoestima de los jóvenes agresores masculinos de la V región, este estudio no concluyó diferencias importantes entre los jóvenes agresores sexuales y otros jóvenes delincuentes. Sin embargo, en lo relativo a la medición de la autoestima en escala HOGAR-PADRES. Esta fue la única escala de autoestima que demostró una diferencia estadísticamente significativa entre ambos grupos. Esto quiere decir, que aquí sí existiría una tendencia del grupo de jóvenes agresores sexuales a una valoración de sí mismos, de sus capacidades y aptitudes, referidas a las relaciones que presentan y mantienen con sus padres y familiares. En otras palabras, tal como señala JARA, estos jóvenes sí tendrían una menor seguridad en los vínculos parentales, una mayor búsqueda de aprobación de sus padres y una tendencia a atribuir a sí mismos los fracasos y dificultades existentes en tales relaciones. Por otro lado, tenderían menos a ser optimistas y expresivos, así como aceptar menos las críticas entregadas por ellos.¹⁶⁶ Lo que viene a ser concordante con el perfil de los ofensores sexuales y sus conflictos con su entorno familiar.

¹⁶⁵ CAMP, SALAZAR, DICLEMENTE y WINGOOD, Op. Cít. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.110

¹⁶⁶ JARA LEON. Op. Cit. p.187

iii.1.a) El Caso del Incesto.

Cabe destacar que SÁNCHEZ y SIRIA, colocan especial énfasis en un tipo de maltrato al interior de las familias de los agresores sexuales, que es el incesto, el cual definido por GARRIDO MONTT como: “la copula realizada voluntariamente entre personas de distinto sexo ligadas entre sí por vínculos de parentesco precisados por la ley penal”¹⁶⁷ y es tipificado por nuestro Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 375. El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

Dejando de lado las discusiones dogmáticas en torno a la figura del incesto, sobre todo en lo relativo al cometido entre mayores de edad, los estudios señalan que un gran porcentaje de los abusos sexuales son cometidos al interior de la propia familia, situación que vuelve a repetirse en la familia que forma la víctima, pasado a ser victimario de incesto. Las familias en las que ocurre suelen ser caóticas, con una desestructuración familiar general y desarrollándose las funciones básicas de manera deficiente.¹⁶⁸ En este entorno familiar los padres incestuosos prefieren mantener el caos familiar antes que su ruptura, toda vez que los padres incestuosos suelen haber vivido en una familia disfuncional, de tal modo obtener una aparente estabilidad familiar y emocional por el miedo que les provoca repetir el modelo que vivieron cuando pequeños. “Las familias incestuosas suelen ser de carácter extremadamente patriarcal (relación de poder entre los sexos), reconstituidas (cinco veces más común

¹⁶⁷ GARRIDO MONTT, Op. Cit. p. 356

¹⁶⁸ Ver: WILL Op. Cít. Citado por : DÍAZ MORFA, J. Op. Cit. p.110

cuando hay un padrastro que el padre biológico), con padres abusados sexualmente en la infancia y con visiones muy rígidas (punitivas y reprimidas) sobre la sexualidad.”¹⁶⁹En donde la relación sexo-violencia-machismo suele estar muy presente para mantener la estructura jerárquica que facilita el incesto.

Es dable señalar, que este aspecto es sumamente importante, puesto que es el entorno familiar el núcleo central del proceso de socialización y aprendizaje de conductas. En tal sentido aún se puede fundamentar a favor de la mantención del tipo penal del incesto, Artículo 375 del Código Penal chileno, pues si bien es cuestionable que se mantenga como figura penal independiente toda vez que la conducta descrita puede caer según las circunstancias comisivas en el tipo de violación impropia (artículo 362 del Código Penal) o estupro (artículo 363 del Código Penal), podría servir como figura típica residual en casos como el de un menor adolescente mantiene relaciones sexuales “consentidas” con su hermana consanguínea y menor de 14, pero uno o dos años menor, es decir una conducta atípica según el artículo 4° de la Ley N° 20.084 o en el caso de hermanos consanguíneos uno de ellos mayor de edad y el otro púber, que mantienen relaciones sexuales consentidas sin que concurra alguna de las circunstancias del artículo 363 del Código Penal, es decir, del llamado “Estupro”.

En estos casos la tipificación del incesto, podría encontrar cierta justificación en razón de proteger al menor de conductas que puedan alterar su normal desarrollo psicosexual, toda vez que el menos es particularmente permeable a su entorno familiar y a las conductas que adquiere en tal situación, por lo que más allá de de ir en contra de cierto *status quo* moral e indefinido en cuanto a su contenido exacto, tal como se ha pretendido fundamentar históricamente desde la Comisión redactora del Código Penal chileno, quienes

¹⁶⁹ SÁNCHEZ y SIRIA.Op. Cit. p.4

tal como señala GARRIDO MONTT, incluyeron el tipo penal dentro de aquellos que atentan contra el orden de las familias.¹⁷⁰ Bien Jurídico vago y que difiere totalmente del Bien Jurídico que busca proteger hoy en día el Código Penal chileno, a través de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 cuyo objeto es el de protección y amparo de la libertad de autodeterminación sexual.¹⁷¹ Por el contrario, se argumenta que con este tipo penal se busca evitar el abuso de la sexualidad al interior de la familia. Se pretende mantener cierta sanidad en las relaciones sexuales en el seno de la familia (condición social).¹⁷² En este sentido el bien jurídico protegido no puede ser un concepto ambiguo que dependerá de las concepciones morales de quién lo interprete sino se debe reconducir a la protección del libre desarrollo de la personalidad del menor y por ende la protección de su libertad sexual, (más allá de las consideraciones eugenésicas que fundamentan en parte el mantenimiento del tipo aludido), por lo que a mi juicio una correcta fundamentación del tipo penal debiera ir orientada en consideración a la importancia que posee la familia en la formación del individuo y cómo actos de este tipo pueden truncar su correcto desarrollo psicosexual.

iii. 2) **Elementos Sociales.**

El objetivo de este trabajo no es revisar las teorías que sustentan una posición, pero haremos referencia a ciertos factores sociales que tienen relevancia para el individuo.

¹⁷⁰ GARRIDO MONTT, Op. Cit. Tomo III p. 356

¹⁷¹ Ibíd. p.356

¹⁷² Ibíd. p. 356

Una de las teorías de carácter sociocriminológico más relevantes es la de la “asociación diferencial” de Edwin H. Sutherland que trata de explicar los delitos, dejando de lado los factores socioeconómicos, específicamente la pobreza, para tratar de abarcar aquellos tópicos y casos, en los cuales sujetos con buen nivel de ingresos económicos se convierten en delincuentes.

Evidentemente, los delitos sexuales cometidos por los jóvenes no sólo suceden en los niveles socio-económicos bajos, aunque como señalamos, las investigaciones de PITHERS reportaban de altos niveles de pobreza, en su entorno familiar, entre otras causas.

Lo relevante son esas otras causas como la exposición a altos niveles de violencia y como esa concepción de la violencia que se maneja en su familia es asumida como legítima por el menor, de modo tal que cuando llega a la adolescencia y empieza a interactuar por medio de relaciones interpersonales con el resto de la sociedad, traslada esos valores aprendidos en su hogar, para con los otros.

No es difícil imaginar un adolescente que frente a una frustración, como la de no ser aceptada su propuesta sexual por su novia, resuelva someterla a sus intereses de forma violenta; encontrando con este acto el camino más rápido para lograr sus objetivos.

La asociación diferencial o anti valores sociales aprendidos no sólo se adquiere en la familia, sino que además, el adolescente va aprender conductas producto del entorno próximo con el que comience a interactuar como sus amigos, compañeros de escuela, etc.

Estos valores serán antagonistas de los determinados por la sociedad como conductas sexuales correctas en los menores, aunque no hay que

confundir con los pensamientos moralizantes del desarrollo sexual de los menores.

En el proceso de socialización del niño el entorno psicosocial del niño es muy importante. Así, la exposición a la violencia contra las mujeres y al comportamiento antisocial de los modelos masculinos¹⁷³ o la asociación con pares antisociales, la desorganización vecinal y la violencia y delincuencia en la comunidad¹⁷⁴, pueden ser predictores de las agresiones sexuales hacia los niños.

En este ítem temático, SÁNCHEZ y SIRIA hacen referencia a la influencia que tienen los medios de comunicación en las personas. Señalan que “la televisión, películas, libros y publicidad -en muchas ocasiones- reproducen conductas que no son socialmente adecuadas, como describir a los hombres como poderosos y agresivos y con derecho a tratar a las mujeres como lo deseen”¹⁷⁵. Estos autores establecen que estos mensajes tienen gran atractivo para los jóvenes, que carecen de seguridad en sí mismos y fantasear con practicar esos roles que observan, puede ser la única manera para ellos de sentir poder y control sobre sus vidas.

Con respecto a esto puede ser relevante, más que la televisión o libros, el acceso desregulado a internet por parte de los menores, donde pueden tener su primer contacto con información de carácter sexual o incluso establecer

¹⁷³ Ver: HUNTER, FIGUEREDO, MALAMUTH Y BECKER. Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁷⁴ Ver: BARBAREE y MARSHALL, 2008 Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁷⁵ SÁNCHEZ y SIRIA . Op. Cit. p. 4

relaciones interpersonales que lo pueden convertir tanto en víctima como en victimario.

Un aspecto interesante que cabe levantar, es la temática de la pornografía; tomado en cuenta un estudio realizado por RAMIREZ MORA, quien señala que el aspecto más relevante en la caracterización de los ofensores sexuales juveniles, es el acceso a la pornografía sin la guía de un adulto responsable, lo que fácilmente hace que los adolescentes distorsionen la sexualidad, en una etapa en la cual está centrado prácticamente en los cambios físicos generales y sexuales en particular. Tan importante es este factor que según su investigación, el acceso a la pornografía se encontraba en un 88,2 % de los evaluados, seguido muy por debajo con un 47,1% por los trastornos de conducta.¹⁷⁶

Sin embargo, bajo nuestro juicio la incidencia de este factor, por más presente que esté en la gran mayoría de los ofensores sexuales, no es relevante; toda vez que actualmente los adolescentes tienen acceso a pornografía a través de internet y sólo un número muy reducido comete ofensas sexuales, por lo que estaríamos frente a una conducta normal de la adolescencia; en el contexto de la experimentación y conocimiento sexual, y no frente un factor criminógeno.

Junto con esto, si bien la época en que se desarrollo el estudio de RAMIREZ MORA no es muy lejana, es decir, se basa en estudios realizados a fines de los años 90 y principio de la década del 2000, sí hay un cambio sustantivo en la masificación de internet y la facilidad para acceder a la

¹⁷⁶ RAMÍREZ MORA, Walter. “Caracterización de Ofensores Sexuales Juveniles: Experiencia de la Clínica de Adolescentes del Hospital Nacional de Niños” Disponible en: [Http://www.binasss.sa.cr/revistas/ays/ays3n1-2/art2.pdf](http://www.binasss.sa.cr/revistas/ays/ays3n1-2/art2.pdf)

pornografía desde aquella red virtual, por el contrario antes era una conducta mucho más clandestina y que hacía presumir, desde una perspectiva conservadora, ciertos trastornos psicosexuales.

Lo que puede hacer la diferencia es el tipo de pornografía al cual se accede, como situaciones sadomasoquistas, pedófilas o escenas donde se muestren otro tipo de conductas parafílicas, aun cuando en esto casos dependerá la reacción de otros factores que tengan una incidencia más relevante en el menor.

El caso de las víctimas de abuso sexual en la infancia.

Uno de los principales aspectos que causan controversia es la incidencia que puede tener en un menor víctima de un delito de carácter sexual este suceso, corriendo el riesgo de cometerse en un futuro victimario.

Sin duda un hecho de estas características es sumamente traumático para un menor, una vez que tiene conciencia de lo acontecido, es decir, puede que el menor debido a su edad no recuerde el hecho, pero una vez que le es recordado y logra darle la significación sexual que antes no estaba en condiciones de comprender, comienza un proceso que puede tener múltiples consecuencias por el resto de su vida.

Esas consecuencias pueden ir desde la dificultad para mantener relaciones interpersonales, traumas sexuales, suicidio o incluso convertirse en un victimario de un delito de similares características si no es sometido a un adecuado tratamiento psicológico.

En este contexto, BARBAREE y MARSHALL creen que el comportamiento sexual abusivo en jóvenes está fuertemente influenciado por su entorno familiar y sus primeras experiencias sexuales, particularmente por el abuso sexual; aunque los efectos son muy diferentes entre las víctimas.¹⁷⁷ Esto último marcado por los aspectos psicológicos o biológicos que interactúen en el individuo.

En la misma línea, ECHEBURÚA y GUERRICAECHEVARRÍA añaden que “el abuso sexual infantil es una experiencia traumática que repercute en el estado psicológico, pudiendo aparecer a corto plazo reacciones como huidas del hogar, depresión, hostilidad, masturbación compulsiva, retraimiento social y conductas antisociales; siendo los chicos más propensos a exteriorizar problemas de comportamiento violento, como las agresiones sexuales, que las chicas”.¹⁷⁸ Agregan además que estas situaciones pueden contribuir a desarrollar psicopatologías en la edad adulta, alteraciones sexuales, control inadecuado de la ira y conductas de abuso hacia los hijos. Situación acorde a la estudiada en lo relativo a los factores familiares, en especial respecto a lo señalado sobre el incesto¹⁷⁹

Algunos autores, si bien reconocen que un porcentaje importante de los abusadores sexuales no tuvieron una experiencia como víctimas de abuso sexual, si establecen que un número alto de delincuentes sexuales juveniles confiesan haber sufrido abusos sexuales durante su infancia, entre ellos MARSHALL. Este último cree que el abuso sexual infantil puede crear en los

¹⁷⁷ BARBAREE y MARSHALL Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁷⁸ ECHEBURÚA y GUERRICAECHEVARRÍA Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁷⁹ Cfr. p. 86

niños vulnerables y emocionalmente necesitados ciertos sentimientos de placer y bienestar.¹⁸⁰

Es indudable que hay muchos agresores sexuales que no fueron víctimas en su niñez o adolescencia, pero MARSHALL establece que un número muy alto de delincuentes sexuales manifiestan haber sufrido abusos sexuales durante su infancia. A esto agrega: “el que una persona mayor abuse de ellos les proporciona un modelo de relación entre niño y adulto que, aunque sea inapropiado, puede servirles para normalizar y adoptar esa forma de relación cuando se van haciendo mayores. El menor, al recordar el abuso sexual, puede rememorar tan solo los aspectos agradables, y si los asocia a la masturbación, la idea del sexo entre un adulto y un menor empezará a serle atractiva predisponiéndole a convertirse en un abusador infantil”.¹⁸¹ En similar sentido HUNTER, FIGUEREDO, MALAMUTH y BECKER consideran comunes las historias de abuso físico y sexual entre los jóvenes agresores sexuales.¹⁸² Por lo que no le es indiferente en su desarrollo psicosexual su primera aproximación al sexo, creándole un trauma que puede desencadenar una historia de posibles abusos futuros cometidos por él.

Empero, hay que ser cuidadoso en llegar a una conclusión categórica debido a que no es condición necesaria ni para asegurar certeramente que estamos frente a un futuro abusador, ni tampoco para descartar la posibilidad de estar frente a uno si el sujeto no fue abusado. Por esto, algunos autores señalan que los efectos negativos del abuso infantil se amplifican cuando ocurren en combinación con otras experiencias traumáticas, pero también se

¹⁸⁰ MARSHALL Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁸¹ *Ibíd.*p.4

¹⁸² Ver: HUNTER, FIGUEREDO, MALAMUTH Y BECKER Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

pueden mitigar si concurren factores que los alejen del riesgo, como adecuados tratamientos psicológicos o psiquiátricos.

En sentido contrario, BARBAREE y MARSHALL citan otros estudios en que algunos autores encuentran unas tasas de victimización infantil muy bajas entre los agresores sexuales.

Ellos hacen referencia a investigaciones que dan cuenta de estudios como el de que es mayor el índice de abuso físico en la infancia de los jóvenes agresores sexuales que el de abuso sexual, ya que en su muestra tan sólo el 12% de los jóvenes tenía una historia de victimización sexual.¹⁸³ Siendo el maltrato un factor general para la comisión de delitos, no necesariamente de carácter sexual sino que de cualquier clase de delitos, en este sentido WIDOM considera que, en general, los sujetos que experimentan cualquier tipo de maltrato durante la infancia son más propensos a ser detenidos de adultos que aquellos que no han sido maltratados. Él observó que la mayoría de niños abusados sexualmente no tenía una historia delictiva oficial de adulto; por tanto, las víctimas de agresión sexual no son más propensas a delinquir que las víctimas de otros maltratos¹⁸⁴. La manifestación de ser abusado sexualmente en la infancia puede derivar trastornos psicológicos pero no necesariamente en la comisión de delitos. También bajo esta línea citan un estudio de SALTER, quien concluyó que sólo 11% los niños abusados sexualmente, perpetró algún delito antes connotación sexual, y que además se vieron influenciados por otros factores de riesgo durante su infancia como la negligencia o la carencia de supervisión¹⁸⁵.

¹⁸³ Ver: HART-KERKHOFFS Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁸⁴ Ver: WIDOM Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

¹⁸⁵ Ver: SALTER Op.Cit. Citado por: SANCHEZ y SIRIA. p. 4

De este modo la relación entre el abuso sexual sufrido por un menor y la posibilidad de que esto sea un factor preponderante para que el menor se convierta en un abusador sexual, no es clara ya que dependerá de una serie de factores criminógenos como no criminógenos, es decir, que lo encauce en un desarrollo libre de la sexualidad, exento de traumas.

Tal conclusión es concordante con línea en que se intenta desarrollar este trabajo, enunciando una serie de factores etiológicos que influyen en el comportamiento de los adolescentes agresores sexuales. En tal sentido, la interacción de factores biológicos que se encuentren en la estructura interna del individuo serán relevantes en la medida que se potencien con factores psicológicos y esto enmarcado dentro del entorno social del individuo, suma de elementos que hacen que pueden actuar como agentes criminógenos, pero no determinado al individuo toda vez que el Derecho y la Pena tienen como presupuesto la existencia de la autonomía de la voluntad, pues sin ella la pena penal carecería de fundamento y lógica, transformándose en una mera medida de seguridad y el derecho, en meras descripciones de conductas inevitables para el individuo que cumple los presupuestos de hecho narrados por esta.

En tal contexto, el objeto de este trabajo no es hacer un estudio de las diferentes teorías filosóficas que defienden la existencia del libre albedrío o aquellas que están a favor del determinismo, pues en el mejor de los casos podríamos llegar a una respuesta escéptica sobre la posibilidad de llegar a una conclusión certera, como lo desarrolla el filósofo P. STRAWSON en su texto “Libertad y resentimiento”¹⁸⁶, pues es poco práctica la pregunta en una Sociedad que estructura y funciona como si fuéramos libres.

¹⁸⁶ Para mayor análisis ver: STRAWSON, Peter. “Libertad y Resentimiento. Y otros Ensayos”. Editorial Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona- Buenos Aires- México.

De este modo tenemos que entender que estos factores si bien pueden explicar en parte el comportamiento sexual agresivo de algunos menores, no podríamos concluir que lo determinan, por esto el sistema legal está basado en el presupuesto del actuar libre, pero como esto no es absoluto, más aún cuando estamos hablando de sujetos en desarrollo, el correlato de esa libertad que está en formación o al menos influenciada por factores criminógenos es la aplicación de un sistema penal más benevolente que el aplicado a los adultos.

CAPÍTULO IV: TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS DELITOS SEXUALES.

Una vez mencionados los factores que están detrás de una agresión sexual, cabe hacer referencia a la regulación de los delitos sexuales en la Ley N° 20.084.

Bien sabemos que la Ley N° 20.084 tiene como núcleo el interés superior del adolescente el cual define en su artículo 2° como: “*Se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos*”, lo que implica que debe ser concordante con la especial situación en que se encuentra el menor y por tanto no debe aplicar un régimen igual que el de los adultos.

A este respecto, uno de los aspectos discutidos a través de su tramitación fue la necesidad o no de establecer un catálogo único de conductas penales, diferenciado del catálogo de conductas del régimen penal de adultos.

De esto se dejó constancia en la Historia de la Ley 20.084, cuyo anteproyecto fue presentado sin un catálogo de delitos especiales para los adolescentes sino haciendo aplicables el catálogo de delitos establecidos en el Código penal como demás leyes especiales.

Con respecto a lo manifestado, queda constancia en la Historia de la Ley N° 20.084, que establece:

“Los representantes del Ejecutivo explicaron que se había optado por la remisión a las figuras del Código Penal y no por la confección de un catálogo de ilícitos aplicables exclusivamente a los adolescentes, atendiendo a que cualquier cambio de la legislación, haría necesaria la inclusión o exclusión de nuevas

figuras, como también para evitar el riesgo de dejar fuera ciertos ilícitos que, en rigor, se quisiera sancionar.

Agregaron que lo que se proponía era que los ilícitos fueran comunes a todas las personas y que la edad se considerara como factor para determinar la responsabilidad.

Respecto de este artículo se suscitó un largo debate, mostrándose algunos señores parlamentarios partidarios de configurar un catálogo de delitos aplicables a los adolescentes, en razón de que de conformidad a la Convención de los Derechos del Niño, existía una clara diferencia entre adultos y adolescentes, no pudiendo, por tanto, efectuarse una simple remisión a la normativa de adultos ya que ello significaría darles el mismo trato. Se trataría de realidades distintas.

Por lo contrario, otros señores Diputados estimaron innecesario tal catálogo, toda vez que si se legislaba para dar al menor un trato distinto al adulto, bastaba con la remisión a las figuras del Código Penal, el que describe, igualmente, todo un catálogo, pero teniendo claro que la protección del menor se concreta por medio de distintos grados de responsabilidad.”¹⁸⁷

Esta discusión concluyó, que no era necesario crear un nuevo catálogo de conductas, aplicándose los mismo tipos penales que el régimen de adultos - dejando de lado la no aplicación de la mayoría de las faltas-, pero con algunas diferencias en la parte general.

¹⁸⁷ Historia de la Ley N° 20.084. p. 67

A mi juicio –me aventuro en afirmar- que en este ítem, la decisión no fue acertada, toda vez que existen una serie de delitos complejos que difícilmente pudieran ser cometidos por menores, tal como los delitos tributarios u otros de índole económicos y tampoco se condice tal postura con la necesidad de aplicar una pena frente a determinadas conductas graves cometidas por los adolescentes, pues lo racional sería tipificar conductas especialmente *dívaliosas* y que no puedan ser entendidas como parte del normal desarrollo de los menores.

Cabe señalar, que tal como declara el profesor HERNÁNDEZ que “[e]sto no significa sin embargo, que no puedan hacerse ciertas matizaciones tratándose de hechos cuya criminalización, cuando son cometidos por menores de edad, no sólo no parece racional ni conveniente, sino que, además, y esto es lo decisivo, manifiestamente no responde a los propósitos legislativos, porque resulta evidente que al formular el respectivo tipo penal el legislador ha tenido en mente sólo la comisión por parte de un adulto, al punto que dicha circunstancia es esencial para el sentido criminal del hecho.”¹⁸⁸

Con respecto a esto, podemos dar cuenta que el tratamiento de algunos delitos sexuales, como los tipificados en los artículos 362 y 366 bis del Código Penal, en donde la víctima sólo puede ser un niño o adolescente, circunstancia que algunas veces sólo adquiere relevancia en contraste con la calidad de adulto del agente o, al menos, en atención a una significativa diferencia de edad¹⁸⁹, por lo que la racionalidad de la aplicación de una pena es

¹⁸⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. “el nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. Revista de Derecho. Vol XX, N°2. Diciembre del 2007. P. 202

¹⁸⁹ *Ibíd.* p. 202

directamente proporcional a la diferencia de edad que media entre los sujetos involucrados.

En esta materia, la Ley N° 20.084 establece una regla especial para los delitos sexuales, la que señala:

“Artículo 4º.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quater y 366 quinquies del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.”

De tal suerte que la normativa nacional en materia de responsabilidad penal sobre delitos sexuales establece una especie de marco conceptual en este tipo de ilícitos a saber: Si alguna de las conductas descritas en los tipos ahí mencionados se efectuare por un menor púber con un niño menor de 14 años, no será sancionada a menos que exista entre esas dos personas una diferencia mayor de dos años, entre ellos, en caso de violación impropia o de tres años en el resto de los casos.

Al respecto el profesor HERNÁNDEZ, establece: “Si bien las expresiones empleadas por la ley no son del todo claras en cuanto a la calificación sistemática de la exclusión de la punibilidad, es evidente que no se trata de una simple renuncia al castigo por razones de conveniencia, sino que del reconocimiento del fundamento del mismo, de modo que debe entenderse que el tipo objetivo de los delitos en cuestión exige la diferencia de edad que en

cada caso se indica. De este modo, el legislador reconoce abiertamente que la edad del agente es un aspecto central para la configuración típica de algunos delitos, lo que, sin embargo, había permanecido oculto hasta ahora en el contexto del derecho penal de adultos, porque, en efecto, alcanzada la adultez el dato etario pierde toda su importancia”.¹⁹⁰

Por otro parte, esta norma trata de adaptar la legislación referida a los delitos sexuales al contexto de las interacciones sexuales que los menores tienen entre sí y son propias de la etapa que viven. Situándose en aquellos casos en que por consideraciones de política criminal, resulta innecesario e inadecuado criminalizar conductas normales dentro del desarrollo sexual de los menores.

Una norma como esta busca adaptar la legislación a la realidad social, donde un gran porcentaje de menores inicia su actividad sexual antes de los 14 años. Bajo este contexto, resultaría un sin sentido criminalizar un acto sexual consentido entre menores que poseen una edad y desarrollo cognitivo y sexual similar. Estos casos suceden habitualmente, por ejemplo; una pareja de novios, en que el hombre tiene 14 y la mujer 13 años, quienes voluntariamente acceden a mantener relaciones sexuales durante su relación amorosa. Si la Ley N° 20.084 no contemplara esta norma, una interpretación estricta del artículo 362 del Código Penal, por ejemplo, nos llevaría a imputarle el delito de violación impropia al adolescente de 14 años.

Recordemos que el artículo 362 del Código Penal establece: *“El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo*

¹⁹⁰ *Ibíd.* p. 203

anterior.” No haciendo mención alguna a la edad que debe tener el sujeto activo y estableciendo una pena mayor incluso que para el delito de violación propia – todo esto, claramente, en el marco de la especial determinación de la pena aplicable a los menores-.

Cabe preguntarse sin embargo, sobre la relevancia de la protección de la indemnidad sexual del menor y la negación de la libertad sexual que el legislador establece para los menores impúberes. Pues si consideramos que una persona menor de catorce años no es capaz de tener actividad sexual, pues no tiene ni la capacidad física para consentir y procrear, ni la mental para comprender la significación corporal y reproductiva del acto, difícilmente podríamos comprender una norma como ésta.

La solución pareciera ir por reconocer que en el mundo “extra-jurídico” la libertad sexual es parte de un proceso paulatino de aprendizaje, en donde los menores impúberes poseen “cierta” libertad sexual, en la medida de que se relacionen de manera simétrica y horizontal con menores de edad similar, porque en tal caso el argumento de la protección de la indemnidad sexual del menor, que tutela su libre desarrollo sexual en relación a los mayores, dadas las injerencias que pueden sufrir por parte de éstos, en cuanto a la valoración de la significación de sus actos, pierde relevancia.

En este sentido el artículo 4° de la Ley N° 20.084 buscaría evitar criminalizar conductas de iniciación o exploración sexual propias de la edad, que implican actos que son consentidos en el marco de relaciones simétricas, no abusivas.

Los autores POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, creen -ya en un sentido más amplio- que cuando el menor de catorce años es púber biológicamente y

conoce el sentido de sus actos en relación a la actividad sexual, lo que la ley protege con una categórica separación de edades es más bien la *honestidad*, pues resulta (altamente) reprochable, desde el punto de vista social, mantener relaciones sexuales con personas de tan corta edad.¹⁹¹

Otro argumento que se da para el establecimiento de una norma de la naturaleza del artículo 4° de la Ley N° 20.084, es la corrección de los problemas que se derivan de la reforma legal que aumentó la edad del consentimiento sexual válido de 12 a 14 años (Ley N° 19.997). Recordemos que esta ley, publicada el 2004, aumentó la edad para la consideración de una persona como impúber, de 12 a 14 años.

Conforme a lo establecido en este artículo, se torna relevante el consentimiento del sujeto pasivo, menor de 14 años de edad, siempre que no exista una cierta asimetría de edad con el sujeto activo (diferencia de edad superior de 2 o 3 años, según el tipo). De forma tal que para castigar a un menor, no basta el acceso carnal u otra conducta sexual descrita, según el tipo, sino que debe concurrir alguna de las circunstancias descritas en los artículos 361 o 363 del Código Penal, es decir, de la violación (1° fuerza o intimidación; 2° Aprovechamiento de la situación de la víctima que se halla privada de sentido, o incapaz para oponerse; 3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno de la víctima.) o del delito de estupro (1° Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.; 2° Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; 3° Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima; 4° Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o

¹⁹¹ POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ. Op. Cit. p.264

ignorancia sexual.), lo que convertirá la conducta en típica. Lo que se explica por la falta de consentimiento libre del menor y la ruptura de la relación simétrica que fundamenta la excepción.

Críticas al artículo 4° de la Ley 20.084

Previo a la modificación hecha por la Ley N° 20.526 una de las críticas más recurrentes era el catálogo de conductas que había dejado fuera de la excepción, como el 366 quinquies, que tipifica la producción de material pornográfico en que participen menores, de tal forma que una pareja de novios menores de edad, que acceden libremente a filmarse mientras mantienen una relación sexual, podrían haber sido condenados como autores de la conducta descrita en este tipo. Afortunadamente este problema se superó.

Dentro de las críticas que se mantienen está el establecer diferencias entre el delito de violación impropia y los otros delitos mencionados, en cuanto a la diferencia de edad entre los menores, siendo que el fundamento es el mismo. Pues pareciera que en el fondo se trata de diferenciar el acto de la penetración a otras conductas sexuales por consideraciones morales conservadoras, debido a que el acto de la penetración implica una conducta una conducta más reprochable, dentro de las concepciones conservadoras.

Ahora, tal como establece el profesor HERNÁNDEZ, si bien es evidente que “la norma se hace cargo exclusivamente de la situación advertida a propósito de ciertos delitos sexuales, respecto de los cuales la aplicación lisa y llana del tipo penal sin consideración a la edad del imputado conduciría a resultados completamente irracionales. No debe despreciarse, sin embargo, su potencial hermenéutico más allá de los límites de su tenor literal. La norma encierra un razonamiento que debería aplicarse a una serie de otros supuestos delictivos, tales como, (...) : la facilitación de la prostitución infantil de acuerdo

con el artículo 367 bis del Código Penal tratándose de dos amigas que, para obtener dinero, se turnan para favorecer la prostitución de la otra, entre otros posibles casos. Todo indica que estas conductas no corresponden en absoluto a las representaciones que tuvo el legislador a la hora de establecer las conductas típicas, nítidamente orientadas hacia la *explotación sexual* de los adolescentes por parte de adultos o, eventualmente, de menores de edad respecto de los cuales la diferencia etaria sea significativa.”¹⁹²

Naturaleza jurídica del artículo 4° de la Ley N° 20.084

El Ministerio Público en su oficio 483/2009 relativo a la “Instrucción general que imparte criterios sobre la actuación en materia de Responsabilidad Penal Adolescente, ley 20.084”, emitido por el Fiscal Nacional Sabas Chahuán Sarrás, establece que es una excusa legal absolutoria, lo que implica que estamos frente a una conducta que es delito, pero por razones de conveniencia social no se castiga. El profesor GARRIDO MONTT establece que por ésta “se entienden determinadas circunstancias o condiciones de índole personal, comprendidas en la descripción de la figura penal, que no forman parte de la acción y por lo tanto, del tipo, pero que si concurren excluyen la aplicación de la pena de un hecho típico, antijurídico y culpable. Esta exclusión de pena se explica únicamente porque para la protección del bien jurídico el legislador no estima necesaria la aplicación de la sanción.”¹⁹³ De tal forma que el menor cometería la acción, típica, antijurídica y culpable, pero en relación a la simetría que habría en la relación con la “víctima”, además de lo poco lesiva de la conducta en estas circunstancias, toda vez que es parte normal del desarrollo sexual de los menores, sería inapropiado castigar la conducta.

¹⁹² Ibíd. p.203

¹⁹³ GARRIDO MONTT, Op. Cit. Tomo II p. 26

Sin embargo, tal como establece el profesor BERRIOS; si ello fuera efectivo y se tratara de una excusa legal absolutoria, surgirían dos problemas: (a) Hipótesis de participación (v.g. Madre que permite a su hija de 13 años tener relaciones con pololo de 14 años. ¿Tiene responsabilidad la Madre por no estar privilegiada por la excusa legal absolutoria, y ser inductora?) y (b) mantiene la idea de que la actividad sexual previa a los 14 años es algo lesivo.¹⁹⁴

Cabe abordar someramente, otra tesis que señala estar frente a una causal de atipicidad, en donde la diferencia de edad (2 o 3 años) es un elemento del tipo objetivo que está modificado para los adolescentes. Si no se da la diferencia etaria superior exigida, no hay delito y se trata de una conducta atípica. Lo que hay es una redefinición del bien jurídico protegido, respecto del consentimiento de menores de 14 años.¹⁹⁵

Tipos penales relevantes

La pretensión de este trabajo no es revisar en detalle cada uno de los tipos penales que tengan por objeto proteger la libertad sexual o la indemnidad sexual, según el caso, sino dar atisbos generales sobre los problemas asociados entre estos tipos penales y las conductas de los adolescentes. Por esto revisaremos sucintamente algunos aspectos de determinados delitos que puedan tener relevancia según el objeto de este trabajo, como sucedió anteriormente con el tipo penal del incesto, tratado a propósito de los factores familiares que influyen en el comportamiento de los menores¹⁹⁶.

¹⁹⁴ BERRIOS, Gonzalo. Apuntes de clases. Curso de Responsabilidad Penal Adolescente. Universidad de Chile. Año 2010 (inéditos).

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ Cfr. *Infra* p.82

El problema del tipo penal que criminaliza la Sodomía.

Mediante las diversas reformas legales al Código Penal, especialmente las referidas a los delitos sexuales, se vislumbra una evolución en las concepciones morales de la sociedad, dejando paulatinamente de lado una moral totalizadora y conservadora, para dar paso a un pensamiento de corte más liberal o al menos más respetuoso con la esfera personal de cada individuo.

En Chile, aún poseemos una legislación conservadora y hay algunos tipos penales que llegan a tener un carácter discriminatorio e imponen una concepción de moral, algo desactualizada con el pensamiento mayoritario.

Un ejemplo claro de esto es el artículo 365 del Código Penal, que establece:

“Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

En este tipo penal, claramente se criminaliza la homosexualidad, toda vez que tipifica el mero acceso carnal entre dos sujetos del mismo sexo, sin requerir ninguna circunstancia que limite el consentimiento del sujeto pasivo, y por ende, que afecte el bien jurídico de la libertad sexual.

Los defensores de este artículo manifiestan un pensamiento paternalista, tal como se puede dilucidar de una sentencia del Tribunal Constitucional que declara la constitucionalidad de este artículo esgrimiendo que : *“[E]l fin perseguido por el legislador fue la protección de la integridad física y psíquica y la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de*

prevenir daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional, no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta. De esta forma, por mucho que la relación aparezca como consentida [...] el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquél no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar”¹⁹⁷.

Detrás de toda justificación, claramente hay una concepción sobre las relaciones homosexuales como “degeneración sexual” y, por ende, cercano a una “enfermedad psiquiátrica” indeseable en esta sociedad, de la cual deberían ser protegidos los menores. Esto debido a que la norma reconoce autonomía sobre relaciones sexuales heterosexuales pero no a este tipo de relaciones homosexuales.

Al respecto el profesor BASCUÑAN hace una crítica a los fundamentos de la sentencia mencionada, si bien reconoce que la constitucionalidad de la norma aducida por el tribunal, no se fundamenta en alguna comprensión heredada de la moral social sexual que repruebe las orientaciones sexuales diversas a la heterosexualidad, sino que la discriminación no sería arbitraria porque la finalidad de la norma sería prevenir un daño para el menor¹⁹⁸. Aunque cuestiona la veracidad de tal argumento, toda vez que pareciera atentar contra

¹⁹⁷ Tribunal Constitucional. Sentencia de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010. Citado en BASCUÑAN, Antonio. “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil” (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 683-2010). Centro de Estudios Públicos. N°124, Primavera de 2011, Santiago de Chile. P.117

¹⁹⁸ *Ibíd.* 117-118

la igualdad y libre desarrollo del menor, ya que a los jóvenes heterosexuales se les permite adquirir experiencia a través de actos de significación sexual, pero al menor homosexual se le impediría esto.

Esta concepción paternalista que asume el voto de mayoría del tribunal Constitucional, según el profesor BASCUÑAN, estaría fundamentada en una concepción errónea del Artículo 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, en lo relativo a establecer el principio del interés superior del niño, pues para interpretar este se debe considerar la voluntad manifiesta de las personas menores de edad y respetar el núcleo de autonomía personal garantizado por sus derechos a la libertad de expresión (artículo 13) y de pensamiento (artículo 14), así como de la vida privada (artículo 16).¹⁹⁹

En el sentido contrario podemos encontrar la postura del Profesor RODRÍGUEZ COLLAO, quien si bien está en contra de los tipos penales que tienen un sentido básicamente moral,²⁰⁰ defiende la instauración del tipo de la Sodomía del artículo 365 del Código Penal, pues según él, pese a que la realización del tipo “demanda la voluntad de ambos intervinientes, exige también que uno de ellos sea menor de edad, lo cual permite calificarlo como un tipo de corrupción, cuya razón no es la inmoralidad que suele atribuirse a la realización de cualquier acto homosexual, y en especial al acceso carnal entre varones, sino el bienestar o la indemnidad sexual de la víctima.”²⁰¹ Argumentación que claramente, según lo expuesto, tiende a considerar la homosexualidad como algo que se debe evitar, por atentar contra el bienestar de los menores.

¹⁹⁹ Ibíd. p. 123

²⁰⁰ RODRÍGUEZ COLLAO. Op. Cit. p. 131

²⁰¹ Ibíd. p. 132

De tal forma que el mismo interés superior del niño implica darle una esfera de autonomía al menor para que pueda ir decidiendo progresivamente el cauce que le da a su sexualidad, de otra forma lo que hay detrás de este paternalismo no es más que una discriminación a los homosexuales, que libremente sin ni siquiera una de las causales del estupro han decidido mantener determinado contacto sexual.

Aspectos relevantes de la violación.

La violación (propia) está tipificada en el artículo 361 del Código Penal, donde se establece:

“Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:

1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.

2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.

3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.”

Mientras que la violación impropia se encuentra en el artículo 362 del Código penal que establece:

“Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concorra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.”

Estos tipos penales traen aparejada una pena intensa en razón de que el hechor actúa prescindiendo de la voluntad de la víctima, en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona; y en una consideración del carácter violento de los medios utilizados para conseguir el acceso carnal o, alternativamente, de la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, en razón de su edad o de sus condiciones físicas y mentales.²⁰² Situación que toma especial peso en el caso de los menores quienes conforme a los Tratados Internacionales, en especial la Convención de los Derechos del Niño, el estado se encuentra en una situación de garante del libre desarrollo de su personalidad y de la protección de este, por lo que un delito como este es especialmente grave y transgresor de los derechos de los menores, pues no sólo transgrede en su dignidad como personas sino también afecta un adecuado desarrollo de su personalidad.

En lo relativo a la violación propia, es decir, aquella que contempla el artículo 361 del Código Penal respecto a los mayores de 14 años los medios comisivos para obtener el acceso carnal que implican una acción en contra de la voluntad de la víctima no requieren mayor análisis en lo que respecta a este trabajo, sin embargo es menester que nos detengamos el número dos del mencionado artículo.

En este numeral se hace referencia a la privación de sentido de la víctima, por lo que ponemos énfasis en este punto ya que es una actitud normal en la adolescencia frecuentar fiestas u otros centros de entretenimiento en donde el alcohol y las drogas están presentes de manera prevalente, pudiendo causar estados de privación de sentidos, es decir una perturbación en las

²⁰² *Ibíd.* pp. 135-136

facultades cognitivas y volitivas, lo que puede ser aprovechado por el sujeto activo para acceder carnalmente a la víctima.

Sin embargo, para establecer bajo estas circunstancias el delito de violación, según RODRÍGUEZ COLLAO la víctima se debe encontrar en un estado de imposibilidad de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia acerca de la realidad. Agregando, que si bien la falta de conciencia ha de ser lo suficientemente intensa como para privar a quien la padece del pleno uso de de las facultades volitivas (y, concretamente, en relación con el ejercicio de la actividad sexual), no es necesario que llegue al extremo de una pérdida total de conciencia.²⁰³

Esta situación que implica que podrían caer bajo tales características el consumo de alcohol y de sustancias estupefacientes o anestésicas. Sin embargo, tal como señala RODRÍGUEZ COLLAO, la mayoría de los autores se muestran reacios a admitir que en aquellos casos se configure una modalidad delictiva por el simple hecho de que la víctima se encuentre dormida, como también el consumo de sustancias afrodisiacas.²⁰⁴ Aspectos que pueden ser encontrados con facilidad en las conductas de los jóvenes de hoy, pudiendo aprovecharse de sus pares.

Pese a esto, lo realmente relevante para subsumir una conducta en el tipo penal del artículo 361 N° 2 del Código Penal, más allá de la naturaleza del estímulo, son la consecuencias que éste produce a nivel de las facultades cognitivas y volitivas de la víctima; de modo que la causa de la privación podrá

²⁰³ Ibíd. p.153

²⁰⁴ Ibíd. p.153

ser cualquiera, siempre que haya llegado al extremo de suprimir en la víctima la determinación consciente de sus actos.²⁰⁵

Bajo lo expuesto, hay que también considerar las características personales de la víctimas, lo que será aún más relevante si estamos hablando de un menor de edad púber, pues será necesario ponderar en especial su capacidad de resistencia o tolerancia frente al estímulo que provoca el estado de perturbación volitiva.²⁰⁶

Con respecto a la violación impropia, es decir aquella tipificada en el artículo 362 del Código Penal, abordamos los problemas más importantes a propósito de la indemnidad sexual²⁰⁷ y el artículo 4º de la Ley N° 20.084²⁰⁸.

El delito de Estupro.

El estupro es un delito que protege los bienes jurídicos de libertad sexual e indemnidad sexual de los adolescentes, entendiendo que la primera no se adquiere completamente una vez cumplido los 14 años, sino que es parte de un proceso que debiera consolidar (al menos así lo presume la Ley) a los 18 años, por tanto *estupro* implica un atentado tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad de los menores y la honestidad.²⁰⁹

El estupro esta descrito típicamente en el artículo 263 del Código Penal en los siguientes términos:

²⁰⁵ *Ibíd.* p.154

²⁰⁶ *Ibíd.* p.154

²⁰⁷ *Cfr. Infra* p.16

²⁰⁸ *Cfr. Infra* p.98

²⁰⁹ POLITOF, MATUS y RAMIREZ, *Op. Cit.* p. 295

“Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.”

En tanto, por la doctrina ha sido definido como “acceder carnalmente a una persona que presta su anuencia a la realización del hecho, engañada por el delincuente o en razón de haber abusado de éste de una situación de superioridad respecto de la víctima.”²¹⁰

Si bien el estupro y la violación tienen muchos puntos en común, como la afectación al mismo bien jurídico (la libertad sexual), como dijimos el primero no sólo afecta la libertad sexual, sino por parte del legislador existe la pretensión de que también proteger la indemnidad sexual del menor, pues no ha alcanzado el pleno desarrollo de la libertad sexual. Por esto que aún existiendo consentimiento del menor, el legislador presume que bajo determinadas circunstancias, descritas en el tipo, la voluntad del menor se encuentra viciada

²¹⁰ RODRIGUEZ COLLAO. (2001) Op. Cit. p.169

ya sea por el llamado “estupro de prevalimiento”, que en nuestro sistema correspondería a las tres primera hipótesis del artículo 363 del Código Penal y que tiene en común el aprovechamiento de una posición ventajosa por parte del sujeto activo, y el “estupro fraudulento”, que correspondería la hipótesis N° 4 del artículo 363 del Código Penal, caracterizada por la concurrencia del engaño.²¹¹

En este delito el sujeto activo del delito sólo puede ser un varón, al igual que en la violación, ya que es necesario el “acceso carnal”, mientras que el sujeto pasivo del delito puede ser tanto un hombre como una mujer, con la salvedad de que en ambos caso debe ser un menor de edad, pero mayor de 14 años. Pues si el acceso carnal, independiente de las circunstancias, es cometido en contra de un menor de 14 años estamos la hipótesis de “violación impropia” contemplada en el artículo 362 del Código Penal y por el contrario si la víctima es un mayor de 18 años, sólo será punible la conducta que caiga dentro de los presupuestos de hecho que contiene el artículo 361 del Código Penal, es decir, sólo atentados graves contra la libertad sexual, que van en contra de la voluntad de la víctima o al menos impliquen una falta de voluntad para la realización del acceso carnal.

De este modo, en el estupro el sujeto pasivo manifiesta su voluntad a favor de la realización del acceso carnal, existe un consentimiento que es parte de los elementos objetivos del tipo,²¹² transformándose este elemento en un presupuesto fáctico que hace diferencia el estupro de la violación.

Sin embargo, este consentimiento tiene un vicio de validez, en tanto el sujeto pasivo no se encuentra plenamente capaz para consentir la realización

²¹¹ Ibíd. p.170

²¹² Ibíd. p.173

del acceso carnal, pues en consideración de su etapa de desarrollo no ha alcanzado la plena conciencia y madurez que ameritan las relaciones interpersonales en el ámbito sexual, por lo que su consentimiento bajo determinadas circunstancias se puede ver influido por una tercera persona que se trata de aprovechar de su situación de superioridad frente al adolescente o de su inexperiencia o ignorancia sexual mediante el engaño.

En las hipótesis previstas por el artículo 363 del Código Penal se puede encontrar como un factor común el abuso de una situación de superioridad respecto de la víctima. Este abuso supone el conocimiento acerca de la situación de inferioridad en que se encuentra el sujeto pasivo, en razón de un estado de desmedro de sus facultades mentales; de una situación de dependencia con respecto a al hechor; de un grave estado de desamparo o de un cuadro de inexperiencia o ignorancia sexual.²¹³ Pero, tal como señala RODRÍGUEZ COLLAO, no basta con tal conocimiento: para que haya abuso es necesario, además, que el sujeto activo aproveche las ventajas que la circunstancia del desvalimiento de la víctima ofrece para la realización del acceso carnal.²¹⁴

Bajo estos presupuestos y en torno al tema de este trabajo, podemos estar frente a un sujeto activo menor de edad, que no necesariamente debe ser menor que la víctima, en tanto que dentro de las relaciones interpersonales de carácter sexual que se puede dar entre adolescentes, el sujeto pasivo del delito se puede encontrar bajo alguna de las circunstancias descritas por el tipo del estupro, lo que puede ser aprovechado por un menor de edad tanto de mayor, igual o menor edad que él. Pues puede aprovecharse de una situación de desvalimiento creada por un tercero, como por ejemplo, el caso de una

²¹³ *Ibíd.* p.173

²¹⁴ *Ibíd.* p. 173-174

muchacha que es drogada por sus compañeros de curso, a tal punto que un tercero logra acceder carnalmente a ella aprovechándose de la situación creada por otros. Como también puede, poseer más experiencia sexual que la víctima y se puede aprovechar de su ignorancia, aún cuando esta sea mayor que el victimario.

A continuación revisaremos someramente cada una de las hipótesis que contempla en artículo 363 del Código Penal.

a) Anomalía o perturbación mental.

El N° 1 del artículo 363 del Código Penal a diferencia de las hipótesis de enajenación o trastorno mental que exige el tipo de violación, se exige una alteración de los procesos intelectuales y volitivos de la víctima, producto de un cuadro patológico de menor entidad, de tal modo que pese a que la víctima se encuentre bajo un cuadro de disfunción psíquica, tenga la posibilidad de expresar su voluntad en orden a la realización de un comportamiento sexual.²¹⁵ Por lo que estamos frente a un caso en que no existe una absoluta privación de la razón, pero atendida la edad de la víctima el legislador busca darle un protección especial, por la implicancia que puede tener este acto para su desarrollo conductual posterior.

b) Relación de dependencia.

Como señala RODRÍGUEZ COLLAO se trata aquí de una situación de sometimiento de la voluntad de un individuo a los designios de otra voluntad.²¹⁶ Hipótesis contemplada en el N° 2 del mencionado artículo, y que enumera una

²¹⁵ Ibíd. p.176

²¹⁶ Ibíd. p. 176

serie de situaciones que ejemplifican una relación de dependencia, por lo que no se trata de una enumeración taxativa, por lo que incluso se podrían subsumir situaciones a las que se pueden ver envueltos los adolescentes producto de subculturas que podrían tener una organización vertical, donde uno de los adolescentes logre tener una relación de control sobre sus pares.

c) Situación de grave desamparo.

En el N° 3 del artículo 363 del Código Penal quedan comprendidas aquellas situaciones en que la víctima carece de protección que le puedan brindar otras personas o de la seguridad de un lugar en el que pudiera sentirse realmente protegida. En tanto este desamparo debe ser de tal envergadura que resulte decisivo en pro de la manifestación de voluntad de la víctima a la realización del acceso carnal.²¹⁷

d) Inexperiencia o Ignorancia sexual.

Con anterioridad a la Ley N° 19.617 el estupro estaba configurado en base a esta hipótesis, pues como señala GARRIDO MONTT en el texto primitivo las modalidades de prevalimiento (autoridad o confianza) se consideraban circunstancias agravantes especiales aplicables a todos los delitos del párrafo, en lugar de concurrir a la configuración del estupro. La forma comisiva se vinculaba al “engaño”, marcada por la inexperiencia sexual o “doncellez” que debía detentar la víctima.²¹⁸ Sin embargo, con posterioridad a la Ley N° 19.617 al reducir substancialmente el elemento engaño de este tipo, esta circunstancia ha dejado de representar un peligro social serio, dado el nivel de información de que cuenta la ciudadanía en general, y los jóvenes en

²¹⁷ *Ibíd.* p. 178

²¹⁸ GARRIDO MONTT. Tomo III. Op. Cit. p.302

particular, disponen y poseen actualmente, acerca de la sexualidad y de su ejercicio.²¹⁹ Lo que es acorde con la autodeterminación de los adolescentes y su responsabilidad, pues hoy en día estos poseen un acceso mucho más fácil a la información de aspectos sexuales y por tanto es cada vez más complejo hablar de inexperiencia o ignorancia frente a un tercero, independientemente de los reparos que se puedan hacer al contenido de esta información.

Sobre la materia a que se refiere este trabajo, es menester aclarar que la tipificación de esta modalidad de estupro, que la doctrina normalmente designa como fraudulento, es muy criticada, básicamente por estimar que lleva implícito el riesgo de incriminar situaciones que no suponen un verdadero atentado a los intereses sexuales de la presunta víctima; por su falta de contenido sociológico, pues tal como señala RODRIGUEZ COLLAO, “resulta muy difícil de imaginar que una persona entre catorce y dieciocho años pueda ser objeto de engaño en materias sexuales; y porque si a las personas mayores de catorce años se les reconoce autonomía decisoria en el plano sexual, considerar el engaño como elemento apto para comprender dicha libertad sólo podría hacerse desde una concepción mercantilizada e instrumental del ejercicio de la sexualidad, que pugna con la más moderna concepción de ella como un fin en sí mismo”.²²⁰ Pues si al adolescente se le hace responsable de sus actos penalmente, se le da la libertad para decidir el curso de su sexualidad y se le reconoce el estatus de persona libre para desarrollar su personalidad, ha de suponerse que posee capacidad para no caer en engaños relativos a esta materia.

²¹⁹ TOBAR, Juan Carlos. “Violencia sexual. Análisis de la nueva ley”. Editorial Pehuén. Santiago, 1999. p. 45-46

²²⁰ RODRIGUEZ COLLAO. Op. Cit. p.180

El abuso sexual

Uno de los aspectos más relevantes, atendida la materia de esta memoria, es entender qué es lo que se debe entender por abuso sexual, ya que el artículo 366 ter del Código Penal señala:

“Art. 366 ter. Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.”

La comprensión de este artículo nos obliga a entender qué es un acto de significación sexual, toda vez que los tipos de la violación y el estupro la acción sexual es reconocible por ciertas propiedades físicas: la colocación espacial de un órgano genital en determinadas cavidades corporales²²¹. En el delito de abusos sexuales, en cambio, el único criterio de identificación de la acción típica es su connotación sexual.²²² De tal modo, la concepción que se tenga de la connotación sexual decide, por lo tanto, la tipicidad de la acción realizada. Sobre este punto, la doctrina se escindió en dos concepciones rivales. Una primera concepción, psicologista, reducía la connotación sexual del comportamiento a la existencia de un determinado estado mental del autor, un ánimo especial, denominado “ánimo lascivo” o “ánimo lúbrico”, haciendo con ello del delito de abusos deshonestos un delito de tendencia interna intensificada (elemento subjetivo del tipo). Para otra concepción, normativista, la connotación sexual es una cuestión de significación o sentido, que se determina

²²¹ BASCUÑAN RODRIGUEZ. (2007) Op. Cit p.66

²²² *Ibíd.* p.66

o reconoce siguiendo pautas culturales, es decir, un elemento normativo del tipo objetivo.

Profesores como POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ²²³, están a favor de la necesidad de considerar elementos subjetivos, pues “el delito de abuso sexual presenta problemas justamente en la medida que existen actos en que claramente se evidencia la connotación sexual del mismo, pero hay otros en que no es posible aprehender de su mera objetividad si tienen tales características. Tales son los actos ambivalentes, ambiguos o equívocos.”²²⁴ En contra de esta posición encontramos profesores como GARRIDO MONTT, quien señala que “[d]ebería recurrirse a criterios normativos para determinar la significación sexual del hecho, considerando los criterios que existan en el medio social. Es la valoración general de acuerdo a las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico la que deberá determinar la naturaleza o significación sexual del acto”²²⁵.

Así, Optando por esta última línea RODRÍGUEZ COLLAO establece que “si la determinación acerca del carácter sexual de un comportamiento se efectuara tomando como base únicamente la posición subjetiva del hechor (es decir, el sentido que para éste tiene el acto ejecutado), el delito se transformaría en una forma de penalizar el simple ejercicio desviado de la actividad sexual. Y si, por el contrario, aquella determinación se efectuara tomando como punto de referencia la forma en que la víctima pondera el acto, la configuración del tipo

²²³ Ver: POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. Op. Cit.; RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. Revista Política Criminal Nº 3, 2007.

²²⁴ RAMÍREZ, María Cecilia. Op. Cít. p. 12

²²⁵ GARRIDO M. Op. Cit.p. 315

estaría revestida de un margen de incertidumbre incompatible con la pérdida de taxatividad que ha de presidir el ordenamiento penal.”²²⁶

De esta manera se debe tener precaución con agregarle un contenido “moralizante” a la noción de “*acto de significación sexual*”, en donde parámetros subjetivos de quien juzga pueden determinar el contenido de este concepto, tal como se corre peligro en tratar de descubrir la significación subjetiva del acto para el sujeto activo del delito, pues tal como señalaba RODRÍGUEZ COLLAO, se corre el peligro de penalizar un simple ejercicio desviado de la actividad sexual, pero que no lesiona el bien jurídico protegido, si sometemos el acto a parámetros objetivos, como lo pretende hacer la concepción normativa.

Además el artículo 366 ter exige que el acto sea de “*relevancia*”, lo que implica que no se puede castigar actos que podrían encuadrarse en las relaciones normales entre adolescentes, pese a que para uno de ellos posea una significación sexual, pues como se ha señalado durante el transcurso de este trabajo, la sexualidad del adolescente esta en un proceso de desarrollo donde, hay actos que implica un descubrimiento de sí mismo, más que un acto doloso con la intención de causar un daño. Por esto los parámetros deben ser objetivos en consideración a lo que la sociedad está dispuesta a tolerar entre las relaciones interpersonales de los adolescentes.

Delito de corrupción de menores.

El profesor GARRIDO MONTT señala, genéricamente, que este delito se entiende como “la realización de actos que interfieren en el proceso de formación y desarrollo de la sexualidad de una persona, poniendo en peligro la

²²⁶ RODRÍGUEZ COLLAO. Op. Cít. p.200

libertad en su ejercicio futuro”²²⁷. Radicando el contenido de la punibilidad en el amparo de la indemnidad sexual de un menor, de su derechos a vivir en normalidad el proceso de desarrollo y conformación de la sexualidad.²²⁸

De esta forma, el profesor GARRIDO MONTT le da un contenido libre de concepciones morales colectivas, poniendo énfasis en el menor afectado, pues señala que quienes han sido sometidos a prácticas sexuales en forma prematura, demasiado frecuentes, excesivas o complejas, pueden ver afectado su proceso de autoconformación de su sexualidad, con posible trascendencia en su pubertad y madurez. Asimismo, señala que los antecedentes fundamentales que respaldan este tipo penal son: a) la potencialidad que detentan ciertos actos de relevancia sexual para incidir en el proceso de formación y consolidación de la sexualidad de una persona, y b) la vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo para su desarrollo, lo que se satisface estableciendo límites de edad dirigidos a regular su madurez sexual.²²⁹ Por tanto, no es “el acto” el que debe tener carácter corrupto, sino “la sexualidad del menor” la que debe ser “corrompida” con su ejecución.²³⁰

Dentro de esta figura se ha hecho referencia a una serie de delitos, subsumibles en una forma genérica de ejercicio del proxenitismo, que consiste en la realización de actos sexuales prohibidos, siendo el más representativo el delito de favorecimiento de la prostitución. Criterio que históricamente fue desarrollado dentro del Código Penal, para incluir conductas que afectan a la

²²⁷ GARRIDO MONTT. Op. Cit. p.324

²²⁸ *Ibíd.* p.324

²²⁹ *Ibíd.* pp.324-325

²³⁰ *Ibíd.* p.325.

moralidad pública o a las buenas costumbres, considerando como objeto de protección un interés colectivo, y no al menor.²³¹

Esto implicaba que el objeto de protección en este delito fuese considerado “la honestidad”, la cual concebía la existencia de actos sexuales “prohibidos” de acuerdo a las prescripciones de un criterio determinado de valoración moral, aun cuando su ejecución fuese consentida.²³² Para GARRIDO MONTT, esta fundamentación no consideraba adecuadamente los efectos que pudieren ocasionar tales actos a la libertad del individuo, o a su salud psíquica²³³.

Concepción que es irreconciliable con la configuración actual de los delitos sexuales, luego de la Ley 19.917 del año 1999, pues al menos en su gran mayoría reconoce la libertad sexual como el bien jurídico protegido, salvo en el caso de los menores de 14 donde el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, y entre los menores de 18 pero mayores de 14 donde se protege ambos bienes jurídicos.

Por esto, resulta cuestionable la opción de considerar el delito de sodomía dentro del tratamiento de los delitos de corrupción de menores, como sucede en el libro del profesor RODRÍGUEZ COLLAO²³⁴, quien justifica su posición aduciendo que un menor merece tutela en estos casos, en razón de su edad y de su estado y experiencia personal, pues puede verse afectado psíquica o emocionalmente en un sentido que puede ver alterado el normal

²³¹ *Ibíd.* p.325

²³² *Ibíd.*p.326

²³³ *Ibíd.* p.326

²³⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, Op. Cít. p.249 y ss

desarrollo de su sexualidad.²³⁵ Sin embargo, tal como explicamos anteriormente a propósito del delito de sodomía,²³⁶ bajo estos argumentos se esconde una concepción de la homosexualidad como algo “enfermo” y desviado que debe ser evitada su propagación.

Por otro lado, las figuras que se han vinculado (mayoritariamente) a la corrupción de menores son las de favorecimiento a la prostitución, la obtención de servicios sexuales de menores, el exhibicionismo y la utilización de un menor en la producción de material pornográfico.

a) La prostitución de menores de edad.

En Chile la prostitución no es un delito, está permitida e incluso reglamentada en el Código Sanitario, donde el artículo 41 de dicho cuerpo legal establece:

“Artículo 41°.- Para las personas que se dedican al comercio sexual, se llevará una estadística sanitaria, no permitiéndose su agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia.

La vigilancia del cumplimiento de este artículo corresponderá a las Prefecturas de Carabineros, las que deberán ordenar y llevar a efecto la clausura de los locales en que funcionan dichos prostíbulos, sin perjuicio de las sanciones que imponga el Servicio Nacional de Salud.

Las clausuras realizadas por el Cuerpo de Carabineros no podrán ser

²³⁵ Ibíd p.253

²³⁶ Cfr. Infra p.108

alzadas sino a solicitud del propietario del inmueble y por orden judicial expedida por el Juez Letrado en lo Civil de Mayor Cuantía correspondiente, el que resolverá con conocimiento de causa y previo informe del Servicio Nacional de Salud. Dispuesto el alzamiento de la clausura, el inmueble no podrá ser restituido sino a su propietario.”

Esta atipicidad de la prostitución se basa en que por una parte carece de eficacia práctica prohibir una actividad como ésta y prohibirla sería una intromisión del derecho en la esfera privada de cada individuo y por ende coartaría su libertad sexual. Sin embargo, se ha tendido a prohibir ciertos actos anexos al ejercicio de la prostitución, como lo hace el artículo 41 del Código Sanitario, citado anteriormente, en donde se prohíbe que quienes se dediquen a la prostitución se agrupen en prostíbulos, ya sea por razones sanitarias, por razones sociales o morales.

Esta misma atipicidad de la prostitución se aplica a los menores que ejercen la prostitución, pero no así para quienes promueven o facilitan la prostitución de menores de edad o para quienes a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuvieron servicios sexuales por parte de adolescentes mayores de 14 años pero menores de 18 años de edad.

Debido a que aunque a estos últimos el Estado les reconozca libertad sexual, ésta se entiende dentro del proceso de desarrollo del individuo, por lo que aún se protege la indemnidad sexual del menor. Con respecto a esto GARRIDO MONTT señala que estos comportamientos afectan potencialmente la indemnidad sexual del menor, pero también cita autores como MUÑOZ CONDE, BAJO FERNÁNDEZ y DÍAZ-MAROTO quienes han sostenido que el bien jurídico protegido por este tipo de delitos es la moral sexual colectiva, que

constituye un atentado contra la libertad sexual, en tanto afecta a personas que motivadas por el lucro son usadas para satisfacer los deseos de otras²³⁷.

Dentro del contexto de la protección de la indemnidad sexual de los menores es que el artículo 367 del Código Penal, que establece:

“Artículo 367.- El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.”

Este delito castiga a quien promueve o facilita la prostitución de menores de edad, con el objeto de proteger a los menores frente a la situación de especial vulnerabilidad en que éstos se encuentran en razón de su edad, frente a los abusos de que pudieren ser víctimas por parte de personas más experimentadas.

Sin embargo, se produce el problemas al determinar que sucede en ciertas situaciones; primero con los menores que ya poseen una experiencia sobre el ámbito sexual y que aducen que tal como se le reconoce libertad sexual para mantener relaciones sexuales consentidas, se les debe reconocer la libertad para mantener estas a cambio de una prestación sin que esto genere problemas para quienes facilitan la actividad sexual lucrativa del menor, como para quienes obtienen sus servicios sexuales, conducta tipificada en el artículo 367 ter del Código Penal. Sin embargo, el legislador opto por

²³⁷ GARRIDO MONTT. Op.Cít. pp. 343 y 344

resguardar en cualquier caso la indemnidad del menor, aún cuando este tenga vasta experiencia sexual, pues ve que en el acto de la prostitución existen una serie de riesgos asociados y presupone que el menor se pudo ver motivado por fuerzas externas, que dentro de su etapa de madurez aún en proceso su decisión no es enteramente libre.

Otro problema surge en determinar qué sucede en los casos que otro menor es quien induce, promueve o facilita la prostitución de un menor, por ejemplo una joven que está dentro del ambiente de la prostitución e induce a su amiga a prostituirse. Bajo este supuesto estaríamos frente a dos menores que pueden haber tenido similar experiencia sexual y por ende el fundamento de la norma parece debilitarse en parte. Por esto pareciera que tanto el delito tipificado en el artículo 367 y 367 ter del Código Penal debieran ser de aquellos delitos que hubiera convenido dejar fuera del catálogo de conductas punibles para los adolescentes o al menos ser considerados en la regla del artículo 4º de la Ley 20.084. Sin embargo para evitar la instrumentalización de menores para inducir a otros a estas prácticas, parece adecuado mantener la aplicación de estos tipos penales.

b) El Childgrooming.

La Ley N° 20.526, publicada en el Diario oficial el 13 de Agosto de 2011, quiso actualizar la redacción del artículo 366 quáter con una realidad cada vez más creciente gracias a la masificación de internet y las comunicaciones a través de redes sociales, es decir el childgrooming o ciber acoso a menores a través de internet, el cual se ha definido como “el conjunto de acciones emprendidas deliberadamente por un adulto con el objeto de ganarse la amistad de un menor de edad, al crearse una conexión emocional con el

mismo, con el fin de disminuir las inhibiciones de este último y poder abusar sexualmente de él.”²³⁸ Sin embargo, a diferencia de lo que señala esta definición pareciera que nada impide que este delito pueda ser cometido por un menor en contra de otro, ya que el artículo 366 quáter no distingue en la edad del sujeto activo, sino solo en la del sujeto pasivo, pues está redactado en los siguientes términos.

“Artículo 366 quáter.- El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si, para el mismo fin de procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo.

Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores.

Las penas señaladas en el presente artículo se aplicarán también cuando los

²³⁸ Historia de la Ley N° 20.526, pp. 12-13, disponible en www.bcn.cl

delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico.

Si en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado.”

Sin embargo la misma Ley N° 20.526, modificó el artículo 4° de la Ley N° 20.084 que como hemos visto, contiene una regla especial para los delitos sexuales, obligando a sobreseer definitivamente el hecho investigado , y constitutivo de los delitos de violación impropia, sodomía, abusos sexuales impropios y exposición de menores a actos de significación sexual, cuando el sujeto activo hubiese accedido carnalmente a un menor de 14 años sin las circunstancias del artículo 361 o del artículo 363, ambos del Código Penal, siempre y cuando no medien más de dos años de edad con el otro menor (en los demás casos tres años). Actualizando el catálogo de delitos a los cuales es aplicable esta regla, aplicándolo también a estos casos y a la producción de material pornográfico.

De tal modo que existirá atipicidad o excusa legal absolutoria –según la doctrina adoptada- en una relación subsumible en los elementos descritos en el tipo penal, entre un adolescente menor de 18 años pero mayor de 14 años y uno menor de 14 años, si entre estos no existe una diferencia edad superior a tres años y no concurre alguna de las circunstancias descritas en los artículos 361 y 363 del Código Penal. Esto porque estos actos se pueden tomar como actos normales dentro de las relaciones de carácter sexual de los adolescentes con sus pares, en el desarrollo normal de su sexualidad.

El mencionado artículo 366 quáter del Código Penal, fue introducido por la Ley N° 19.617 modificado por la Ley N° 19.927, tipificaba el abuso sexual impropio o indirecto, la exposición de menores a actos de significación sexual o conducta sexual impropia con menores de 14 años. Pero luego de la dictación de la Ley N° 20.526 presentó cambios en la mayoría de su redacción, con la finalidad de incluir el *Childgrooming*, especialmente el empleo de medio virtuales e informáticos para la realización de este tipo de acciones, constitutivo de acoso sexual a menores. Tomando en cuenta el gran crecimiento que han experimentado las conexiones a internet en Chile, y que los principales usuarios de estas son los menores de edad.²³⁹ Por esto en inciso 2° fue modificado introduciéndole el elemento "...o a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años" como alternativa de conducta.²⁴⁰

La finalidad de esta inserción era, según SCHEECHLER, abarcar uno de los objetivos del agresor sexual, es decir, conseguir material pornográfico del menor con el que ha establecido contacto, normalmente a través de redes informáticas o telemáticas. De este modo, el agresor se involucra en un "espiral" de pornografía, estimulándolo a conseguir, y luego producir, más material.²⁴¹ Introduciendo a su vez al menor en una relación en que se ve *determinado* por el sujeto activo a enviarle a través de medio electrónicos imágenes suyas de significación sexual, produciendo una coacción psicológica sobre el menor.

²³⁹ SCHEECHLER, Chistian. "El Childgrooming en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la Ley N° 20.526.", Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. Vol. 3 N° 1, 2012. p.68

²⁴⁰ *Ibíd.*p.68

²⁴¹ *Ibíd.* p.68

Con respecto al inciso 3° del artículo 366 quáter se agregan nuevas circunstancias a la ya existentes para la comisión de las conductas de los incisos primero y segundo, y que son las amenazas, en los términos de los artículos 269 y 267 del Código Penal, cuando la conducta del sujeto activo afecte a un mayor de 14 años (el tipo no distingue entre menores y adultos). Esto último se fundamenta en las características criminológicas del *childgrooming*, pues el *groomer* (sujeto activo del delito) extorsiona a la víctima para conseguir material suyo de carácter pornográfico o bien para concretar y abusar físicamente de esta. Esto mismo implica que el sujeto pasivo se enfrenta a amenazas condicionales del artículo 296 del Código Penal, donde la condición será el envío de material pornográfico de la víctima o un encuentro con el agresor.²⁴²

Por último, la Ley N° 20.526 incluyó en el inciso 5° del artículo 366 quáter una forma agravada de cualquiera de las conductas típicas del artículo, cuando el autor falseare su identidad o edad. Esto tiene relación con que los medios de comunicación a distancia como internet, en donde se hace muy fácil mentir sobre la edad o la identidad, con el objeto de seducir a menores.

De esto modo, se intenta evitar el acoso que puede hacer tanto un adulto como un menor púber a un menor a través de internet, tomando en cuenta que las relaciones a través de este medio aumentaron exponencialmente en la década recién pasada.

c) Utilización del menor en la producción de material pornográfico.

Nuestra legislación penal se ha tratado de adaptar a las modernas formas de afectar los bienes jurídicos involucrados en materia sexual, es decir,

²⁴² *Ibíd.* p.69

la indemnidad sexual o la libertad sexual, según sea en caso. Unido a esto la multiplicidad de relaciones comunicativas a través de redes como internet, facilitan el intercambio de información que puede afectar la dignidad de las personas o incluso afectar bienes jurídico como la indemnidad sexual de los menores, como en el caso de distribución de material pornográfico de menores. Aunque el objeto de la incriminación no radica en el contenido del material en sí, o en las acciones ejecutadas con éste, sino en las fases propias de la producción o elaboración del material pornográfico que involucra menores de edad²⁴³.

La pornografía es definida como una “calificación de ciertos objetos, elementos o manifestaciones visuales o auditivos, que tienen naturaleza libidinosa (debe constituir una grosera expresión de dicho carácter) y al mismo tiempo carecen de valor artístico, literario, científico o educativo”.²⁴⁴

La pornografía que involucra a menores de edad está definida en el inciso 2° del artículo 366 quinquies y tipifica esta conducta en los siguientes términos:

“Artículo 366 quinquies.- El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.

Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales

²⁴³ GARRIDO MONTT. Op. Cít. 338

²⁴⁴ *Ibíd.* p. 333

explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.”

El fundamento de la prohibición de que participen menores de 18 años en una producción pornográfica es la protección de su indemnidad sexual, que puede resultar afectada por su utilización.²⁴⁵

En tanto, el sujeto pasivo del delito puede ser cualquier menor de 18 años, pues el legislador no hizo distinción entre si el menor tenía o no más de catorce años. Además carece de relevancia la circunstancia de cómo intervino en la producción del material pornográfico, vale decir en forma voluntaria o sin esta. Aunque cabe aclarar, que si para la producción del material pornográfico se cometieron otros delitos como violación, estupro o abuso sexual, el hecho punible será uno de estos según la naturaleza del acto²⁴⁶.

Sin embargo, debemos aclarar que con la modificación introducida al artículo 4° de la Ley 20.084, por parte de la Ley N° 20.056, se ha agregado dentro del catalogo de delitos a los cuales le es aplicable la regla especial de la Ley N° 20.084, este delito. Por lo que podemos estar frente a un acto atípico si los involucrados poseen una diferencia de edad menor a 3 años y han actuado voluntariamente.

²⁴⁵ *Ibíd.* p. 338

²⁴⁶ *Ibíd.* p. 339

d) Comercialización, adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil.

El temor por la vulneración sexual a los menores y el avance de la tecnología, hizo necesario la introducción de nuevos tipos penal, como los ya mencionados artículos 366 quáter y 366 quinquies, por medio de la leyes números 19.627, 19.806, 19.917 y 20.056, que han actualizado el catalogo de delitos en esta materia, han intentado responder a las inquietudes de la ciudadanía. Junto con los tipos penales mencionados se creó el tipo penal que castiga la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil, ubicándolos entre aquellos delitos que se refieren al ultraje público y a las buenas costumbres, lo que según el profesor GARRIDO MONTT, lleva a inferir que se consideró que no tenían un parentesco directo con los que protegen el bien jurídico de aquellos que reprimen la corrupción de menores.²⁴⁷

Este delito está redactado en los siguientes términos:

“Artículo 374 bis.- El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.”

²⁴⁷ Ibíd. p. 340

Según los profesores POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, “este delito afecta, principal, sino únicamente, la moralidad pública, tal como reza el epígrafe del párrafo en el que se incorporó al Código, y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores utilizados, directamente afectada sólo por quienes producen dicho material.”²⁴⁸ Conclusión que discrepa de nuestra postura de considerar la “moralidad”, como un bien jurídico que debe ser protegido por el derecho penal, toda vez que responde a concepciones subjetivas o una noción del “lo bueno o lo malo” que va más allá de afectación o puesta en peligro de un bien jurídico de una persona. Más bien pareciera que el fundamento del tipo penal fuese adelantar la punibilidad de los actos que puedan implicar una vulneración a los derechos de los niños. Esto tiene relación con la importancia social que se le da este tipo de delitos y el tratamiento del abusador como un “enemigo” social que debe ser exterminado. En este contexto, la puesta en peligro de los niños susceptibles de ser afectados en su indemnidad sexual hace que se trate de evitar cualquier acto que , por muy lejano que fuese, pudiera fomentar estas prácticas, como es el caso de la distribución de este tipo de material pornográfico, hasta llegar el punto de castigar el “almacenamiento”.

²⁴⁸ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ. Op. Cít. p.287

CAPÍTULO IV: LA VÍCTIMA

Si bien el derecho penal moderno sustrae del conflicto a la víctima, estableciendo la relación jurídica entre el Estado y el delincuente, en este estudio no se puede dejar de lado a la víctima, tal que, por un lado cada vez más ha tomado relevancia su figura en el aspecto procesal penal y la potencial solución de conflicto; como las modalidades de justicia penal negociada o “*Plea Bargaining*”, que tiene una fuerte incidencia en el actual procedimiento penal, como los acuerdos reparatorios, por ejemplo. Sin embargo, otros aspectos, aún más relevantes, que ponen a la víctima en el centro es la incidencia que tiene un delito de connotación sexual en ésta y la incidencia que puede tener ser víctima de un delito para convertirse en victimario.

Este último aspecto ya lo revisamos anteriormente²⁴⁹, a propósito de los factores que influyen al comportamiento del menor ofensor sexual, pero nos gustaría profundizar un poco más en los efectos psicológicos que provoca ser víctima de uno de este tipo de delitos y cómo la legislación o la política criminal los toma en cuenta, toda vez que es distinto para el desarrollo de un individuo ser víctima de un delito de connotación sexual que de un delito que afecte bienes jurídicos como el patrimonio o incluso la integridad física. Esto por la importancia tanto social como personal que se le da al desarrollo sexual, lo que repercutirá por el resto de la vida, tanto en sus relaciones interpersonales como la percepción de sí mismo, más aún cuando hablamos de que la víctima es un menor de edad.

²⁴⁹ Cfr. Infra. p. 92

Aspectos psicológicos de la víctima

El abuso está contextualizado por una relación asimétrica dominada por la coacción que le impone uno a otro para realizar actos de significación sexual, si bien esta relación asimétrica mayoritariamente es dirigida por un adulto, un porcentaje no menor es realizada por menores que victimizan a otros menores, según hacen referencia ECHEBURÚA y DE CORRAL el 20% del abuso sexual infantil está provocado por otros menores²⁵⁰

Los estudios son categóricos al señalar que las consecuencias psicológicas que suelen acompañar a la vivencia del abuso sexual infantil son frecuentes y diversas, tanto aquellas que se producen en la infancia como las que, en muchas ocasiones, perduran hasta la edad adulta e incluso influyendo en todas las áreas personales de la víctima.²⁵¹

Los psicólogos señalan que con respecto a las consecuencias a corto plazo al menos un 80% de las víctimas sufren consecuencias psicológicas

²⁵⁰ ECHEBURÚA, E y CORRAL, de, P. "Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia". Cuad. med. forense [online]. 2006, n.43-44 [citado 2012-10-01], pp. 75-82 . Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100006&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1135-7606. <http://dx.doi.org/10.4321/S1135-76062006000100006>.

²⁵¹ PERADA BELTRÁN, Noemí. "Consecuencias psicológicas iniciales del abuso sexual infantil" Papeles del Psicólogo, Vol. 30, Núm. 2, mayo-agosto, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, España, 2009, p. 135, Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=77811726004>

251

negativas²⁵². Esto dependerá del grado de culpa que sienta el menor, así como de la manera en que afronte el problema. Estudios señalan que en general, las niñas agredidas tienden a presentar cuadros ansioso-depresivos y los niños varones, fracaso escolar, dificultades inespecíficas de socialización y un comportamiento sexual agresivo²⁵³. Lo que sin un adecuado tratamiento psicológico puede devenir en consecuencias a largo plazo. Los estudios señalan que cerca de un 30% de las víctimas presentan consecuencias a largo plazo; “entre ellas se señalan que se presentan alteraciones en la esfera sexual - disfunciones sexuales y menor capacidad de disfrute, especialmente-, la depresión y el trastorno de estrés postraumático, así como un control inadecuado de la ira (en el caso de los varones, volcada al exterior en forma de violencia; en el de las mujeres, canalizada en forma de conductas autodestructivas”²⁵⁴ Sin embargo, este impacto dependerá de las características personales de la víctima, así como de la contención emocional que reciba y el entorno que le rodee.

Se ha señalado que el impacto emocional de una víctima de agresión sexual dependerá de cuatro variables:

1. El perfil individual de la víctima, es decir, su sexo, edad, estabilidad psicológica y contexto familiar.
2. Características del acto abusivo, como la frecuencia, severidad, existencia de violencia o amenazas, etc.
3. Relación existente con el abusador, siendo más relevante el grado de confianza que se tenía con este que la proximidad del parentesco que exista entre ambos.

²⁵² ECHEBURÚA, E y CORRAL, de, P Op. Cit.. p. 78

²⁵³ *Ibíd.* 78

²⁵⁴ *Ibíd.* 79

4. Consecuencias asociadas al descubrimiento del abuso, entre ellas, si este abuso conlleva un quiebre familiar, como cuando el abuso es cometido por el padre o padrastro de la víctima.²⁵⁵

Esto es acorde con lo señalado sobre los factores que influyen para que un adolescente se convierta en un ofensor sexual. Ahí radica la importancia de un adecuado tratamiento psicológico para la víctima menor de edad y de esta forma evitar que aumenten las probabilidades de que la víctima se transforme en victimario, aunque no sea una relación necesaria como vimos anteriormente.²⁵⁶

El Sistema Penal y las Víctimas de abusos sexuales

Como señalamos anteriormente la víctima fue desplazada del sistema penal, esto sucedió con fuerza desde la inquisición, pero el día de hoy ha vuelto a tomar fuerza su consideración, sin embargo cabe hacernos la pregunta ¿Hasta qué punto el sistema penal debe considerarla? La pregunta no es irrelevante considerando todo el daño psicológico que se le produce a un menor que es víctima de un abuso sexual.

La primera reacción que debe tener el sistema estatal, debe ser brindarle apoyo a las víctimas, es decir, un adecuado apoyo psicológico para evitar las secuelas a corto y especialmente las a largo plazo, ya que como estudiamos el hecho traumático puede ser un factor criminógeno. Para esto encontramos la Unidad de apoyo a Víctimas y Testigos de la Fiscalía.

²⁵⁵ Ibíd. p. 79 - 81

²⁵⁶ Cfr. Infra p. 92

En este sentido, el Código Procesal Penal ya en su Mensaje establece este propósito como uno de sus principios básicos y parte de su génesis, al señalar:

“Parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento. Estas declaraciones generales dan lugar a diversas normas desarrolladas a lo largo del proyecto, por medio de las cuales se busca darles efectividad. Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aún en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación. Entre otros, se encuentran el derecho a ser informada de los resultados del procedimiento, a solicitar medidas de protección ante eventuales futuros atentados y a recurrir contra el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria.”

Este párrafo toma forma concreta en una serie de normas partiendo por el artículo 6° del Código Procesal Penal, que está dentro del Título I que establece los Principios básicos de éste, en el cual se señala:

“Artículo 6°.- Protección de la víctima. El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la

vigencia

de sus derechos durante el procedimiento.

El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir.”

Junto con esto, encontramos el artículo 1° de la L.O.C del Ministerio Público, señalando que al Ministerio Público *le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.* Estableciendo esta misma L.O.C en su artículo 34 letra e) que: *“cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas: e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal.”*

Todas estas normas en concordancia con lo establecido en el inciso 1° del artículo 83 de la Constitución Política de la República, que dispone que al Ministerio Público *“le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y testigos”.*

Esto en razón de que *“un proceso penal racional y justo no sólo debe resguardar efectivamente los intereses del imputado, sino que, en la misma jerarquía, los derechos de la víctima de gozar garantías equivalentes y efectivas en el orden de acceder a la justicia, entendida ésta como el ejercicio de la*

jurisdicción, cuestión conforme a la CPR constituye un derecho fundamental que el Estado debe respetar y promover.”²⁵⁷

Unido a ello, debemos cuestionarnos la influencia que puede tener en la configuración del sistema penal la afectación al bien jurídico protegido y, en especial, la gravedad que implica para el sujeto pasivo del delito ser víctima de un abuso sexual cuando se es aún menor de edad. Con esto queremos hacer referencia a la proporcionalidad de la pena conforme al daño social que provocan estos delitos.

Las consecuencias que le puede traer al menor ser víctima de un delito sexual ya las revisamos, someramente, y sin duda el daño tanto social como a la víctima es extremadamente alto, por lo que en la escala de las penas requiere una pena alta y esto se refleja en nuestro sistema penal, que establece una pena en abstracto para el delito de violación, por ejemplo, de presidio mayor en su grado mínimo a medio, a quien cometiere este delito en calidad de autor, es decir, arriesga una pena que va desde los 5 años hasta los 15 años y si hablamos de la violación a un menor de catorce años, la pena puede llegar hasta presidio mayor en su grado máximo, es decir tiene un límite de 20 años. Sin embargo, como nuestro estudio está basado en delitos cometidos por menores contra menores, la pena tiene un límite menor que son los 10 años, pues el artículo 18 de la Ley 20.084 establece que las penas de internación en régimen cerrado y semicerrado, ambas con programa de reinserción social, no podrán exceder de cinco (5) años si el infractor adolescente tuviere menos de

²⁵⁷ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. “Derecho Procesal Penal” Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 1ra edición. 2010, pp. 296 -297

dieciséis (16) años, o de diez (10) años, si aquél tuviere más de esa edad (16 y 17 años)²⁵⁸.

Frente a esto, muchas víctimas o familiares de aquellas podrían pensar, naturalmente, que la pena que arriesga el menor infractor es excesivamente pequeña en proporción al daño causado, pero no hay que perder del horizonte que estamos frente a un menor que se encontraba en una fase de desarrollo al momento de cometer el ilícito y que por tanto no se le puede juzgar con el mismo criterio o estándar que se le juzga a un adulto.

Por esto hay que ser cuidadoso al tomar en cuenta propuestas político-criminales que buscan aumentar las penas para este tipo de infractores penales, pues buscan lejos de todo criterio técnico, obtener reformas populistas y que crean un derecho penal simbólico

En este sentido, David Garland en su texto “La cultura del control” hace referencia al populismo punitivo y lo define como: “Aquel que se utiliza para designar la manera como se abandona el acompañamiento de los expertos en el control de la criminalidad y se adopta, en cambio, un manejo completamente politizado de la cuestión penal”²⁵⁹. Esto con el fin de enviarle un mensaje a la ciudadanía de seguridad, sobre el control que está adoptando el Gobierno ante los criminales, pero sin un trasfondo que vaya más allá de mensajes comunicativos sin eficacia práctica.

²⁵⁸ HORVITZ, María Inés. “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y el procedimiento aplicable”, Revista de Estudios de la Justicia. N° 7, año 2006. p.104

²⁵⁹ GARLAND, David. (2005) “La cultura del control”, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Editorial Gedisa. P. 48

Este aspecto es un comportamiento normal de los Gobiernos para subir en su aprobación, sin ir más lejos en el derecho comparado tenemos el caso de Colombia, según un trabajo realizado por PELUFFO y GARCIA “se quiso realizar con la reforma al código de infancia y adolescencia en materia de responsabilidad penal de adolescentes y el referendo constitucional que propone prisión perpetua a los abusadores de menores en Colombia. Ambos proyectos planteados y puestos en debate por la senadora Gilma Jiménez, quien a través de estas iniciativas busca la “protección” de la población más vulnerable, los infantes, quienes gozan de especial cuidado por parte de la Constitución Nacional y por los múltiples tratados internacionales ratificados por Colombia.”²⁶⁰

Sin embargo, una propuesta de tales características vulneraría la dignidad humana, el principio de proporcionalidad y daría pie a que por ejemplo se justificara una pena extremadamente alta también para los menores que cometieran tales delitos, en razón de buscar complacer las exigencias punitivas de la sociedad, lo que en tal caso atentaría contra la génesis de un sistema penal de adolescentes como el chileno, que se basa en las consideraciones especiales de los menores y el respeto a los tratados internacionales sobre la materia como la Convención de los derechos del Niño, en especial los artículos 3, 6, 37 y 40 de este cuerpo legal.

Puesto que las sanciones deben ser acorde a su desarrollo, y no considerar esto puede incluso traer consecuencias prácticas contrarias a lo que se pretende prevenir, ya que el menor es especialmente permeable a su entorno, de tal modo que si se encuentra demasiado tiempo privado de libertad junto con

²⁶⁰ PELUFFO, Valentina y GARCÍA, Carolina Populismo punitivo: un mecanismo para la prevención general del delito.

otros adolescentes delincuentes, puede intercambiar y adoptar más conductas antisociales de las que tenía, junto a que una pena demasiado larga atenta contra el libre desarrollo de su personalidad, por impedirle vivir una etapa crucial de la persona.

Desde esta perspectiva la determinación legislativa de la pena debe considerar ambas realidades, también así para los jueces en la determinación judicial de la pena es difícil ser indiferente a la necesidad de neutralización del delincuente que desea la víctima, ya que el fracaso en la neutralización del ofensor seguramente conllevará un sentimiento de inseguridad que puede llegar al extremo del suicidio, si siente que quien abusó de ella aún se mantiene libre. Lejos de buscar la venganza de la víctima y sus familiares, la reafirmación del sistema y la seguridad en él, requiere una respuesta que no sea indiferente al dolor del menor, ya que un aspecto importante para superar el trauma serán las consecuencias posteriores al delito y si ve que el ofensor no recibió castigo, seguramente se sentirá indefensa y su familia vivirá un resentimiento que le impedirá superar de forma adecuada el hecho traumático, desconfiando del sistema que la busca proteger.

Es complejo tomar en cuenta lo planteado y no caer en discursos que nos lleven a una intensificación del derecho penal y hacia el derecho penal simbólico, por esto debe haber un equilibrio en la eficacia del sistema para neutralización de la delincuencia juvenil, la resocialización de los jóvenes delincuentes y la consideración de la gravedad del ilícito para la víctima, aunque aún mayoritariamente se establece que se debe dejar de lado a la víctima en el conflicto, pero la consideración de esta llevará a una reafirmación de la norma más elocuente para la sociedad.

Victimización secundaria

Otro aspecto relevante para considerar de la relación entre de víctima de un delito sexual y el sistema penal es la llamada “victimización secundaria”, esto es aquella “que no ocurre como un resultado directo de la acción delictiva sino a través de la respuesta de las instituciones y los individuos hacia la víctima”²⁶¹, es decir, el revivir del hecho traumático que sufrió el menor a través del proceso penal, producto de las reiteradas declaraciones en que deberá recordar los detalles del hecho traumático y que le vuelven a producir la sensación de aquel entonces. Un efecto sumamente indeseado para la salud mental del menor, ya que no solo se siente violentado la o las veces que sucedió el abuso sexual sino cada vez que debe recordarlo.

Esto se produce desde que el menor se atreve a denunciar el abuso sexual a sus padres o cercanos y estos a la policía, donde se le toma una primera declaración, pero las cuales se repiten a lo largo de la investigación o durante la extensión del juicio, hasta incluso en las instituciones diseñadas para ayudar a las víctimas del delito.

Por esto, en Chile se ha planteado recientemente la posibilidad que exista una entrevista única para evitar que menores víctimas de abusos vuelvan a relatar los hechos que los afectaron en distintas instancias del proceso: sin embargo se ha cuestionado la constitucionalidad de esta medida, toda vez que podría interferir en la labor investigativa del Ministerio Público. Con respecto a esto último la Fiscal Liada Secchi, en entrevista con la prensa, ha señalado que la idea de que exista un asesor técnico especializado que entreviste una o

²⁶¹ VV.AA. “Manual de Victimología. Víctima, Derechos y Justicia”. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Oficina de Derechos Humanos y Justicia. Córdoba. Argentina. 2001. p. 6

máximo dos veces al menor, como ha establecido preliminarmente el proyecto del Presidente Sebastián Piñera E., se superpone con facultades constitucionales del Ministerio Público, entregándole a un ente ajeno estas funciones que son propias del agente persecutor²⁶².

Los sicólogos señalan que los aspectos que agudizan la victimización secundaria son principalmente “la escasez de información entregada a la víctima sobre las características del proceso penal, la sobreestimación de la investigación pericial (en desmedro de la atención integral de la víctima), la excesiva lentitud de los juicios (que interfiere directamente con los procesos de readaptación de las personas violentadas) y los elementos propios del juicio oral (narración del delito en presencia del victimario, cuestionamiento directo acerca de la credibilidad de la víctima, generación de sentimientos de culpabilidad, vergüenza y altos niveles de ansiedad”²⁶³. Si bien estos últimos aspectos en Chile están mitigados por una serie de protecciones a las víctimas, sobre todo cuando son menores de edad, no deja de ser traumático para el menor todo el proceso posterior a la comisión del delito, más aún considerando la etapa de desarrollo sexual en que se encuentra el menor.

De esta forma el sistema penal, en general, y proceso penal en particular. No se pueden transformar en un factor que incida en problemas psicológicos para la víctima menor de edad, ya que como vimos la víctima en estos casos es especialmente vulnerable, pudiendo desencadenar una reacción

²⁶² Entrevista disponible en: <http://noticias.terra.cl/nacional/abusos-fiscal-rechaza-entrevista-unica-por-perjudicial,150605b46d49a310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>

²⁶³ VV.AA. “Niveles de ansiedad en niños victimizados sexualmente que deben declarar en juicios orales: aportes de un programa de preparación” Revista de Psicología, Vol. 20, N° 2, 2011, Santiago de Chile. p. 191

que va desde problemas psicológicos a corto plazo, hasta el suicidio, pasando por problemas en el desarrollo del ámbito sexual.

CONCLUSIÓN

El estudio de los delitos sexuales cometidos por o contra menores revisten de una complejidad dada por lo delicado de la materia para la sociedad, toda vez que son uno de los delitos más aborrecidos por la gran mayoría de la ciudadanía, ya sea por el acto mismo de abusar sexualmente de otra persona, pero más aún cuando el sujeto pasivo es un menor de edad que no se puede defender ni manifestar su voluntad de la misma forma que un adulto y esto amplificado por las consecuencias traumáticas que puede traer el hecho en el desarrollo sexual del menor.

En medio de este contexto hay que ser extremadamente cuidadoso en no criminalizar conductas normales dentro del desarrollo psicosexual del menor que corresponde al descubrimiento de la sexualidad frente a sus pares, de otro modo, tal como señalamos podríamos caer en un discurso moral totalizante, que le extraiga el estatus de persona al menor, para transformarlo en un objeto de protección, ejerciendo sobre él un excesivo paternalismo que les impide desarrollarse libremente como persona, entendido en el contexto de un sujeto en desarrollo que posee tanto libertades como responsabilidades acorde a su etapa evolutiva.

Por otro lado, los antecedentes dados a conocer nos hablan de la dificultad que conllevan los delitos de connotación sexual, ya sea para obtener un perfil claro del menor ofensor sexual o de los factores que influyen en su comportamiento. Los estudios son escasos en el ámbito de la criminología, más aún en Chile, puesto que generalmente se investiga el desarrollo fenómeno desde la perspectiva de la víctima en un ámbito psicológico, pero se deja de lado la etiología criminal del delincuente juvenil.

Pese a esto develamos que existe una relación, aunque no necesaria, entre el sufrir un abuso sexual y convertirse en victimario. Sin embargo las opiniones están muy divididas, toda vez que pareciera que la relación es mayor cuando se es víctima de violencia en general más que sexual específicamente, además considerando que el ser humano está influenciado por múltiples factores que puede ser criminógenos como no, por lo que la respuesta dependerá de cada caso y sólo se pueden dar lineamientos generales de acuerdo a las estadísticas. Pero esto lineamientos sirven para detectar un poco más prematuramente a los menores que se encuentran en riesgo, lo que da la posibilidad de darles un tratamiento psicológico adecuado.

El sistema estatal (no reducido solamente al ámbito penal) tiene que dar cuenta de esto, ya que no se previenen delitos aumentando las penas sino dando respuestas adecuadas al individuo y pareciera que en la adolescencia aún puede ser efectivo una intervención estatal, respetando los derechos de los niños y por sobre todo su derecho a desarrollarse libremente en todo ámbito, incluido el sexual, con las prevenciones que merece el contexto del sujeto y su especial condición.

En cuanto al ámbito jurídico tanto la Ley N° 20.084 como las leyes números 19.627, 19.806, 19.917 y 20.056 que modificaron el Código Penal han intentado actualizar el catalogo de delitos sexuales a las nuevas modalidades de ataque a los bienes jurídicos protegidos, ya sea la libertad sexual o la indemnidad sexual según el caso. En este aspecto tiene especial relevancia la Ley N° 19.627 del año 1999, la cual actualizó un anacrónico tratamiento de los delitos sexuales e intentando dejar de lado las concepciones morales que imperaban en el tratamiento de estos, estableciendo como eje central la libertad sexual como el bien jurídico que debe ser protegido, quedado anexa a esto la protección de la indemnidad sexual de los menores con el fin de que una vez alcanzada la pubertad, puedan gradualmente ejercer su libertad sexual hasta

alcanzar la plenitud de esta una vez cumplido los 18 años, y no ser coaccionado o determinado su desarrollo sexual por hechos ilícitos que realicen terceros sobre estos, aprovechándose de su inexperiencia o vulnerabilidad de acuerdo a la edad del menor.

En este contexto la legislación actual ha tendido a reconocer la autonomía sexual del menor púber, es decir menor de 18 años pero mayor de 14 años, protegiendo su libertad sexual, pero también entendiendo que es un proceso gradual el desarrollo de la sexualidad, por lo que mantiene ciertos tipos delictivos como el de favorecimiento a la prostitución (artículo 367 del Código Penal) o abstención de servicios sexuales (artículo 367 ter del Código Penal), entre otros (con los reparos que puede tener cada caso), con el objeto de también proteger la indemnidad sexual del menor, pues se entiende que la el menor poseen una especial condición que aún lo mantiene en un proceso de formación.

Sin embargo, aún existen tipos penales que imponen una moral sexual y que se disfrazan bajo la aparente protección de la indemnidad sexual del adolescente, como es el claro caso de la sodomía (artículo 365 del Código Penal) y para mayoría de la doctrina el incesto (artículo 375 del Código Penal), pero que poseen un sesgo moral, como en el caso del artículos 365 del Código Penal que castiga una relación sexual consentida entre un menor púber y un adulto por tener características homosexuales, siendo que las relaciones heterosexuales entre un menor púber y un adulto no están tipificadas como delito, argumentándose que se evita la corrupción de los menores y por ente protege la indemnidad sexual del menor, pero esta concepción presupone que sólo las relaciones heterosexuales son maneras correctas de vivir la sexualidad, discriminando a los adolescente que ya después de los 14 años tienen una

clara orientación homosexual y que desean vivir su sexualidad conforme a sus expectativas.

En tal sentido en nuestra legislación subsisten tipos penales que esconden no una protección a bienes jurídicos individuales, sino a bienes jurídicos colectivos de dudosa justificación como la moralidad pública. Esto también se opone al espíritu de la legislación especial que rige las conductas penales de los adolescentes, es decir, tanto la Ley 20.084, como los Tratados Internacionales en especial la Convención de Derechos del Niño, las cuales le reconocen autonomía y responsabilidad a los niños (adolescentes) por los actos, de acuerdo a su etapa de desarrollo, y por ende presuponen un ámbito de libertad sobre el cual pueden desarrollar su libertad, y dentro de esta su sexualidad.

Por otro lado, los tipos penales se han intentado adecuar a las nuevas maneras comisivas de atentar contra los bienes jurídicos protegidos, como el *childgrooming* o la distribución de pornografía infantil, sin embargo la tecnología y los medios comisivos para cometer ilícitos mutan con rapidez, en cambio el Derecho por su naturaleza siempre va atrasado a los nuevos tipos de criminalidad, por lo que sin duda se requerirá en un futuro cercano una nueva adecuación de los tipos penales a las nuevas formas de criminalidad. Sin embargo, se debe ser sumamente cuidadoso en no caer en prácticas del llamado “derecho penal del enemigo”, es decir “despersonalizar” al delincuente y tratarlo como un enemigo social que debe ser neutralizado a como dé lugar, sin el reconocimiento de las garantías que debe otorgar un Derecho Penal y Procesal Penal enmarcado en un en un Estado Democrático de Derecho, más aún considerando que si el sujeto activo del delito es un adolescente este no debe ser tratado como un “enemigo” de la sociedad al imponerle penas excesivamente gravosas, ni reducir las garantías que los adolescente poseen

en el sistema penal, pues la adolescencia es una etapa crucial, en donde el ser sometido al sistema penal le puede generar un daño en su proceso de socialización. Además se debe entender que existen conductas propias de esta etapa y carece de sentido penalizar cuando no producen una lesión a un bien jurídico, ya sea porque el adolescente quiere vivir su sexualidad de forma homosexual o porque las conductas están dentro de las relaciones normales que un menor puede tener con sus pares. También se le desconoce su calidad de persona responsable si la reacción penal es excesivamente paternalista porque el libre desarrollo de la personalidad implica reconocer ámbitos de libertad para ejercer las acciones que cada individuo estime conveniente, dentro de los márgenes del ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

BASCUNAN RODRIGUEZ, Antonio. Problemas básicos de los delitos sexuales. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. ago. 1997, vol.8 supl.

BASCUÑAN R. Antonio. Delitos contra la autodeterminación sexual. Apuntes de clase. Universidad de Chile. 2001. p. 15 (Citado con autorización del autor).

BASCUÑAN, Antonio. “La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil” (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 683-2010). Centro de Estudios Públicos. N°124, Primavera de 2011, Santiago de Chile.

BECK, Ulrich. “La Sociedad en Riesgo: Hacia una nueva Modernidad”. Editorial Paidós. Barcelona, España. 1998

BERLIN, Isaiah “Dos conceptos de libertad” en Anthony Quinton, Filosofía Política, México, FCE, 1967.

BERRIOS, Gonzalo. “3 años de vigencia de la ley de responsabilidad penal adolescente” Defensoría Penal Pública.

BERRIOS, Gonzalo. “El nuevo sistema de justicia penal para Adolescentes”, Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Año 2005.

BERRIOS, Gonzalo. “La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas”. *Polít. crim.* Vol. 6, N° 11 (Junio 2011), Art. 6.

BERRIOS, Gonzalo. Apuntes de clases. Curso de Responsabilidad Penal Adolescente. Universidad de Chile. Año 2010 (inéditos).

BOBBIO, Norberto. “Kant y las dos libertades”, Teoría general de la política, Madrid, Trotta, 2003.

BUSTOS Juan, “Imputabilidad y edad penal”. en Obras completas Tomo II, ARA editores, 2004.

BUSTOS, Juan y HORMAZABAL, Hernán. “Lecciones de derecho penal”, Vol 1, Editorial Trota, Madrid, 1997.

COOPER, Doris. “Delincuencia y desviación juvenil”. Ediciones LOM, Santiago de Chile, 2004.

DEFENSORIA PENAL PÚBLICA. “Algunos elementos de apoyo para la defensa de declaración de discernimiento”. Revista Justicia y Derechos del Niño N°8, UNICEF, Santiago de Chile, 2009.

DÍAZ, J. “Ofensores sexuales juveniles”. Revista de estudios de la Juventud.

DÍEZ RIPOLLÉS. José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penaly Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-01.

ECHEBURÚA, E y CORRAL, de, P. “Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia”. *Cuad. med. forense* [online]. 2006, n.43-44

GARRIDO M. Mario. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III. Editorial Jurídica de Chile.

GARLAND, David. (2005) *“La cultura del control”*, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, Editorial Gedisa.

GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco Aurelio. Criminología. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

HERNÁNDEZ, Héctor. “el nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. Revista de Derecho. Vol XX, N°2. Diciembre del 2007.

Historia de la Ley N° 20.084. Biblioteca del Congreso Nacional. 07 de Diciembre de 2005. Disponible en www.bcn.cl

Historia de la Ley N° 20.526. Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en www.bcn.cl

HORVITZ, María Inés. “Determinación de las sanciones en la ley de responsabilidad penal juvenil y el procedimiento aplicable”, Revista de Estudios de la Justicia. N° 7, año 2006.

HORVITZ, María Inés. Delitos sexuales, libertad personal y protección de la moral. en Revista Apuntes de Derecho, N° 3, monográfico "Sexo, igualdad y derecho", Facultad de Derecho U. Diego Portales, 2008. Santiago.

JAKOBS, Günther. “El Derecho Penal del Enemigo”. Thomson Civitas. Madrid.2003

JARA LEÓN. “Estudio descriptivo – comparativo del perfil de personalidad y los niveles de autoestima en jóvenes agresores sexuales masculinos inimputables, comparados con jóvenes de la población general de Valparaíso -V región”. En: *Violencia sexual infantil: Debates, reflexiones y prácticas*. Corporación de promoción y Apoyo a la Infancia. ONG Paicabí. 2007.

MALDONADO, Francisco. “La especialidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado” *Revista Justicia y Derechos del Niño* N° 6, UNICEF, Santiago de Chile, 2004.

MARTIN CRUZ, Andrés “Los fundamentos de la capacidad de culpabilidad pena por razón de la edad Cap. VI. Ed. Comares, 2004.

MARTÍNEZ-COSTA, José. *La adolescencia: una etapa en la historia natural del hombre. Biología. Desafíos. Derechos de los adolescentes.*

MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. “Derecho Procesal Penal” Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, 1ra edición. 2010

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2007.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2008.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2009.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2010.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Anual. Año 2011.

MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE. Boletín Estadístico. Primer Semestre. Año 2012.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), “Violencia juvenil y Alcohol”. OMS nota descriptiva. 2006.

OXMAN VILCHES, Nicolás. “Libertad sexual y estado de derecho en Chile”. (Las fronteras del derecho penal sexual). 1° ed. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile.

PELUFFO, Valentina y GARCÍA, Carolina Populismo punitivo: un mecanismo para la prevención general del delito.

PERADA BELTRÁN, Noemí. “Consecuencias psicológicas iniciales del abuso sexual infantil” Papeles del Psicólogo, Vol. 30, Núm. 2, mayo-agosto, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, España, 2009,

POLITOFF, Sergio. MATUS Jean Piere, RAMIREZ, M. Lecciones de derecho penal chileno. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

RODRIGUEZ COLLAO, Luis. “Delitos sexuales”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1ª Ed. 2000.

RAMÍREZ, María Cecilia. “Delitos de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia”. Revista Política Criminal N° 3, 2007.

SÁNCHEZ, Najikari y SIRIA Sandra. "Agresores sexuales juveniles: ¿Existe un tratamiento eficaz?". Boletín Criminológico. Instituto andaluz interuniversitario de Criminología" N° 126, Andalucía. Enero-Febrero 2011.

TOBAR, Juan Carlos. "Violencia sexual. Análisis de la nueva ley". Editorial Pehuén. Santiago, 1999.

VÁSQUEZ, Ernesto. Apuntes de Clases del taller de Responsabilidad Penal Adolescente. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Segundo semestre del año 2009

VENEGAS, Rodrigo. "Carreras delictivas sexuales en jóvenes: con prácticas abusivas tempranas".

VENEGAS. Etiología de la conducta ofensiva sexual infantil. Presentación PPT, en el Diplomado de delitos sexuales. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2009.

VV.AA. "Manual de Victimología. Víctima, Derechos y Justicia". Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Oficina de Derechos Humanos y Justicia. Córdoba. Argentina. 2001.

VV.AA. "Niveles de ansiedad en niños victimizados sexualmente que deben declarar en juicios orales: aportes de un programa de preparación" Revista de Psicología, Vol. 20, N° 2, 2011, Santiago de Chile.