



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Penal**

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 4º DE LA LEY N° 20.084.
IMPLICANCIAS, CRÍTICAS Y ALCANCE INTERPRETATIVO.**

**MEMORIA PARA POSTULAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**DANIELA BECERRA RODRÍGUEZ
DANIELA CABRILLANA GODOY**

PROFESOR GUÍA: GONZALO BERRIOS DÍAZ

Santiago de Chile

Marzo de 2013

Dedicatoria:

A nuestros padres y profesor guía, que nos
dieron la motivación y herramientas
suficientes para culminar esta larga etapa.

RESUMEN

En junio de 2007 comenzó a regir en nuestro país la Ley N° 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal para los adolescentes, conteniendo en su art. 4° una regla especial de exención de responsabilidad penal para adolescentes que cometen ciertos delitos sexuales bajo determinados presupuestos. Es en este marco que se busca analizar los fundamentos que llevaron al legislador a establecer tal disposición, haciendo referencia a la necesidad de ajuste de nuestro país a los estándares internacionales impuestos por la especialidad que conlleva que los sujetos activos sean adolescentes, máxime si el ámbito en que se les criminalice sea el sexual, entendiendo que aquellos se encuentran en pleno proceso de desarrollo y autodescubrimiento de su sexualidad, motivo por el cual el legislador ha debido hacerse cargo de una realidad nacional –y tendencia internacional- que hoy vivimos: la temprana iniciación sexual de nuestros jóvenes.

Será a propósito de lo anterior que se determinará la naturaleza jurídica de tal exención de responsabilidad penal y se analizarán los tipos incluidos en ella, con el objeto de determinar cierta lógica jurídica que pueda ser extensiva a otros tipos que fueron excluidos de la disposición.

Tabla de contenido

| | |
|--|-----------|
| Dedicatoria: | 1 |
| RESUMEN | 2 |
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| | |
| CAPÍTULO I: “Fundamento político criminal y jurídico del artículo 4º de la Ley Nº 20.084” | 12 |
| 1.- EXPLICACIÓN DE LA INCORPORACIÓN DE ESTA NORMA A LA LEY Nº 20.084 | 12 |
| 1. 1. Breve mención a la historia de la ley y su relación con la reforma en materia de delitos sexuales introducida al Código Penal por la Ley Nº 19.927. | 12 |
| 1. 2. Ubicación sistemática del artículo 4º de la Ley Nº 20.084. | 16 |
| 2. FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA: REALIDAD SOCIAL ACTUAL DE LOS ADOLESCENTES | 18 |
| 3. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA: <i>RATIO LEGIS</i> DETRÁS DE LOS DELITOS PREVISTOS POR ÉL | 23 |
| | |
| CAPÍTULO II: “Tratamiento del tema en otras legislaciones” | 33 |
| 1. EL SISTEMA NORTEAMERICANO: <i>THE ROMEO AND JULIET DEFENSE</i> | 34 |

| | |
|---|-----------|
| 2. EL SISTEMA ALEMÁN: § 182..... | 42 |
|---|-----------|

CAPÍTULO III: “Naturaleza jurídica del artículo 4º de la Ley N° 20.084”..... 46

1. ¿CAUSAL DE ATIPICIDAD, CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA? 47

| | |
|--------------------------------|----|
| 1.1. Causal de atipicidad..... | 47 |
|--------------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 1.2. Consentimiento del ofendido: ¿causal de justificación o causal de atipicidad? | 52 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1. 2. 1. Consentimiento del ofendido como causal de atipicidad: concurrencia de un elemento negativo del tipo..... | 54 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| 1. 2. 2. Consentimiento del ofendido como causal de justificación..... | 56 |
|--|----|

| | |
|---------------------------------|----|
| 1.3. Excusa legal absoluta..... | 59 |
|---------------------------------|----|

2. IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE OPTAR ENTRE UNA U OTRA INSTITUCIÓN. 62

| | |
|-----------------------------|----|
| 2. 1. Nuestra posición..... | 63 |
|-----------------------------|----|

CAPÍTULO IV: “Análisis de los delitos previstos por el artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente”..... 65

1. VIOLACIÓN IMPROPIA (art. 362 CP). 65

2. SODOMÍA (art. 365 CP)..... 69

3. ABUSO SEXUAL DE MENOR DE 14 AÑOS (art. 366 bis CP)..... 72

| | |
|--|------------|
| 4. EXPOSICIÓN DEL MENOR A ACTOS DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL (art. 366 quáter). | 77 |
| 5. PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL (art. 366 quinquies CP). | 85 |
| 5.1. Fundamento de la inclusión del art. 366 quinquies del CP a la lista de delitos sexuales del art. 4º de LRPA..... | 88 |
| 5. 2. Problemas que plantea la incorporación de este delito a la lista del art. 4º de la LRPA. | 90 |
| | |
| CAPÍTULO V: “Doctrina del potencial hermenéutico del artículo 4º de la Ley N° 20.084.” | 96 |
| 1. UTILIDAD DE LA NORMA. | 96 |
| 1. 1. Aplicación analógica <i>in bonam partem</i> del art. 4º de la LRPA. | 99 |
| 1.2. Reducción teleológica de otros tipos penales en que exista la misma <i>ratio legis</i> | 100 |
| | |
| CAPÍTULO VI: “Principales críticas al artículo 4º de la Ley N° 20.084.”... 102 | |
| 1. COHERENCIA DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA CON EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ACTUAL SISTEMA DE DELITOS SEXUALES QUE RIGE EN NUESTRO CÓDIGO PENAL. | 103 |
| 1. 1. Bien jurídico protegido por el actual sistema de delitos sexuales de nuestro CP. | 104 |
| 1. 1. 1. Libertad Sexual..... | 104 |
| 1. 1. 2. Integridad Sexual..... | 107 |
| 1. 1. 3. Honestidad..... | 110 |

| | |
|---|------------|
| 1. 1. 4. Nuestra posición | 111 |
| 1. 2. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido. | 113 |
| 1. 3. Coherencia en la protección de ambos intereses en el contexto de nuestra LRPA. | 115 |
| 2. SUSTENTO DEL FUNDAMENTO TRAS LA ASIMETRÍA DE EDAD REQUERIDA POR EL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA (2 Ó 3 AÑOS DEPENDIENDO DEL DELITO QUE SE TRATE)..... | 118 |
| 3. LA INCLUSIÓN DEL DELITO DE SODOMÍA. | 121 |
| 4. LA EXCLUSIÓN DEL ALGUNOS DELITOS QUE PODRÍAN HABER QUEDADO INCORPORADOS DENTRO DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA. | 123 |
| 4.1. Introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal (art. 365 bis Nº 2)..... | 124 |
| 4.2. Promoción o facilitación de la prostitución de menores (art. 367) | 129 |
| 4.3 Mantención de material pornográfico (art. 374 bis inc. 2º) | 131 |
| CONCLUSIONES | 134 |
| Abreviaturas | 139 |
| Bibliografía | 140 |

INTROUCCIÓN

La Ley N° 20.084 estableció un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracción a la ley penal (en adelante también LRPA). Dicha ley vino a sustituir el modelo tutelar existente en nuestro país hasta el año 2007, que consideraba al adolescente como objeto de derechos y que implicaba la mayor vulneración a sus derechos, porque le desconocía su carácter de persona. Mediante la misma, el Estado chileno pretendió dar cumplimiento a sus compromisos internacionales –como la Convención Internacional de Derechos del Niño- en orden a asegurar un régimen de responsabilidad diferenciado para los adolescentes, que los haga responsables penalmente (en tanto sujetos de derecho capaces de sus actos) y, a la vez, asegure la aplicación de los principios garantistas tanto materiales como formales que se han desarrollado en el derecho penal, además de los principios garantistas desarrollados por el derecho del niño. De esta forma, si bien se acepta la posibilidad de que un niño sea responsable penalmente, al mismo tiempo se reconoce que, por el menor grado de desarrollo y madurez asociado al tramo etario al que pertenecen los mismos (que ha sido fijado por nuestra ley entre los 14 y los 17 años), su responsabilidad debe adoptar características y tener alcances diferentes de los que se aceptan respecto de personas adultas. Ahora bien, nos parece que la LRPA se ha hecho cargo de lo anterior sólo en lo que respecta al régimen de sanciones o penas, en tanto ha bajado los marcos

penales aplicables en comparación con lo que rige para los adultos (art. 21), ha establecido límites máximos de pena (art. 18) y ha incorporado un abanico de sanciones que prevé varias alternativas a la privación de libertad (art. 23). Sin embargo, el sistema de penas no es el único ámbito en que debería regir el deber de un tratamiento diferenciado, también debiese considerarse en otros aspectos fundamentales del derecho penal, como lo es la llamada teoría del delito, esto es, el conjunto de reglas que permiten determinar la atribución o exención de responsabilidad penal en un caso determinado.

A mayor abundamiento, la LRPA no establece un catálogo separado de delitos, lo que a nuestro juicio no significa que no puedan hacerse ciertos matices tratándose de delitos que, cuando son cometidos por menores de edad, no parece conveniente ni ajustado a derecho penar, pues resulta claro que al formular ese tipo penal el legislador pensó sólo en la comisión por parte de un adulto. Los casos más evidentes dicen relación con aquellos delitos en los cuales la víctima sólo puede ser un niño o adolescente, como la violación impropia o el abuso sexual impropio.

Es en este contexto que realizaremos un análisis del art. 4º, que contiene una regla especial tratándose de algunos delitos sexuales, y que reconoce una realidad actual nacional, como lo es la temprana iniciación sexual de nuestros jóvenes.

Asimismo, se buscará dar un panorama general del tratamiento que este tema ha recibido en otras legislaciones, permitiendo un análisis comparativo y determinar avances y desafíos que tiene por delante nuestro régimen jurídico.

Por otra parte, si bien compartimos la *ratio legis* que da sustento al art. 4º, en cuanto el principio de mínima intervención del derecho penal y la necesidad de otorgarles libertad de decisión a los adolescentes como sujetos responsables penalmente y capaces, bien podríamos cuestionar el fundamento de la diferencia de edad establecida por la norma (2 ó 3 años dependiendo del delito que se trate), ¿por qué no uniformar la misma?, ¿puede un año de edad importar una diferencia significativa respecto del adolescente mayor de 14 años, en orden a determinar si se procederá o no penalmente en su contra? Lo anterior se torna relevante si nos preguntamos acerca del bien jurídico en juego, ¿es la libertad o la indemnidad sexual?, ¿existe una incoherencia con nuestro actual régimen de delitos sexuales que sitúa el límite en los 14 años para otorgar un consentimiento relevante a una relación sexual?

Luego, podemos cuestionar también la técnica legislativa utilizada, en cuanto lo confusa que resulta la redacción y los errores en la misma, como lo es la inclusión del delito de sodomía cuyo tipo sólo admite como sujeto pasivo a un menor entre 14 y 17 años, en circunstancias que el mencionado art. 4º de la Ley N° 20.084 sólo se enfoca en conductas realizadas con menores de 14

años. Asimismo, y compartiendo el criterio del legislador que entiende la edad como parte del presupuesto de responsabilidad para criminalizar una conducta entre adolescentes, nos preguntamos acerca de los delitos que fueron excluidos de la norma en cuestión pero cuya lógica comparten con los incluidos.

Otro de los objetivos de esta memoria es dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de la exención de responsabilidad penal para un adolescente que actúa como sujeto activo en las conductas que allí se mencionan. ¿Se trata de una excusa legal absoluta, de una causal de atipicidad o de una causal de justificación?, ¿es trivial la distinción?, ¿cuáles son las implicancias de optar entre una u otra?, ¿puede considerarse que la diferencia de edad entre el sujeto pasivo y el sujeto activo forma parte del tipo objetivo de estos delitos?

Por otro lado, nos gustaría hacer hincapié en que, si bien esta disposición se hace cargo exclusivamente de la situación advertida a propósito de ciertos delitos sexuales, no debe despreciarse su potencial hermenéutico. En efecto, parece lógico que en aquellos delitos no comprendidos en la norma en análisis, pero en que también se requiera la existencia de una diferencia de edad significativa entre la víctima y el victimario, resulte necesario realizar una lectura diferenciada del tipo. Entonces surgen preguntas relativas a si el legislador debió encargarse de cada uno de estos delitos –incorporándolos dentro de esta regla especial-, o si recae sobre el intérprete la obligación de

buscar alguna alternativa que le permita hacer una lectura diferenciada en aquellos casos, ya sea a partir de una interpretación extensiva del art. 4º de la LRPA, de una aplicación analógica del mismo o de una reducción teleológica del tipo penal de que se trate.

Por último, queremos hacer presente que gran parte de la estructura de esta memoria y de las preguntas que se han planteado en esta introducción, han sido desarrolladas a partir de las ideas planteadas por el profesor Gonzalo Berríos Díaz durante el curso electivo de Derecho Penal Juvenil.

CAPÍTULO I:

“Fundamento político criminal y jurídico del artículo 4º de la Ley Nº 20.084”.

1.- EXPLICACIÓN DE LA INCORPORACIÓN DE ESTA NORMA A LA LEY Nº 20.084.

1. 1. Breve mención a la historia de la ley y su relación con la reforma en materia de delitos sexuales introducida al Código Penal por la Ley Nº 19.927.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente no establece un catálogo separado de delitos. Tampoco señala que las conductas sancionadas sean aquellas definidas como crímenes y simples delitos por el Código Penal y las leyes penales especiales, sin embargo, debe entenderse que ello es así por una aplicación supletoria de tales normas en conformidad a lo señalado en el inciso 2º del art. 1º de la Ley Nº 20.084.

Ahora bien y, sin perjuicio de lo anterior, respecto de ciertos delitos sexuales el art. 4º establece una regla especial: se pone en el caso de que el sujeto pasivo sea una persona menor de 14 años y el sujeto activo un adolescente mayor de 14, exigiendo una diferencia de edad entre ambos superior a 2 ó 3 años de edad, según sea el delito, para poder proceder penalmente respecto del autor.

El citado art. dispone lo siguiente:

“Artículo 4º.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter 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 Código¹, 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.”²

¹ Fuerza o intimidación, privación de sentido o aprovechamiento de la incapacidad para oponer resistencia, abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima, abuso de una anomalía o perturbación mental de menor entidad no constitutiva de enajenación o trastorno, relación de dependencia, abuso grave del desamparo de la víctima, engaño abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

² La Ley Nº 20.526 que sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil, publicada el día 13 de Agosto de 2011, incluyó entre los delitos respecto de los cuales no podrá procederse penalmente el del art. 366 quinquies del Código Penal.

Esta disposición fue incluida en la LRPA a partir de algunas indicaciones realizadas al proyecto original por la Comisión de la Cámara de Diputados, que fueron finalmente recogidas por el Ejecutivo en una indicación que daba un tratamiento especial a algunos delitos sexuales. La norma buscaba resolver los problemas prácticos presentados a partir de la modificación que introdujo la Ley N° 19.927 de 14 de enero de 2004 al CP, aumentando la edad a partir de la cual se puede disponer libremente del ejercicio sexual desde los 12 a los 14 años. Dado que, en términos generales, el inicio de la actividad sexual se está produciendo antes de esa edad, se habían presentado casos de relaciones sexuales consentidas por parte de menores de 14 años, que hacen penalmente responsable al copartícipe de ellas, por cuanto dicho consentimiento es jurídicamente irrelevante. Así, algunos de esos casos han terminado en condenas, pero en otros se ha echado mano a instituciones como el error de tipo o, en ciertos casos más recientes, al error de prohibición, como forma de evitar una condena que aparece como injusta, con las consecuentes distorsiones que ello produce en el sistema³.

Las razones esgrimidas para incluir esta disposición en la LRPA no fueron distintas a las que se sostuvieron con motivo del debate de la Ley N° 19.927. En general, las opiniones vertidas en dicho debate eran opuestas al

³ CHILE. OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. 2005. Comentarios sobre el artículo 4° de la Ley 20.084 que establece un nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Santiago de Chile, p.2. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <<http://es.scribd.com/doc/64998204/Of-FN-N-736-05-Sobre-Art-4-Ley-20-084>>

aumento de la edad, y tenían por fundamento casi unánime el rechazo a la intromisión del Derecho Penal en la libertad sexual de los adolescentes. En este sentido, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, consigna la opinión del Director del Instituto de Criminología, Elías Escaff, quien manifestó, durante la discusión del proyecto, la necesidad de permitir a los jóvenes que determinen con libertad el inicio de su sexualidad, ya que restringirla constituiría el reconocimiento de que son incapaces de adoptar sus propias decisiones y asumir las consecuencias de su conducta. Sostuvo, además, que los conceptos de la sicología evolutiva han sido sobrepasados por el mayor acceso a la información, y que existe un hecho absolutamente demostrado, que es la mayor precocidad de los jóvenes y, por lo tanto, se requiere darles responsabilidad evitando medidas paternalistas o autoritarias. Argumentó también que podría producir efectos muy graves penalizar las relaciones sexuales con personas de 13 ó 14 años, que pueden ser "pololos", especialmente si se tiene en cuenta la sanción asignada a esa conducta⁴. En el mismo sentido se pronunciaron el entonces Ministro de Justicia Luis Bates, los representantes de CONASIDA y el profesor de Derecho Penal Héctor Hernández⁵.

⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.927. Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Ministerio de Justicia, 14 de enero de 2004. p. 179. <www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

⁵ Ídem, pp. 179-181.

A pesar del aumento del límite de edad que finalmente se produjo -desde los 12 a los 14 años-, las discusiones de la Ley N° 19.927 no fueron en vano, toda vez que los argumentos del debate sirvieron para fundar la necesidad de incorporar en la Ley N° 20.084 una norma del tenor del actual art. 4°. De esta manera, la disposición en análisis fue entendida en los debates de la LRPA como correctiva a los problemas que introdujo la última reforma a los delitos sexuales y que aumentó la edad del consentimiento sexual válido⁶.

1. 2. Ubicación sistemática del artículo 4° de la Ley N° 20.084.

El art. en análisis otorga relevancia jurídica al consentimiento del sujeto pasivo menor de 14 años -siempre que no exista una asimetría superior a 2 ó 3 años de edad con el sujeto activo y que no concurren las circunstancias de los artículos 361 ó 363 del CP-, advirtiendo de esta manera la existencia de una realidad subyacente en la juventud de nuestro país y evitando criminalizar sus primeras experiencias sexuales. Nos parece que lo anterior constituye una solución a los problemas que generó la reforma incorporada por la Ley N° 19.927 al CP en lo que se refiere al aumento de la edad necesaria para otorgar un consentimiento jurídicamente válido, ya que reconoce al adolescente como

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia, 7 de diciembre de 2005. p. 625. [en línea] < <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

sujeto de derechos, capaz de tomar sus propias decisiones y responsabilizarse de las mismas, lo que se condice con el nuevo sistema de responsabilidad penal para los adolescentes introducido a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084, que deja atrás el modelo tutelar que existía bajo la vigencia de la Ley de Menores.

Sin perjuicio de lo anterior, puede criticarse el hecho de que esta norma importa una modificación de los tipos penales de los delitos que menciona, por lo que su correcta ubicación sistemática debería haber sido en el CP, ya sea formando parte del art. 10º que contiene las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o, bien, formando parte del Título VII del Libro II de dicho cuerpo normativo.

Al respecto, podemos encontrar en nuestra doctrina varias opiniones, aunque todas en este mismo sentido. Así, por ejemplo, el profesor BERRÍOS DÍAZ, durante el proceso de discusión de la LRPA manifestó que, desde el punto de vista sistemático, parece más apropiado que una norma de este tipo se ubique en el Código Penal y con una denominación distinta, pues la regla precisamente lo que hace es eximir de responsabilidad penal al autor, no configurándose delito alguno⁷. Por otro lado, el autor CARRASCO JIMÉNEZ plantea que la ubicación más precisa en el Código Penal sería en las

⁷ Ídem, p. 625.

disposiciones comunes a los delitos sexuales que se consignan en el párrafo 7º del actual Código (...). Esta es, además, la opción de la normativa penal comparada italiana, suiza y austriaca⁸. El Ministerio Público, por su parte, ha señalado que debe hacerse presente que este defecto sistemático dista mucho de ser una cuestión puramente académica, sino que presenta graves inconvenientes prácticos, ya que para conocer el tipo penal integral de los respectivos delitos deberá atenderse no sólo a lo que dispone el código del ramo, sino que también a lo que dispone el art. 4º de la Ley 20.084⁹.

2. FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA: REALIDAD SOCIAL ACTUAL DE LOS ADOLESCENTES.

Ya antes de los tiempos de la independencia la ley prohibía, tanto en las metrópolis europeas como en las colonias de América, tener relaciones sexuales con mujeres solteras menores de cierta edad (que bordeaba los 12 años). COUSO SALAS explica que el fundamento de la prohibición no tiene mucho que ver con la capacidad para consentir libremente en la relación sexual. Así, el interés protegido no era la libertad sexual de la mujer, sino su honra y la

⁸ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Los delitos sexuales como objeto de regulación de la ley de responsabilidad penal adolescente (el artículo 4º y sus problemas). Revista Procesal Penal (70): 9-31.

⁹ OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. Op. cit. N° 3, p. 1.

honra paterna y familiar, de la que dependía la posibilidad de casar a sus hijas y asegurar la reproducción material de sus condiciones de vida. En lo que respecta a los varones, no existió ninguna prohibición semejante, ya que la sociedad consideraba natural que se iniciasen sexualmente más jóvenes, sin estar casados y con mujeres mayores. Esto no tenía que ver, nuevamente, con la capacidad para consentir en forma libre en la relación sexual, sino con el hecho de que, en el caso de los varones, el sexo no arriesgaba su honra ni su futuro económico-social, ni la honra o intereses de su padre. Sin embargo, tanto en América Hispana como en EUA, en las últimas tres décadas del siglo XX, se produjeron varias enmiendas que modificaron tanto el panorama de reglas existente como su justificación. Estas reformas se producen a partir de una modificación esencial en la forma de entender la sexualidad, desde un modelo de sexualidad reproductiva, asociado a una concepción tradicional del matrimonio y la familia, hacia uno de sexualidad no reproductiva, centrado en la felicidad y el deseo. Este cambio de paradigma explicaría que la preocupación se ponga en la posibilidad de que un menor de edad (varón o mujer) esté siendo objeto de relaciones abusivas, y no ya en el peligro de que la mujer pierda la virginidad antes del matrimonio o que los adolescentes ejerzan la sexualidad sin el permiso de sus padres. Sin perjuicio de esta tendencia general, COUSO SALAS reconoce que las legislaciones suelen apartarse de

este fundamento de la regulación buscando, además, un control normalizador de la sexualidad infantil¹⁰.

Ese mismo cambio de paradigma respecto de la sexualidad -desde un modelo de sexualidad reproductiva a uno centrado en la felicidad y el deseo-, podría explicar, en parte, la tendencia de los jóvenes chilenos a iniciar cada vez más temprano su actividad sexual.

Algunos autores afirman que estudios efectuados en Chile entre los años 1992 y 1995, mostraron que la edad de inicio de la actividad sexual, entendida ésta como la primera relación sexual, era en promedio, entre los 14.8 años en los hombres y 17.9 años en las mujeres. Sin embargo, trabajos más recientes indicarían un inicio más precoz de la actividad sexual, siendo de 12 años para los hombres y 12.8 para las mujeres¹¹.

De acuerdo a los resultados de la Sexta Encuesta Nacional de Juventud realizada en el año 2009, el 75,7% de la población joven ha mantenido, al

¹⁰ COUSO SALAS, J. 2009. La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal. En: SEMINARIO LATINOAMERICANO de Teoría Constitucional y Política (SELA 2009): 11 a 14 de Junio de 2009. Paraguay.

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Couso_PV.pdf>
[Consulta: 4 de marzo de 2012]

¹¹ VIGIL *et al.* 2005. Teenstar: una opción de madurez y libertad. Programa de educación integral de la sexualidad, orientado a adolescentes. *Revista Médica Chile*: 1173-1182, p. 1174. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872005001000006&script=sci_arttext> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

menos una vez, relaciones sexuales, sin mayores diferencias por género (un 76,2% de varones y un 75,0% de mujeres) o nivel socioeconómico. Por otro lado, se observa una diferencia importante por grupo etario. La proporción de jóvenes sexualmente iniciados crece a medida que aumenta la edad. Así por ejemplo, mientras el 47,9% de la población entre 15 y 19 años indica haber mantenido relaciones sexuales al menos una vez, la proporción crece casi al doble en el tramo de 25 a 29 años, con porcentajes del orden del 95%. Al comparar la población iniciada sexualmente por sexo, se observa un comportamiento similar entre mujeres y varones, a diferencia de los datos arrojados el año 2006 por la Quinta Encuesta Nacional de Juventud, que mostró diferencias de hasta 7 puntos porcentuales, con magnitudes menores en la población femenina. En cuanto a la edad de inicio de las relaciones sexuales, tres cuartos de la población joven declara su edad de inicio sexual entre los 15 y 19 años. Mientras, un porcentaje no despreciable, en torno al 15%, ubica su edad de inicio sexual antes de los 15 años. Al examinar esta situación por edad y sexo, el 26% de los hombres de 15 a 19 años dice haber tenido su primera relación sexual antes de los 15 años, proporción que baja al 17,2% en el caso de las mujeres de ese mismo tramo. Luego, en el tramo de 20 a 24 años, el 15% de los hombres y el 9,1% de mujeres comparte esta situación; en el tramo siguiente, de 25 a 29 años, los porcentajes equivalen al 16,5% y 9,2%, respectivamente¹².

¹² Equidad de género en la juventud: Datos de la Sexta Encuesta Nacional de Juventud

Iniciación sexual antes de los 15 años, distinguiendo tramo etario y sexo.

| | 15-19 años | 20-24 años | 25-29 años |
|---------|------------|------------|------------|
| Varones | 26% | 15% | 16,5% |
| Mujeres | 17,2% | 9,1% | 9,2% |

Fuente: Sexta Encuesta Nacional de Juventud (INJUV 2009).¹³

Como vemos, un porcentaje importante de los adolescentes chilenos ubica su edad de inicio sexual antes de los 15 años. El art. 4º de la LRPA reconoce dicha realidad de nuestros jóvenes, evitando criminalizar las conductas de iniciación sexual y los actos consentidos entre adolescentes que mantienen relaciones simétricas y no abusivas. Es por esto que la norma expresamente dispone que “no se procederá penalmente” siempre y cuando no concurren las circunstancias de comisión de la violación (art. 361 CP) o del estupro (art. 363 CP).

La criminalización de acciones sexuales que, por ejemplo, se profesan dos “pololos” cuando uno de ellos tiene 12 ó 13 años y el otro 15, sería manifiestamente grotesca y atentatoria contra su libertad. Es claro que, en este tipo de casos, generalmente se trata de acciones sexuales consentidas por

2009. 2011. Instituto Nacional de la Juventud, Ministerio de Planificación. .
<http://www.injuv.gob.cl/portal/wp-content/files_mf/1346365634_magicfields_archivo_1_1.pdf>
[Consulta: 4 de marzo de 2013]

¹³ Ídem.

ambas partes, en que el “hechor” no se aprovecha de la inexperiencia o ignorancia sexual de la “víctima”, sino que ambos son igualmente inexpertos y mantienen una simetría en la interacción. El criterio utilizado por el legislador para asegurar la horizontalidad de la relación es el margen etario que establece la norma entre el sujeto pasivo y el sujeto activo, que no puede superar los 2 ó 3 años, dependiendo del delito que se trate.

Ahora bien, nos parece importante destacar que si bien nuestra legislación, a partir de la incorporación del art. 4º, reconoce la realidad social de los adolescentes y pretende no criminalizar sus primeras experiencias sexuales -respetando así la concepción desarrollada especialmente a partir de la CDN, que reconoce sólo de forma limitada la justificación de acciones paternalistas respecto de menores de edad- dicha disposición contiene algunas menciones que podrían esconder un propósito de control de la sexualidad infantil. Así por ejemplo, aquella que fija una diferencia de edad muy reducida entre sujeto activo y pasivo, especialmente tratándose del delito de violación impropia (dos años).

3. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA: *RATIO LEGIS* DETRÁS DE LOS DELITOS PREVISTOS POR ÉL.

Varias razones explican la inclusión de una norma del tenor del art. 4º en nuestro ordenamiento jurídico. Particularmente importante parece ser la *ratio legis* detrás de los delitos sexuales incluidos en la eximente de responsabilidad penal que contiene la norma. Si sabemos qué es lo que se pretende proteger castigando la violación impropia o el abuso sexual de un menor, entenderemos por qué cuando dichas conductas son ejecutadas por pares adolescentes no resulta procedente castigarlas.

En la mayoría de los delitos contemplados por el art. 4º, el sujeto pasivo está constituido por un niño o adolescente menor de 14 años¹⁴, lo que adquiere relevancia en contraste con la calidad de adulto del sujeto activo o, al menos, en atención a una significativa diferencia de edad a su respecto. El autor HERNÁNDEZ BASUALTO sostiene que la exclusión de punibilidad contenida en el art. 4º no importa una simple renuncia al castigo por razones de conveniencia, sino que es el reconocimiento del fundamento del castigo, 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

¹⁴ Salvo en el caso de la sodomía (365 CP) y la producción de material pornográfico (art. 366 quinquies CP), cuestión que abordaremos en el capítulo IV de este trabajo. Ver infra, 4.2 y 4.5.

estaría reconociendo abiertamente que la edad del agente es un aspecto central para la configuración típica de algunos delitos¹⁵.

Si, como plantea HERNÁNDEZ BASUALTO, en este tipo de delitos la diferencia de edad entre el agente y la víctima es un aspecto central para la configuración típica, puede colegirse que el objeto tras la penalización de estas conductas fue precisamente proteger a los menores (de 14 años) de personas mayores que pudieran aprovecharse de su vulnerabilidad. Lo que se quiere reprimir no es la sexualidad de los menores de edad sino el abuso o explotación de que son víctimas los mismos, abuso que está ineludiblemente asociado a la superioridad etaria del autor. En consecuencia, a menos que concurren circunstancias abusivas, tratándose de relaciones entre niños y adolescentes sin una diferencia significativa de edad, la ley no ha querido extender a ellas las respectivas figuras típicas¹⁶. La preocupación, entonces, está centrada en la posibilidad de que el menor de edad esté siendo objeto de relaciones sexuales abusivas –sea que se presuman, por la diferencia de edad, o que la ley exija la prueba del asunto-. De hecho, en la redacción de la CDN, los representantes de Holanda y Francia declararon que la protección introducida a través de lo que

¹⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su “teoría del delito”. Revista de Derecho Vol. XX (2): 195-217, pp. 202-203.

¹⁶ Ídem, pp. 204-205.

sería el futuro art. 34º de la Convención, no se proponía regular la vida sexual de los niños sino combatir la explotación sexual de los mismos.¹⁷

A diferencia de HERNÁNDEZ BASUALTO –que, como vimos, plantea que el legislador no ha querido extender a las relaciones entre adolescentes las figuras típicas contenidas en el art. 4º cuando no concurren circunstancias de abuso, precisamente porque no ha querido reprimir el ejercicio libre de su sexualidad sino el abuso respecto de ella-, OXMAN VILCHES entiende que la existencia del art. 4º no puede justificarse sobre la base de la apelación a la libertad sexual. Plantea que el precepto castiga el pecado, consagrando una forma de moral sexual que el legislador quiere para los jóvenes. Afirma que el fundamento de la criminalización se basaría en que, por el sólo hecho de existir una diferencia de edad entre los menores partícipes, debe suponerse necesariamente que ha ocurrido un perjuicio para un menor que debe permanecer incólume, para así poder desarrollarse normalmente, o, más bien, sin interferencias hasta que logre la mayoría de edad, por lo que la existencia del precepto podría justificarse sobre la base de la apelación a la indemnidad sexual o su integridad¹⁸. No compartimos esta opinión, toda vez que, si el bien jurídico protegido fuera la indemnidad y no la libertad sexual de los adolescentes, de qué forma podría explicarse el hecho de que la norma

¹⁷ COUSO SALAS, J. 2009. Op. cit. N° 10, pp. 8-9.

¹⁸ OXMAN VILCHES, N. 2008. Consideraciones críticas en torno al artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Revista de la Justicia Penal (2): 31-52, p. 36.

consagra una exención de responsabilidad cuando los actos se realizan entre un niño menor de 14 años y otro mayor de 14 pero no superior en 2 ó 3 años dependiendo del delito que se trate. Además de lo anterior, ya la doctrina había criticado el planteamiento de OXMAN VILCHES, ya que el legislador con esta norma no ha querido criminalizar ni castigar nada (por lo que mal puede hablarse del “fundamento de la criminalización” o del “castigo del pecado”), sino eximir de responsabilidad penal al sujeto activo, consagrando zonas de no intervención penal¹⁹.

También podría invocarse el principio del daño como fundamento jurídico de la inclusión del art. 4º en nuestro sistema penal. Según este principio, un sistema de imputación de responsabilidad penal liberal debe propugnar que sólo se prohíba y castigue como delito un acto que cause directamente el daño que la ley se propone prevenir. Por tanto, si, como se propuso más arriba, lo que se quiere prevenir es el abuso o explotación de que son víctimas los menores de edad, sólo debiéramos prohibir comportamientos sexuales cuya forma de realización (fuerza, intimidación, abuso de una relación de dependencia, etc.) o contexto coercitivo (explotación sexual comercial) no deje dudas acerca de su carácter dañino o abusivo. Y, por otro lado, deberíamos renunciar a prohibiciones penales de conductas cuyos riesgos son meramente estadísticos o que sólo indirectamente están conectados con la conducta sexual

¹⁹ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. cit N° 8, p. 3

(daños derivados del embarazo adolescente o de un contagio accidental de HIV)²⁰.

COUSO SALAS afirma que las prohibiciones penales, incluso si se trata de niños que aún son inmaduros, sólo se pueden fundamentar en la existencia de un daño o riesgo, y, que como no puede sostenerse de forma plausible que la actividad sexual sea dañina o peligrosa tratándose de niños o adolescentes – ya que dicha asunción sería fundamentalmente una definición valórica, cultural, que ni siquiera es universal-, no podemos prohibirles o castigar su actividad sexual, a menos, claro está, que se enmarque en un contexto de manipulación, coerción o explotación²¹. Ahora bien, es importante destacar que, si bien el argumento de dicho autor en relación al principio del daño puede servir para explicar el fundamento jurídico del art. 4º, ya que éste viene a despenalizar las relaciones y acciones sexuales consentidas entre adolescentes, respecto de las cuales no se ha demostrado plausiblemente que les causen un daño directo, también puede servir para criticarlo. La crítica se funda en que dicha disposición establece una diferencia de edad muy restringida entre sujeto activo y pasivo, lo que da un escaso margen a la posibilidad de aplicar esta exención de responsabilidad penal cuando se trata de relaciones entre adolescentes con una diferencia de edad mayor. Aún más, tampoco tendría sentido plantearse una edad mínima para poder otorgar un consentimiento sexual válido (en

²⁰ COUSO SALAS J., 2009. Op. cit. Nº 10, pp. 42-43.

²¹ Ídem, p. 38.

nuestro caso 14 años), si no se sostiene de forma plausible que la actividad sexual es en sí dañina para los niños²².

Para finalizar, queremos destacar que el razonamiento existente tras la eximente de responsabilidad penal contenida en el art. 4º de la LRPA puede serle útil al intérprete a la hora de enfrentarse a casos no cubiertos por la norma pero tras los cuales exista la misma lógica, como son aquellos en que la eximente no puede aplicarse por existir entre los partícipes de la conducta una diferencia de edad levemente mayor a la presupuestada por el art. 4º para su aplicación. En este sentido, cabe desatacar el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 740-2010, de fecha 8 de septiembre de 2010, que acoge un recurso de nulidad en contra de la sentencia que condenaba a un menor de 16 años por haber cometido el delito de violación impropia en contra de una menor de 13 años, anulando el fallo condenatorio y dictando en su lugar sentencia absolutoria. El tribunal señaló que eran hechos establecidos en la causa por el sentenciador recurrido, que la vinculación carnal por la cual se había sancionado al imputado había sido consentida, y que existía una amistad entre los partícipes desde largos años; pero, más que ello, que estaban vinculados sentimentalmente, lo cual había sido corroborado por los propios parientes de la ofendida, excluyéndose cualesquiera de las situaciones que el legislador aprecia como constitutivas de violación o abuso sexual, en las otras

²² Ídem, p. 38.

disposiciones en que castiga este tipo de delitos. Luego, hace una distinción entre aquellas conductas reputadas ancestralmente como ilícitas, -como son por ejemplo, los homicidios, los robos, las lesiones, y en cuanto a los atentados sexuales, el delito de violación, entendido como la conducta que presupone fuerza o aprovechamiento de una incapacidad que le impide defenderse a la víctima- y los delitos de creación artificiosa por parte del legislador, que corresponden a creaciones de la autoridad en defensa de bienes jurídicos que se estiman pueden ser conculcados. Al primer grupo, corresponde, entre otros delitos, el de violación propia y, al segundo, el de violación impropia, por cuanto el legislador ha creado este delito sin distinguir si la conjunción carnal ha sido voluntaria o forzada. Esta distinción le permitió al tribunal sostener que, si bien un joven de 16 años no podría alegar desconocimiento de una norma que estructuralmente es rechazada por la sociedad, como es la violación propia, no puede llegarse a una conclusión semejante cuando se trata de la violación impropia, vale decir, la que requiere en el agente tan sólo una conjunción carnal, independientemente de que ésta sea consentida, porque lo normal en casos en que la conjunción sea consentida, es que ella no constituya infracción delictual. Por lo tanto, estaríamos frente a la figura del error de prohibición, el cual es un error sobre la licitud de la conducta, errando el agente no sobre los elementos pertenecientes al tipo, sino sobre su relación entre su conducta y el ordenamiento penal.

Si bien la Corte recurre al error de prohibición para absolver al menor, entiende que la violación impropia es un delito de creación artificiosa, que se ha tipificado para proteger a los menores de 14 años de ser víctimas de cualquier tipo de abuso o explotación en el ámbito sexual, cuestión que no se daba en este caso, por lo que se colige que el legislador no habría querido extender a esta situación particular la figura de la violación impropia. Lo anterior se ve reforzado si consideramos que la exención del art. 4º de la LRPA no se pudo aplicar en este caso sólo porque entre los partícipes existían 3 años de diferencia, y no 2, como esta disposición exige, a pesar de existir la misma razón. Esto le da mayor fuerza a la idea de ampliar la diferencia de edad permitida entre los actores, uniformándola a tres años en todos los casos.

Aparte de lo ya señalado, este fallo nos parece destacable desde que aplica el principio de especialidad, tan reclamado en el derecho penal juvenil, llevándolo al ámbito de la teoría del delito, entendiendo que la culpabilidad –y, en general, todos los demás elementos del delito- requieren de un análisis diferenciado cuando de adolescentes se trata. Lo anterior, nos lleva a comprender que, en la medida en que la capacidad de internalización de normas en general, y de las normas jurídico-penales en particular, está fuertemente condicionada por los avances del proceso de socialización y, en último término, por el desarrollo del sujeto, no puede dudarse que la exigibilidad de conocimiento del injusto es genéricamente menor tratándose de

adolescentes²³, pues como abiertamente se reconoce, es el menor desarrollo y madurez del adolescente lo que define al derecho penal juvenil.

²³ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. N° 15, p. 213

CAPÍTULO II:

“Tratamiento del tema en otras legislaciones”.

El art. 4° nos lleva a preguntarnos acerca del tratamiento que ha recibido la materia en otras legislaciones. Es a propósito de ello que ordenamientos como el italiano o el suizo pueden tornarse de interés para nosotros. A diferencia de nuestra regulación, las legislaciones penales comparadas italiana y suiza, han decidido tratar esta exención de responsabilidad directamente en sus códigos penales, y con ello disminuir los grados de asistematicidad²⁴. Otra diferencia que existe entre el tratamiento chileno del tema y las mencionadas legislaciones, radica en la diferencia etaria entre sujeto activo y pasivo para la delimitación de responsabilidad criminal, que en nuestro caso se expresa en dos rangos etarios distintos (dos ó tres años dependiendo del delito que se trate). En cambio, en el caso italiano (609 quáter inciso 2° CP italiano) y en el suizo (187 n° 2 CP suizo), se opta por establecer un solo margen de edad, que es de tres años²⁵.

²⁴ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. Cit. N° 8, p. 3

²⁵ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2010. Aspectos y problemas del delito de violación. Santiago, 1ª edición, Librotecnia, p. 84.

Dado lo importante que pueda resultar analizar el tratamiento de esta materia en otras legislaciones, desde un punto de vista analítico y comparativo, a continuación nos remitiremos a la regulación del sistema norteamericano y alemán.

1. EL SISTEMA NORTEAMERICANO: *THE ROMEO AND JULIET DEFENSE.*

Mientras las leyes de algunos países, como Chile, distinguen categóricamente entre las relaciones sexuales con menores de 12 ó 14 años – en las que se presume el daño, sin necesidad de que se pruebe un engaño o abuso de autoridad o experiencia- y las relaciones sexuales con mayores de esa edad y menores de 18 años –que sólo constituyen delito cuando se pruebe un engaño o abuso de autoridad o experiencia- las leyes de otros países, como varios estados de EUA, no distinguen categóricamente entre unas y otras, configurándose en ambos casos el delito por el sólo hecho de haberse tenido sexo con un menor de edad, sin necesidad de probar la existencia de engaño o abuso²⁶. No obstante, en algunos estados de EUA, se ha ido asentando lo que en el derecho norteamericano se ha dado en llamar “*Romeo and Juliet*

²⁶ COUSO SALAS, J. 2009. Op. cit N° 10, p. 8.

defense”, especialmente discutida a propósito del fallo estadual “*Wilson v. State of Georgia*” (2006)²⁷.

En la víspera de año nuevo de 2003, Genarlow Wilson y varios amigos arrendaron una habitación de hotel para realizar una fiesta, en la ciudad de Douglasville, Georgia. Uno de ellos, con una cámara de video, capturó gran parte de lo que ocurrió en dicha celebración. La cinta mostraba a Wilson, de 17 años, teniendo relaciones sexuales con una joven de su misma edad y, además, teniendo sexo oral con una niña de 15. Al día siguiente, la mujer de 17 años lo acusó de violación, mas, luego de la investigación, el jurado lo absolvió respecto de ese delito. Sin embargo, lo condenó por abuso sexual respecto de la menor de 15 años, a pesar de que ella declaró que el acto fue consentido. Esto porque, de acuerdo a la Ley del Estado de Georgia, la edad a partir de la cual los adolescentes pueden otorgar un consentimiento jurídicamente relevante para este tipo de actos (sexo oral), es de 16 años.

The New York Times publicó el 19 de diciembre de 2006:

“Genarlow Wilson, 20, is serving a prison sentence that shocked his jury, elicited charges of racism from critics of the justice system and even acknowledgment by prosecutors and the State Legislature that it is unjust.

²⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. N° 15, p. 303.

He was sentenced to 10 years in prison without parole for having consensual oral sex with a 15-year-old girl at a New Year's Eve party, an offense that constituted aggravated child molesting, even though Mr. Wilson was 17 (...)

Even more confounding, at the time of Mr. Wilson's offense, a so-called "Romeo and Juliet" exception had already been made for sexual intercourse between teenagers.²⁸

De acuerdo a lo señalado en esa misma noticia, algunos miembros del jurado que condenó a Wilson, señalaron que no habían entendido que su veredicto daría lugar a una sentencia que lo condenaría a diez años de prisión sin posibilidad de optar a la libertad condicional. Por otro lado, el fiscal del caso, señaló que le había ofrecido que aceptara un acuerdo de culpabilidad, para disminuir la gravedad de la sanción, pero él no aceptó, argumentando que su intención era anular la sentencia condenatoria por estimar que no había actuado incorrectamente.

²⁸ *Georgia Man Fights Conviction as Molester*. 2006. The New York Times, Nueva York, Estados Unidos, 19 de Diciembre.

http://www.nytimes.com/2006/12/19/us/19georgia.html?_r=4&ex=157680000&en=d32f07af9af73a11&ei=5124&partner=permalink&exprod=permalink&oref=slogin&oref=slogin&oref=slogin&
[Consultada: 24 de enero de 2013]

Traducción: Gernalow Wilson, 20, está cumpliendo una sentencia de prisión que conmocionó a su jurado, originando acusaciones de racismo por parte de los críticos del sistema de justicia e incluso el reconocimiento de lo injusto que resulta por fiscales y la Legislatura Estatal.

Él fue sentenciado a 10 años en prisión sin libertad condicional por haber mantenido sexo oral consentido con una niña de 15 años en una fiesta de año nuevo, ofensa que constituye abuso a menores agravado, incluso aunque el señor Wilson tuviera 17 (...).

Incluso más confuso fue que, al tiempo del ilícito del señor Wilson, la también llamada excepción de "Romeo y Julieta" había sido hecha para relaciones sexuales entre adolescentes.

Debido al revuelo en torno a este caso, la ley de Georgia bajo la cual el joven fue condenado fue cambiada después de su sentencia. El sexo oral practicado entre adolescentes ahora se trata como un delito menor, con una pena máxima de un año de prisión, y sin la obligación de registrarse como un delincuente sexual. Lo que hace a este caso más absurdo es que, si Wilson y la joven hubieran tenido relaciones sexuales, él habría sido culpable sólo de un delito menor y no estaría obligado a registrarse como delincuente sexual, ya que existe una disposición que evita castigar tan severamente las relaciones sexuales por vía vaginal consentidas entre adolescentes, la denominada "*Romeo and Juliet defense*".

La sentencia fue apelada ante la Corte Suprema de Georgia, pero el tribunal se negó a escuchar la apelación, argumentando que el legislador había prohibido expresamente aplicar la nueva ley con efecto retroactivo. Posteriormente, en octubre de 2007, Wilson fue puesto en libertad luego de que la Corte Suprema de Georgia acogiera un recurso de habeas corpus interpuesto por su defensa, alegando la inconstitucionalidad del castigo.

Romeo and Juliet defense es una figura del derecho norteamericano que sirve para reducir la pena asignada a un delito sexual en aquellos casos en que la conducta podría considerarse delito sólo porque uno de los partícipes no

tiene la edad suficiente, según la ley respectiva, para otorgar su consentimiento para la realización del acto, sin concurrir circunstancias abusivas. Estas leyes se aplican, en general, cuando entre los participantes la diferencia de edad es menor a un número determinado de años que establece la ley (generalmente tres años). Sin embargo, no se permite utilizar esta defensa en los casos en que el participante de más edad tiene una posición de autoridad sobre el menor, independientemente de la edad relativa, como cuando se trata, por ejemplo, de un profesor, entrenador o tutor.

Estas leyes varían según el estado de que se trate, pero, en términos generales, pueden importar la reducción de la severidad de la ofensa -de delito grave a delito menor-, la reducción de la pena a una multa, libertad condicional, y / o servicios a la comunidad, la eliminación del requisito de que el condenado deba registrarse como un delincuente sexual o la reducción de la duración de dicho registro, o permitir que un condenado pueda solicitar la eliminación de antecedentes penales luego de cumplir la sentencia. Asimismo, puede proporcionar una *affirmative defense* en contra de la acusación de violación de menores, basada en la pequeña diferencia de edad existente entre los participantes o en pruebas de una relación preexistente entre el acusado y la víctima.

Un ejemplo de lo anterior es el estado de Texas, en el cual el 1 de septiembre de 2011 comenzó a regir una nueva *Romeo and Juliet law* que indica lo siguiente:

“Sec. 22.011. SEXUAL ASSAULT.

(a) A person commits an offense if the person:

(...) (2) intentionally or knowingly:

(A) causes the penetration of the anus or sexual organ of a child by any means;

(B) causes the penetration of the mouth of a child by the sexual organ of the actor;

(C) causes the sexual organ of a child to contact or penetrate the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor;

(D) causes the anus of a child to contact the mouth, anus, or sexual organ of another person, including the actor; or

(E) causes the mouth of a child to contact the anus or sexual organ of another person, including the actor.

(...) (c) In this section:

(1) "Child" means a person younger than 17 years of age.

(...) (d) It is a defense to prosecution under Subsection (a)(2) that the conduct consisted of medical care for the child and did not include any contact between the anus or sexual organ of the child and the mouth, anus, or sexual organ of the actor or a third party.

(e) It is an affirmative defense to prosecution under Subsection (a) (2):

(1) *that the actor was the spouse of the child at the time of the offense; or*

(2) *that:*

(A) *the actor was not more than three years older than the victim and at the time of the offense:*

(i) *was not required under Chapter 62, Code of Criminal Procedure, to register for life as a sex offender; or*

(ii) *was not a person who under Chapter 62, Code of Criminal Procedure, had a reportable conviction or adjudication for an offense under this section; and*

(B) *the victim:*

(i) *was a child of 14 years of age or older; and*

(ii) *was not a person whom the actor was prohibited from marrying or purporting to marry or with whom the actor was prohibited from living under the appearance of being married under Section 25.01 (...).²⁹*

²⁹ Estados Unidos. Código Penal de Texas. Sec. 22.011. SEXUAL ASSAULT. <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.22.htm#22.011>> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

Traducción: Sección 22.011. Agresión Sexual:

(a) *Una persona comete un delito si ella:*

(...) (2) *intencionalmente o a sabiendas:*

(A) *causa la penetración en el ano u órgano sexual de un niño por cualquier medio;*

(B) *causa la penetración en la boca de un niño mediante el órgano sexual del actor;*

(C) *causa el contacto o penetración del órgano sexual de un niño con la boca, ano u órgano sexual de otra persona, incluyendo el actor;*

(D) *causa el contacto del ano de un niño con la boca, ano u órgano sexual de otra persona, incluyendo el actor; o*

(E) *causa el contacto de la boca de un niño con el ano u órgano sexual de otra persona, incluyendo el actor*

La norma anterior tiene por objetivo excluir de la obligación de anotarse en el registro de delincuentes sexuales y de ser calificado como tal a un adolescente que mantiene conductas de significación sexual con otro menor de 17 años pero de al menos 14, pudiendo existir una diferencia de edad de hasta 3 años. Estas son las principales condiciones de la *affirmative defense*, figura bajo la cual aún existirá persecución del delito pero permitiendo determinada

(...) (c) *En esta sección:*

(1) *"Niño" significa una persona más joven que 17 años de edad.*

(...) (d) *Es una defensa al enjuiciamiento bajo la Sección (a)(2) que la conducta consista en cuidado medico del niño y no incluya ningún contacto entre el ano u órgano sexual del niño y la boca, ano u órgano sexual del actor o un tercero.*

(e) *Es una defense positive al enjuiciamiento bajo la Sección (a) (2):*

(1) *que el actor era el cónyuge del niño al tiempo del ilícito; o*

(2) *que:*

(A) *el actor no era más de 3 años mayor que la víctima al tiempo del ilícito:*

(i) *no haya sido requerido bajo el Capítulo 62, Código de Procedimiento Criminal, para ser registrado de por vida como agresor sexual; o*

(ii) *no haya sido una persona quien bajo el Capítulo 62, Código de Procedimiento Criminal, tuvo una condena o sentencia por un delito bajo esta sección; y*

(B) *la víctima:*

(i) *era de 14 años de edad o mayor; y*

(ii) *no era una persona a quien se le había prohibido al actor casarse o pretender casarse o vivir bajo la apariencia de estar casados bajo la Sección 25.01 (...).*

estrategia de defensa a condición de la evidencia a demostrar³⁰. Además, la nueva regulación permite a adolescentes que se encuentran en esta situación pero que ya fueron anotados en el registro bajo la ley anterior, solicitar una revisión de sus casos.

2. EL SISTEMA ALEMÁN: § 182.

El Código Penal alemán trata este tema en el párrafo 182, que establece lo siguiente:

“182. Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen

(1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung einer Zwangslage

- 1. sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt oder*
- 2. diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen,*

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird eine Person über achtzehn Jahren bestraft, die eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

³⁰ Estados Unidos. Código Penal de Texas. Sec. 2.04. AFFIRMATIVE DEFENSE. <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.2.htm#2.04>> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

(3) *Eine Person über einundzwanzig Jahre, die eine Person unter sechzehn Jahren dadurch mißbraucht, daß sie*

1. *sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt oder*

2. *diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen,*

und dabei die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) *Der Versuch ist strafbar.*

(5) *In den Fällen des Absatzes 3 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.*

(6) *In den Fällen der Absätze 1 bis 3 kann das Gericht von Strafe nach diesen Vorschriften absehen, wenn bei Berücksichtigung des Verhaltens der Person, gegen die sich die Tat richtet, das Unrecht der Tat gering ist”^{31 32}*

³¹ ALEMANIA. CÓDIGO PENAL, § 182. <<http://dejure.org/gesetze/StGB/182.html>> [Consulta: 25 de marzo de 2013].

³² La traducción al inglés es la siguiente:

Section 182: Abuse of juveniles

(1) Whosoever abuses a person under eighteen years of age by taking advantage of an exploitative situation by

1. *engaging in sexual activity with the person or suffering the person to engage actively in sexual activity with him or*

2. *inducing the person to engage in sexual activity with a third person or to suffer sexual acts committed on their own body by a third person, shall be liable to imprisonment not exceeding five years.*

(2) The same penalty shall apply to a person over eighteen years of age who abuses a person under eighteen years of age by engaging in sexual activity with him or to by inducing the person to suffer sexual acts committed by him on their own body for a financial reward.

A diferencia del caso chileno, la norma alemana no establece una eximente de responsabilidad penal para aquellos adolescentes que incurren en conductas sexuales con otros adolescentes, sino que ofrece una solución distinta. Cuando se trata de una persona mayor de veintiún años de edad que incurre en alguna conducta de carácter sexual con una persona menor de dieciséis años, la induce a participar en actividad sexual con una tercera persona o a sufrir actos sexuales cometidos en su propio cuerpo por una tercera persona –y así, explota la falta de capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo-, el delito sólo podrá ser perseguido por petición, a menos que la autoridad persecutora considere que existe un interés público comprometido que amerite una intervención de oficio. Y, en caso de ser castigada esta persona mayor de 21 años, lo será con una pena privativa de libertad no superior a tres años o con multa.

(3) A person over twenty-one years of age who abuses a person under sixteen years of age by

1. engaging in sexual activity with the person or causing the person to engage actively in sexual activity with him or

2. inducing the person to engage in sexual activity with a third person or to suffer sexual acts committed on their own body by a third person, and thereby exploits the victims lack of capacity for sexual self-determination shall be liable to imprisonment not exceeding three years or a fine.

(4) The attempt shall be punishable.

(5) In cases under subsection (3) above the offence may only be prosecuted upon request unless the prosecuting authority considers proprio motu that prosecution is required out of special public interest.

(6) In cases under subsections (1) to (3) above the court may order a discharge under these provisions if in consideration of the conduct of the person against whom the offence was committed the harm of the offence is of a minor nature.

En <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1578> [Consulta: 25 de marzo de 2013].

Por otra parte, establece una pena privativa de libertad no superior a cinco años, para todo aquel que abuse de un menor de 18 años de edad mediante el aprovechamiento de una situación de explotación o, para las personas mayores de dieciocho años de edad que abusen de una persona menor de dieciocho mediante su participación en una actividad sexual con él o induciéndolo a sufrir actos sexuales cometidos por él en su propio cuerpo a cambio de una recompensa económica. Sin embargo, tanto en estos casos como en el que mencionamos en el párrafo anterior, el tribunal tiene la facultad de prescindir de la pena cuando el injusto del hecho es insignificante.

Nos parece muy interesante la solución alemana ya que, a diferencia de la nuestra, le otorga gran ámbito de discrecionalidad al tribunal para decidir en cada caso particular si prescinde de la pena asignada al delito respectivo o la aplica, teniendo en cuenta tanto el comportamiento de la persona contra la que se cometió el delito como el injusto del hecho. No establece, a diferencia del sistema chileno, una diferencia etaria máxima entre los sujetos que realizan la conducta, que es la que finalmente determina si puede o no procederse en contra del actor.

CAPÍTULO III:

“Naturaleza jurídica del artículo 4º de la Ley Nº 20.084”.

El art. 4º de la LRPA exime de sanción penal ciertas conductas que, normalmente, serían castigadas por caer dentro del catálogo de delitos sexuales de nuestro ordenamiento penal. La pregunta que pretendemos dilucidar en el presente capítulo es la siguiente: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta figura? Esto es, si se trata de una causal de atipicidad, desde que el tipo no se configuraría por ser la diferencia de edad entre sujeto activo y pasivo un elemento del tipo objetivo, o bien, por mediar el consentimiento del ofendido, al tratarse éste de un elemento negativo del tipo. O si podría tratarse de una causal de justificación, en tanto el consentimiento otorgado por el adolescente menor de 14 años excluiría la antijuridicidad de la conducta, o bien ser una excusa legal absoluta, despenalizándose la conducta por razones de política criminal. Como veremos, esta cuestión no es trivial, ya que optar por una u otra opción trae aparejado distintas implicancias y consecuencias.

1. ¿CAUSAL DE ATIPICIDAD, CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN O EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA?

1. 1. Causal de atipicidad.

Para que una conducta pueda ser calificada de típica, debe poder ser atribuida tanto al tipo objetivo como subjetivo descrito en la norma, siendo requisitos copulativos. La atipicidad objetiva concurre cuando la conducta del agente no se enmarca totalmente dentro de la descripción del tipo en la norma respectiva, es decir, no se cumple con el tipo objetivo cuando falta cualquiera de los elementos externos o materiales descritos en la ley.³³

En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina³⁴, indicando que el tipo objetivo de los delitos sexuales en cuestión exige la diferencia de edad que en cada caso se indica³⁵; y es así como el elemento etario del agente se torna fundamental para calificar de típica su conducta. Es decir, para calificar la tipicidad de la conducta, lo trascendente es la concurrencia de un sujeto activo

³³ VARGAS PINTO, T. 2011. Manual de derecho penal práctico: teoría del delito con casos. 2a. ed. act. Abeledo Perrot Legal Publishing. Santiago de Chile, p. 117.

³⁴ Ver HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. N° 15.

³⁵ Ídem, p. 203

con características especiales, pues de no cumplirse la diferencia etaria que la ley exige se excluye el injusto penal.

Pero ¿cómo podemos concluir lo anterior si el legislador nada dice respecto de la calidad especial del agente en los delitos incluidos en el art. 4º de la LRPA? El autor HERNÁNDEZ BASUALTO señala la pérdida del sentido criminal del hecho³⁶ para el supuesto de penalizar a adolescentes por conductas tipificadas por el legislador en miras a su comisión por un adulto, haciendo referencia a la vulneración del fin de protección de la norma en tales circunstancias.

Si analizamos los delitos sexuales de nuestro CP destinados a la protección de menores de 14 años, podemos concluir que, en términos generales, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual³⁷. Si bien analizaremos este concepto en extenso más adelante³⁸, podemos definirla como el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional- que tal experiencia

³⁶ Ídem, p. 202

³⁷ En este sentido GARRIDO MONTT, M. 2005. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, 4ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 267-269; POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 245-247; RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Delitos Sexuales (de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley Nº 19.617 de 1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 95-134.

³⁸ Ver Infra Capítulo 5.1.2.

puede ocasionar en el común de los seres humanos³⁹; ello, en atención a su edad, desarrollo físico y psíquico, valores, educación y experiencias previas. Es decir, y considerando la reforma al sistema de delitos sexuales que ocasionó la inclusión del art. 4º de la LRPA en nuestra legislación, lo que busca el legislador cuando de menores de 14 años se trata, no es reprimir la actividad sexual sino sancionarla cuando medien circunstancias de abuso o coacción. Lo anterior se debe a que, en el fundamento de la norma, se encuentra la aceptación por parte del legislador de la temprana iniciación sexual de los adolescentes⁴⁰, permitiéndoles aún a menores de 14 años otorgar un consentimiento válido para mantener una relación sexual, siempre que ello sea con un copartícipe de similar edad, lo cual aseguraría -en principio- que ambos se encuentren en un campo de horizontalidad y no haya aprovechamiento, legitimando su derecho a la autodeterminación sexual.

Por tanto, podemos concluir que, dada las especiales características del sujeto pasivo en análisis -menor de 14 años-, éste define una condición del sujeto activo del delito – que debe superarle en edad por dos ó tres años según corresponda- por lo que, de no existir una diferencia superior a la indicada, la conducta sería atípica. Es así que, aplicar una sanción penal sin siquiera la exigencia de medios comisivos a un adolescente de 14 años que mantiene una

³⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, p. 124

⁴⁰ Ver en Historia de la Ley 19.927. Op. cit. N° 4.

relación con otro de 13, pierde legitimidad al no mediar entre éstos *-a priori-* circunstancias de abuso o explotación, vulnerando el fin de protección de la norma y coartando la autodeterminación sexual que se pretende proteger al restarle valor a un consentimiento que, dadas las características del contexto en que se otorga *-como una relación afectiva entre adolescentes-*, puede estimarse válido. Distinta apreciación de ese consentimiento podríamos hacer si se tratara de un joven de 20 años que mantuviera relaciones sexuales con otro de 13, pues tal diferencia etaria podría hacernos presumir abuso por parte del primero en atención a su mayor madurez sexual, desarrollo físico y psíquico y experiencias previas que pueda tener.

En efecto, HERNÁNDEZ BASUALTO plantea que, tratándose de los delitos de violación impropia (art.362 del CP), sodomía (art. 365 del CP), abuso sexual contra menor de 14 años (art. 366 bis del CP), exposición del menor a actos de significación sexual (art. 366 quáter del CP) y producción de material pornográfico infantil (art. 366 quinquies del CP)⁴¹, la circunstancia de que la víctima de los mismos sólo pueda ser un niño o adolescente sólo adquiere relevancia en contraste con la calidad de adulto del agente o, al menos, en atención a una significativa diferencia de edad.⁴² De esta forma, el autor

⁴¹ Entre otros delitos no incluidos en el artículo 4 de la LRPA pero respecto de los cuales se plantea la doctrina del potencial hermenéutico de la norma anterior, la que se analizará en el capítulo VI de esta memoria.

⁴² HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007, Op. Cit. N° 15, p. 202.

sustenta su conclusión indicando que el legislador -a partir de la incorporación del art. 4º de la LRPA- 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.⁴³

Parte de la doctrina ha manifestado desestimar la calificación del art. 4º de la LRPA como causal de atipicidad, en cuanto contradeciría la estructura del sistema en base a tipos penales para adultos consagrados como tales en nuestro ordenamiento penal, y no mediante figuras típicas especiales para adolescentes. Adicionalmente, se recurre a la literalidad de la disposición, en tanto el epígrafe de la misma (regla especial para delitos sexuales) y su contenido, dan a entender que la tipicidad en las conductas descritas se estima concurrente⁴⁴.

Para concluir, es necesario considerar que, si tomamos partido por la postura recién expuesta –el art. 4º contiene una causal de atipicidad-, no existiría una acción típica, por tanto, no se configuraría un delito. De esta manera, tanto el autor como potenciales partícipes del hecho se encontrarán

⁴³ Ídem, p. 203

⁴⁴ Ver en CERDA SAN MARTÍN, M. 2007. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes. 2da edición. Librotecnia. Santiago, p. 58-59

realizando una conducta perfectamente lícita y dentro de los márgenes permitidos de nuestro ordenamiento penal, en virtud del principio de la accesoriadad media.

1. 2. Consentimiento del ofendido: ¿causal de justificación o causal de atipicidad?

Tradicionalmente se considera el consentimiento de la víctima como una causal de justificación; no obstante, parte de la doctrina se inclina por calificarla como una causal de atipicidad⁴⁵. Así, se distingue el consentimiento del ofendido que excluye la tipicidad y aquel que excluye la antijuricidad. En el primer caso, el tipo penal considera como elemento del mismo la ausencia del consentimiento del afectado⁴⁶, convirtiéndose en un elemento negativo del tipo; en el segundo caso, las consecuencias del delito requieren la lesión de un derecho disponible por el sujeto pasivo⁴⁷.

Sin perjuicio de que a la anuencia otorgada por el ofendido se le califique de causal de atipicidad o bien de aquellas que excluyen la antijuricidad, en ambos casos, el consentimiento otorgado debe cumplir ciertas condiciones para que se entienda válido:

⁴⁵ Ver en GARRIDO MONTT, M. 2005. Op. cit. N° 37, p. 91.

⁴⁶ Ídem, p. 124

⁴⁷ Ídem, p. 124

1. Libre: no se encuentre forzado por circunstancias externas, condición que se ve reforzada mediante la exigencia del art. 4º de LRPA de ausencia de las circunstancias de la violación propia y el estupro.
2. Consciente: el sujeto pasivo deberá contar con la capacidad cognoscitiva de comprender la conducta que está avalando. En este sentido, podría parecer conflictivo que se permita a un menor de 14 años disponer del bien jurídico libertad sexual, en circunstancias que el sistema de delitos sexuales imperante en nuestro ordenamiento jurídico determina como edad mínima para otorgar un consentimiento válido la edad de 14 años. Respecto de quienes pertenecen a un rango etario inferior, la regulación penal que resguarda su ámbito sexual se enfoca en la protección del bien indemnidad sexual, concepto que hace alusión a la intangibilidad de su sexualidad. Sin embargo, lo anterior se vio resuelto en términos formales con la reforma que significó el art. 4º de la LRPA, que admite la interacción sexual de menores hasta 11 años y un poco más, inclusive. Es en términos materiales que interesa abordar lo anterior, obedeciendo a la clásica tensión en la protección normativa coherente de la libertad sexual e indemnidad sexual⁴⁸.

⁴⁸ Tema que se analizará en el Capítulo 5.1.3 de esta memoria. Ver Infra.

3. Capaz: no es la misma capacidad civil, sino una especial referida a materia penal según el tipo que se trate⁴⁹. Por ende, podemos decir que capaz es quien tiene la libre disponibilidad del bien jurídico y conoce la significación de la autorización que otorga.

1. 2. 1. Consentimiento del ofendido como causal de atipicidad: concurrencia de un elemento negativo del tipo.

Tradicionalmente, el tipo se encuentra descrito a partir de elementos positivos contenidos en la norma, lo cual es sin perjuicio de los elementos negativos por los que también se integre, a los cuales se podrá aludir ya sea en forma expresa o tácita. El ejemplo clásico de la segunda modalidad es el delito de violación, ya sea mediante cualquiera de los medios comisivos del art. 361 del Código Penal⁵⁰, constituyendo el consentimiento de la víctima un elemento negativo que, de concurrir, convierte la conducta en atípica.

Es partidario de esta tesis RODRÍGUEZ COLLAO⁵¹, quien manifiesta a propósito de la violación que, tanto al mediar fuerza o intimidación contra la víctima como cuando ésta se halle privada de sentido o con incapacidad para

⁴⁹ POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Lecciones de derecho penal chileno. Parte General, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 239.

⁵⁰ Ver en GARRIDO MONTT, M. 2005. Op. cit. N° 37, p. 91.

⁵¹ Ver en RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. Cit. N° 37, p. 145-147

oponer resistencia, o bien cuando se abusare de su enajenación o trastorno mental, se posee como denominador común su falta de voluntad al acceso carnal, en tanto elemento objetivo del tipo, dando lugar a una causal de atipicidad y no a una causal de justificación la demostración de que el sujeto pasivo si consintió en el acceso carnal. Respecto del delito de abuso sexual reitera la misma idea⁵².

Cuando el consentimiento en estudio es el prestado por menores de 14 años a la realización de las conductas contenidas en el art. 4º de la LRPA, se puede analizar su rol desde dos perspectivas distintas según el estadio temporal en que nos situemos: antes de la incorporación de esta norma a nuestra legislación, o bien en el periodo posterior. Antes de la incorporación de la norma, toda manifestación de voluntad en torno a la realización de comportamientos de índole sexual no tenía validez, pues se proscribía todo tipo de interacción sexual con menores de 14 años, siendo irrelevante si se otorgase o no para calificar de típica la conducta. Para el segundo caso, el rol de la manifestación de voluntad que pueda prestar el menor es importante, toda vez que el mencionado art. 4º le otorga valor bajo ciertas circunstancias, por lo que de concurrir éstas, tornarían atípica la conducta. Lo anterior se fundaría en que no se estaría vulnerando el bien jurídico que se pretende proteger mediante estos ilícitos, esto es, la libertad sexual -en este caso en su dimensión negativa,

⁵² Ídem, p. 215

como el derecho a no verse involucrado en un contexto de interacción sexual no deseado-.

De optar por esta postura, se reitera la misma conclusión que para el caso de tratarse de una causal de atipicidad, por lo que lo que resulte atípico para el autor, lo será también para los partícipes.

1. 2. 2. Consentimiento del ofendido como causal de justificación.

Una causal de justificación es una figura jurídica que torna lícita una conducta típica, en cuanto la ley autorizaría la afectación de un bien por la existencia de otro de mayor valor que se ha de proteger⁵³, todo lo cual surge a propósito de un conflicto de bienes que merecen protección jurídica pero que, sin embargo, no son de la misma entidad, por lo que se debe optar por el bien de mayor valorización social. Así, se ha dicho que se reconocería un “estado de necesidad” genérico en la base de toda causa de justificación.⁵⁴

Dentro de las causales de justificación que nuestro ordenamiento penal admite, el mencionado art. 4º de la LRPA se enmarcaría dentro del

⁵³ VARGAS PINTO, T. 2011. Op. cit. N° 33, p. 137

⁵⁴ Con la advertencia de que esta noción es más amplia, pues incluye conflictos entre males de igual entidad y en este caso el Derecho no debe hacer diferencias privilegiando uno en favor del otro. En VARGAS PINTO, T. 2011. Op. cit. N° 33, p. 137

“consentimiento del ofendido”, causal que si bien no aparece explícitamente en el art. 10º de nuestro CP, se acepta en virtud de la naturaleza del bien afectado⁵⁵ como una causal supralegal⁵⁶.

Para que el consentimiento otorgado por la víctima opere como causal de justificación, debe cumplir con ciertas características:

- Respecto del titular del derecho lesionado: éste debe comprender aquello que consiente, debe hacerlo libremente y antes de la consumación de la acción lesiva del bien jurídico (sino, mutaría a la figura del perdón del ofendido, el que opera con una lógica distinta a una causal de justificación).

- Respecto del bien jurídico: debe ser disponible. Se discute el concepto de disponibilidad, noción que deberá determinarse según los intereses en juego. Típicamente se ha considerado que bienes muy vinculados a una persona no son disponibles, tales como la vida, integridad corporal, la salud. En lo que nos interesa, la libertad es un bien que debe examinarse en cada caso; frente a la autoridad pública y al Estado no es un bien disponible, en los demás casos podría serlo y justificar el acto

⁵⁵ Ídem, p. 157

⁵⁶ En este sentido GARRIDO MONTT, M. 2005. Derecho Penal. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Parte General Tomo II, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p.160; POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p. 368-369.

atentatorio^{57 58}, lo que sugiere que la disponibilidad se determinará en un juicio que se efectúe tipo por tipo. Por tanto, si el bien jurídico asociado a la disposición normativa en análisis es la libertad sexual, podemos concluir su disponibilidad al tratarse de un bien cuya conservación sólo compromete intereses individuales -de su titular- y no de la comunidad. Distinto podría ser el razonamiento si fuese el bien indemnidad sexual el que entrase en colisión, toda vez que al ser los sujetos de protección menores vulnerables, inmersos en un proceso de crecimiento y desarrollo de su madurez, resulta discutible que se encuentren calificados para otorgar una manifestación de voluntad consciente de la conducta que avalan.

Cierta doctrina ha descartado que la naturaleza jurídica de la figura contenida en el art. 4º de la LRPA sea la de una causal de justificación, toda vez que no existirían bienes jurídicos en contienda o colisión, donde el legislador haya de preferir uno sobre otro⁵⁹, sino sólo el legítimo ejercicio de la libertad en su ámbito sexual. Además, nuevamente se recurre al elemento

⁵⁷ GARRIDO MONTT, M. 2005. Op. cit. N° 37, p. 125

⁵⁸ Lo anterior siempre con la perspectiva de que la disponibilidad de un bien está limitada por el art. 5 CPR, pues ni aún con el consentimiento de la víctima se efectuaran actos atentatorios a la dignidad humana En GARRIDO MONTT, M. 2005. Op. cit. N° 37, p. 125

⁵⁹ Edison Carrasco indica que existen más bien fundamentos de política criminal para excusar la conducta del adolescente sujeto activo. Ver en CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2007. Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la Ley de Responsabilidad Penal adolescente. Gaceta Jurídica (330): p. 1-4

gramatical, en tanto la redacción de la disposición pareciera incluir la antijuricidad y culpabilidad en las conductas descritas⁶⁰.

El corolario de su calificación como causal de justificación importaría aceptar que se le otorga mayor valor a la libertad del sujeto pasivo -menor de 14 años-, que a la protección de su indemnidad sexual.

1. 3. Excusa legal absolutoria.

La excusa legal absolutoria ha sido definida en doctrina como aquella circunstancia de carácter excepcional y personal que tiene la cualidad de excluir la imposición de la pena, aunque el comportamiento del sujeto sea típico, antijurídico y culpable⁶¹. Es decir, se trata de una eximente de responsabilidad en atención a los partícipes del ilícito -víctima y victimario- y al tipo de delito que se trata, pues su fundamento atiende a razones utilitarias o de política criminal, siendo más conveniente no sancionar un hecho que típicamente es delito cuando es cometido por cierto agente descrito en la norma eximente de responsabilidad, pues de hacerlo resultan más perjuicios que ventajas. El ejemplo insigne es el art. 489 del CP, que exime de responsabilidad penal –más

⁶⁰ CERDA SAN MARTÍN, M. 2007. Op. Cit. N° 44, p. 59-60

⁶¹ GARRIDO MONTT, M. 2005. Op. cit. N° 37, p.251

no civil- a ciertos parientes que cometan hurtos, defraudaciones o daños entre sí en pro de la convivencia social.

Parte de la doctrina⁶² y de la jurisprudencia⁶³ han considerado que el art. 4º de la Ley N° 20.084 contiene una excusa legal absolutoria. El autor CARRASCO JIMÉNEZ, partidario de esta calificación, nos indica que la inconveniencia de criminalizar estas conductas viene determinada porque de otra forma se estaría sancionando una relación sexual consentida entre adolescentes, según se desprende de la propia historia tanto de la Ley N° 19.927 como de la N° 20.084. Agrega, además, que son los vínculos personales (que suponen relaciones consentidas e incluso afectivas) y la consideración a la mínima diferencia de edad, (las) cuestiones que sin duda explican de mejor forma el fundamento de política criminal sostenido por el legislador⁶⁴.

Parte de la doctrina⁶⁵ ha hecho patente la similitud de la disposición en análisis con el art. 369 inciso 4º del CP, en cuanto ambas normas, no obstante

⁶² En este sentido CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. cit. N° 8, p. 5-6; OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. Op. cit. N° 3, p. 1-2; VARGAS PINTO, T. 2011. Op. cit. N° 33, p. 210; CERDA SAN MARTÍN, M. 2007. Op. cit. N° 44, p. 58-70.

⁶³ TOP de Concepción, 5 de septiembre de 2009, RUC 0800160192-0. En VARGAS PINTO, T. 2011. Op. cit. N° 33, p. 210.

⁶⁴ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. cit. N° 8, p. 6

⁶⁵ Ídem, p. 3

su fórmula de redacción procesal, son disposiciones de carácter penal⁶⁶. En relación a lo anterior, RODRÍGUEZ COLLAO destaca el hecho de que la efectiva configuración de un delito en el caso del art. 369 del cuerpo normativo mencionado, se encuentra corroborado por el mismo texto legal, toda vez que la responsabilidad penal se hará efectiva de mediar la circunstancia de gravedad en la ofensa cometida. Es decir, considerando este argumento y volviendo al caso en análisis, bien podría tratarse de una excusa legal absolutoria si se admite que, bajo ciertas condiciones, se podrá proceder penalmente contra las conductas descritas en la norma en análisis.

Es a propósito de esta identificación con el art. 369 inciso 4° del CP, el cual exime de responsabilidad penal al autor de una violación o bien de un abuso sexual de existir entre éste y la víctima un vínculo matrimonial o de convivencia -a menos que la gravedad de la ofensa infligida haga necesaria la imposición o ejecución de la pena-, que se pueden concluir las consecuencias que conllevaría que la disposición en estudio sea una excusa legal absolutoria.⁶⁷ Es así como se destaca el carácter personal de esta figura jurídica, por lo que la intervención de terceros ajenos a los partícipes mencionados en la respectiva eximente de responsabilidad penal, no quedarían cubiertos por la misma. ¿En qué casos lo anterior se torna de importancia? Se

⁶⁶ En este sentido CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. cit. N° 8, p. 5-6; OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. Op. cit. N° 3, p. 2

⁶⁷ Es el autor Edison Carrasco que alude a lo anterior, remitiéndose a Rodríguez Collao a propósito del art. 369 del CP. Ver en CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. cit. N° 8, p.3

vuelve relevante en todas las hipótesis en que concurren partícipes más allá de los dos adolescentes integrantes de la relación, como puede ocurrir con un amigo o padre de éstos que aconseje o bien permita que mantengan relaciones sexuales en su hogar, pudiendo calificárseles de autor inductor o encubridor, respectivamente, de un delito como el de violación impropia.

Adicionalmente, debe considerarse que, el hecho de excluir la sanción penal para el sujeto activo de estas conductas típicas, antijurídicas y culpables, no se extiende a las demás consecuencias jurídicas que emanan de ellas, como una eventual responsabilidad civil.

2. IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE OPTAR ENTRE UNA U OTRA INSTITUCIÓN.

La implicancia de calificar al art. 4º de la LRPA como una causal de atipicidad es que no existiría un delito, sino que se trataría de una conducta lícita; como causal de justificación, es que existiría una conducta típica pero no antijurídica, pues se le otorgaría mayor valor a la libertad del menor de 14 años que a la protección de su indemnidad sexual; y, finalmente, como excusa legal absoluta, es que sólo el sujeto activo del ilícito es eximido de responsabilidad penal y no otros partícipes, como un cómplice o encubridor.

2. 1. Nuestra posición.

Desde las distintas propuestas para calificar al art. 4º de la LRPA, estimamos que la despenalización de las conductas allí descritas se debe a una causal de atipicidad, toda vez que la poca diferencia de edad entre los involucrados determina un comportamiento que se aleja del fin de protección de los delitos incluidos en la norma, los cuales enfocados en su creación para la comisión por adultos, buscan prevenir y sancionar toda interacción sexual donde se involucre a un menor prevaleciendo de su acotada experiencia en el ámbito, en tanto se encuentra en una etapa de descubrimiento del mismo. De esta forma, al exigir el art. 4º que el sujeto activo se encuentre en una etapa similar de desarrollo que el sujeto pasivo, se atenúan las posibilidades de un eventual manejo de la capacidad de autodeterminación del menor, encontrándose ambos en una relación horizontal en que conjuntamente puedan autodescubrirse sin que medien condiciones de abuso.

Lo anterior se sustenta en la aceptación por parte de nuestro legislador de la realidad social actual, donde el inicio temprano de la vida sexual entre adolescentes no es una conducta socialmente lesiva que requiera de protección penal, sino más bien dada su connotación de normalidad, ésta exige la validez otorgada al consentimiento prestado por el menor, siempre que se

enmarque bajo ciertas circunstancias que aseguren un sano desarrollo de la libertad sexual.

Debido a lo expuesto, desestimamos que se trate de una excusa legal absoluta, ya que al no configurarse una conducta típica, no podríamos amparar la penalidad a que se someterían eventuales partícipes del hecho. De igual manera, desestimamos la calificación como causal de justificación, puesto que no existiría un conflicto de intereses entre la indemnidad y la libertad del menor, desde que la norma apunta a la legitimación de la capacidad del adolescente de desarrollarse en el ámbito sexual entre sus pares, otorgándole libertad en este ámbito bajo el cumplimiento de ciertos presupuestos. Y, por último, creemos que el consentimiento del ofendido es efectivamente una causal de atipicidad para la mayoría de los delitos sexuales, al tratarse de un elemento negativo del tipo que, conjuntamente con la atipicidad objetiva mencionada, permiten considerar la conducta como atípica, sin embargo, su consideración debe ser posterior a esta última –la causal de atipicidad objetiva– pues mientras ésta otorga el antecedente que permitió la legitimación del consentimiento prestado por el menor, aquélla –el consentimiento del ofendido– otorga consecuencias ulteriores de esa situación.

CAPÍTULO IV:

“Análisis de los delitos previstos por el artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente”.

El presente capítulo trata acerca de los delitos que están incluidos en la eximente de responsabilidad penal contenida en el art. 4º de la Ley N° 20.084: violación impropia (art. 362 CP), sodomía (art. 365 CP), abuso sexual de menor de 14 años (art. 366 bis CP), exposición del menor a actos de significación sexual (art. 366 quáter CP) y producción de material pornográfico infantil (art. 366 quinquies CP), explicando de qué forma el art. 4º ha importado una modificación de los tipos penales de los delitos que menciona.

1. VIOLACIÓN IMPROPIA⁶⁸ (art. 362 CP).

⁶⁸ La doctrina acostumbra distinguir entre Violación Propia, es decir, aquella en que se ejerce violencia o intimidación, y Violación Impropia, que correspondería a las restantes formas de ejecución de este delito. En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. Cit. N° 37, p. 136; GARRIDO MONTT, M. 2005. Op. cit. N° 37, p. 281; POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p.250-265.

El art. 362 del CP dispone lo siguiente: “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 anterior.” Puesto que el texto exige un “acceso carnal”, y atendido el claro sentido que esta última expresión posee en nuestro idioma, la conducta debe ser entendida como la introducción del miembro masculino en la vagina, el ano o la boca de la víctima, sin que baste, al efecto, con la introducción de otros objetos, sea que pertenezcan al propio cuerpo del sujeto o al mundo circundante⁶⁹.

El art. 362 configura un segundo tipo comisivo del delito de violación, fuera del de las circunstancias del art. 361 del CP, ya que no requiere que éstas se encuentren presentes para configurar el delito. Ni la conducta (acceso carnal) ni las vías (anal, vaginal o bucal) sufren modificación alguna, por el contrario, la violación impropia es una hipótesis que responde plenamente a la descripción de la conducta general para el delito de violación, y a las vías de acceso de igual manera⁷⁰. Lo que cambia es la modalidad ejecutiva, consistente en el simple dato objetivo de tener la víctima menos de catorce años, presumiendo la ley *iuris et de iure* que el delincuente ha abusado del sujeto pasivo o, lo que es lo mismo, que no hubo consentimiento de su parte⁷¹. De

⁶⁹ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. Cit. Nº 37, p. 138.

⁷⁰ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2010. Op. cit. Nº 25, p. 131.

⁷¹ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. Nº 37, p. 157.

esta manera, para que se configure la violación basta que se dé objetivamente la circunstancia de la edad de la víctima, y que esta circunstancia sea conocida del autor, a nivel de culpabilidad⁷².

Hasta antes de 2004, el CP estipulaba que el sujeto pasivo del delito de violación impropia debía ser un menor de 12 años, sin embargo, la Ley N° 19.927 aumentó dicha edad hasta los 14 años, cuestión que generó varios problemas que quisieron ser corregidos por el legislador a través de la incorporación del art. 4° de la LRPA a nuestro ordenamiento. De esta forma, a pesar de que de la sola lectura del art. 362 CP pareciera que la ley considera que los menores de 14 años no están capacitados para consentir válidamente en la realización de comportamientos de índole sexual, lo cierto es que después de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084 esta situación ha cambiado.

El art. 4° de la LRPA vino a modificar el tipo penal contenido en el art. 362 del CP, desde que incorporó una eximente de responsabilidad que no permite “proceder penalmente” en contra del sujeto activo de este delito cuando se trata de un adolescente –mayor de 14 años-, que no supera en dos años la edad del sujeto pasivo. En lo que se refiere a la conducta objeto de la eximente, ésta está constituida por el acceso carnal a menor de 14 años. Se excluye, por tanto, toda otra conducta constitutiva de violación, como lo señala

⁷² POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p. 264.

expresamente el art. 4º de la Ley N° 20.084, que establece que tales hechos necesitan ser efectuados sin alguna de las circunstancias señaladas en el art. 361 CP⁷³.

Si bien puede considerarse que la referida modificación constituye un avance, lo cierto es que no resuelve todos los casos, ya que puede que una relación sexual consentida por ambos menores sea de todas formas criminalizada, coartándose su libertad sexual, que es justamente lo que se quiere evitar con esta disposición. Piénsese en una pareja de pololos en que la mujer tiene 12 años y el hombre 15, y que mantienen relaciones sexuales en el marco de una relación amorosa simétrica y no abusiva. Resultaría a todas luces inconveniente y no ajustado a derecho imponer una pena al menor de 15 años. En el fondo, las relaciones sexuales consentidas por parte de menores de 14 años, sólo pueden darse entre menores de 12 ó 13 con otros de 14 ó 15, ya que con otras combinaciones de edad se excede la diferencia máxima de dos años que exige la ley, o bien queda fuera del rango etario para que opere la eximente⁷⁴. Pareciera que la diferencia etaria exigida por la ley debiese ser más significativa, ya que el rango de dos años establecido por el art. 4º vuelve muy estrecho el margen para la aplicación de la eximente. Una forma de obviar este problema sería rebajar la edad límite de 14 a 13 ó 12 años para que los menores puedan consentir válidamente en una relación sexual, pero sería

⁷³ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2010. Op. cit. N° 25, p. 83

⁷⁴ OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. Op. cit. N° 3, p.4

volver a la situación anterior a la reforma introducida por la Ley N° 19.927 (debe hacerse presente que, especialmente en el ámbito europeo, la edad límite se ha fijado en edades aún mayores, como ocurre, por ejemplo en Francia: 15 años, y Suiza, 16 años). Esto sería más consecuente con las tendencias internacionales de países de tradición similar a la nuestra, y es, por lo demás, la modificación propuesta en la Comisión que actualmente estudia la reforma del Código Penal (que propone 12 años como edad límite). Otra solución sería elevar la diferencia de edad entre agresor y víctima, de dos años a tres o cuatro⁷⁵.

2. SODOMÍA (art. 365 CP).

La Ley N° 19.617 (1999) modificó el antiguo art. 365 CP, restringiendo el delito de sodomía al acceso carnal a un varón menor de 18 años, sin que medien las circunstancias constitutivas de violación o estupro. La disposición legal actualmente dispone: “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.”

⁷⁵ Ídem, p.4.

Lo que se castiga es la relación homosexual entre varones, uno de los cuales es menor de 18 años, no concurriendo las circunstancias de la violación o del estupro (se trata, por tanto, de jóvenes mayores de 14 años)⁷⁶. Debe quedar en claro que este acceso carnal no supone nada más que la edad de la persona, que es un menor de 18 años –y mayor de 14, conforme al art. 362-, porque cualquier circunstancia que pudiera importar un atentado contra la libertad sexual está expresamente descartada por el art. 365⁷⁷.

La normativa de la ley de responsabilidad penal juvenil parece incurrir en un error al hacer referencia a este tipo penal⁷⁸ pues, como acabamos de señalar, el tramo de edad requerido por la víctima de este delito es entre 14 y 18 años, de manera que nunca nos encontraremos frente a la hipótesis propuesta por el art. 4°. Ahora bien, si la víctima fuese un menor de 14 años, estaríamos frente a un delito distinto de la sodomía, cual es la violación sodomítica, subsumible en el art. 362 del Código Penal, respecto del cual también se aplica la disposición del art. 4° de la Ley N° 20.084, con la salvedad de que la diferencia de edad exigida para proceder penalmente por el 362 es de dos años y no tres como en el caso del 365.

⁷⁶ POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p. 282.

⁷⁷ BULLEMORE GALLARDO, Vivian y MACKINNON R., John. 2011. Curso de derecho penal. Tomo III, parte especial, 3ª ed. Aumentada y actualizada, Santiago, Ed. Legal Publishing, p. 190.

⁷⁸ En este sentido, BULLEMORE, V. y MACKINNON, J., quienes consideran que la remisión del art. 4° de la Ley N° 20.084 al art. 365 CP es un burdo error del legislador. En BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2011. Op.cit. N° 77, p.176.

Como vemos, la mención que realiza el art. 4° respecto del 365 está fuera de lugar, ya que, por definición legal, el menor que es objeto del acceso carnal debe ser mayor de 14 años. Sin embargo, parece al menos absurdo concluir que el acceso carnal a un menor de 12 ó 13 años de edad puede quedar exento de sanción bajo la Ley N° 20.084, pero no así el acceso carnal a un menor de 14, 15, 16 ó 17 años, aunque la diferencia de edad con él sea menor a la exigida por el art. 4° de la LRPA. Parte importante de la doctrina nacional plantea que, para evitar este absurdo, debe interpretarse el art. 4° de la Ley N° 20.084 en el sentido de que la mención al art. 365 CP opera por sí sola como regla eximente de procesabilidad penal⁷⁹. Advierten, en todo caso, que bajo esta interpretación aún permanece incierto cuál sea la diferencia máxima de edad entre los intervinientes exigida por la ley para eximir al que accede carnalmente, si 2 ó 3 años. Si la expresión legal contenida en la parte final del art. 4° -“conducta descrita en el artículo 362”- se interpreta como referida solamente a la acción sexual cometida, entonces la eximente exigiría no más de 2 años de diferencia de edad; en cambio, si se la interpreta como referida a todos los elementos del tipo del delito correspondiente, incluyendo la edad de la víctima, la eximente cubriría hasta los 3 años de diferencia de edad. De esta manera, tratándose del adolescente que accede carnalmente a un menor con quien tiene una diferencia de edad superior a los dos años pero

⁷⁹ BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., *et al.* 2011. La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2010, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago, p. 67.

inferior a los tres, la Ley N° 20.084 dejaría en la incertidumbre su procesabilidad penal bajo el art. 365 CP⁸⁰.

3. ABUSO SEXUAL DE MENOR DE 14 AÑOS (art. 366 bis CP).

El término “abuso sexual” está tomado en un sentido amplio, que incluye varios tipos, a diferencia de lo que ocurría antes con la denominación de “abusos deshonestos”, que sólo cubría el tipo contemplado en el art. 366 del CP. Hoy, en el ordenamiento jurídico chileno, este término hace referencia al hecho de que una persona sea compelida a tomar parte en una actividad sexual que no sea constitutiva de los delitos de violación o estupro⁸¹.

RODRÍGUEZ COLLAO afirma que el legislador del año 1999 optó por descomponer el antiguo art. 366 CP en 4 figuras relativamente independientes, dejando bajo la denominación genérica de abuso sexual un conjunto de hipótesis conductuales, que la doctrina ha dividido en dos grandes grupos: abuso sexual propio o directo y abuso sexual impropio o indirecto. Según este autor, en el primer grupo se incluye el abuso sexual asociado a violación (art.

⁸⁰ Ídem, p. 67.

⁸¹ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, p. 196

366 inciso 1º CP), el abuso sexual asociado a estupro (art. 366 inciso 2º CP) y el abuso sexual de persona menor de catorce años (art. 366 bis CP). En tanto, dentro del segundo grupo, podemos incluir todas las hipótesis delictivas contempladas en el art. 366 quáter CP. La distinción obedecería a que, mientras en el primer grupo la ley contempla hipótesis que suponen un contacto directo entre el autor y la víctima, en el segundo no se requiere dicha forma de aproximación corporal⁸².

Criterio distinto al de RODRÍGUEZ COLLAO utiliza POLITOFF LIFSCHITZ, para quien la distinción entre abuso sexual propio o directo y abuso sexual impropio o indirecto, al igual que tratándose del delito de violación, no atiende a si existió o no contacto corporal entre la víctima y el autor, sino a la edad del sujeto pasivo del delito. Cuando éste es mayor de 14 años, la figura se denomina abuso sexual propio o directo (art. 366 CP), mientras que cuando se trata de un menor de 14 años estamos ante un abuso sexual impropio o indirecto (art. 366 bis CP)⁸³.

El art. 366 bis del CP consagra el delito de abuso sexual infantil de la siguiente forma: “El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.” Puede

⁸² Ídem, pp. 193-196.

⁸³ POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, pp. 269 y ss.

observarse que, al estructurar este delito, nuestro Código utiliza la técnica de la subsidiariedad expresa, excluyendo de su ámbito el “acceso carnal” y asignándole, con ello, el carácter de un tipo residual respecto de las figuras que lo preceden (violación y estupro).⁸⁴

La conducta aparece descrita como “una acción sexual distinta del acceso carnal”, y el art. 366 ter CP define acción sexual como “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”. Tres son, entonces, las condiciones que según el Código Penal chileno permiten establecer cuándo estamos en presencia de una “acción sexual”, en tanto que conducta básica de este delito: la connotación sexual del comportamiento; la relevancia del acto ejecutado; y una aproximación corporal con la víctima⁸⁵.

⁸⁴ El autor Luis Rodríguez Collao plantea que, aunque la conducta del delito de abuso sexual aparezca descrita como “una acción sexual distinta del acceso carnal”, la intención de la norma no puede ser excluir cualquier tipo de acceso carnal, y la única forma de atribuir un sentido lógico a la exclusión que formulan los artículos 366 y 366 bis CP, es entender que su propósito es delimitar claramente el ámbito del delito de abuso sexual respecto de los delitos de violación y estupro. Y, sobre esta base, entender que lo excluido no es el acceso carnal, sino aquellas formas de acceso carnal castigadas a título de estupro y violación, de manera que la acción sexual constitutiva del delito puede consistir en un acceso carnal, con tal que éste no sea de aquellos que resultan captados por los tipos anteriormente aludidos y siempre que importe una forma de abuso de una persona respecto de otra. Ver en RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, pp. 205 y 206.

⁸⁵ Ídem, pp. 197-198.

Concordamos con POLITOFF LIFSCHITZ cuando plantea que la significación sexual del comportamiento -exigida por el 366 ter CP- estaría dada por el ánimo libidinoso, al igual que en el antiguo delito de abusos sexuales, aunque como en la anterior redacción, el elemento tendencial no se nombre. De otro modo, los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y las caricias y correcciones de los padres respecto de sus hijos, y aun de las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas sujetas a indagación sobre su antijuridicidad, lo que resulta del todo inapropiado⁸⁶.⁸⁷

La modificación propuesta para el art. 366 bis del CP es similar a la que revisamos en el caso de la violación impropia; el art. 4º de la LRPA no permite proceder penalmente en contra del sujeto activo de este delito cuando se trata de un adolescente que no supera en tres años la edad del sujeto pasivo menor de catorce años, y siempre que no concorra ninguna de las circunstancias comisivas de la violación propia (361 CP) o del estupro (363 CP).

Resulta destacable que en este caso la diferencia de edad se extienda a tres años, porque es un hecho incluso mucho más frecuente que la violación, dado que las caricias propias de una relación sentimental harían incurrir en

⁸⁶ POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p. 269.

⁸⁷ En contra de la presencia de un elemento subjetivo en el tipo del delito de abuso sexual, RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, p. 212.

delito a todo aquel que mantiene tales relaciones con un menor de 14 años, aunque no lleguen a la intimidad sexual propiamente tal⁸⁸. Es más, a falta de esta eximente, podría incurrir en la conducta típica, todo adolescente que tenga algún tipo de acercamiento sexual -como el denominado “ponceo”- con otro menor de 14 años, que no se enmarque dentro de una relación sentimental, y que no por ello podría calificarse de delito. Este tipo de acercamientos entre adolescentes son cada vez más comunes en nuestro país, lo que queda reflejado en el siguiente párrafo extraído de *The New York Times*:

“SANTIAGO, Chile- Son apenas las 5 pm en el que una vez fue conocido como uno de los países más conservadores de América Latina, y la juventud de Chile está vibrando y matraqueando al ritmo de un reggaetón. En la discoteca Bar Urbano, chicos y chicas de entre 14 y 18 años se están quitando sus camisetas, dejando a la vista sostenes, tatuajes y piercings en los ombligos.

El lugar es una maraña de labios, lenguas y manos, todas buscando a tientas y explorando. Cerca de 800 adolescentes se balancean y saltan con la letra de la canción, incitándolos a “Poncea! Poncea!”: besuquéate con todos los que puedas.

Y de hecho se besuquean –con un desconocido tras otro-, esforzándose por alcanzar el honor de ser reconocidos por el “ponceo”, como el que logre meterse con el mayor número de personas.

⁸⁸ OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. Op. cit. N° 3, p.5.

Chile, durante largo tiempo considerado como el país con pautas sociales más tradicionales de Sudamérica, está rompiendo con esa reputación a través de sus precoces adolescentes. La juventud chilena está viviendo un periodo de exploración sexual que, según académicos y funcionarios, el país nunca antes había presenciado”⁸⁹.

4. EXPOSICIÓN DEL MENOR A ACTOS DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL^{90 91} (art. 366 quáter).

En primer lugar, hay que señalar que la referencia que hace el art. 4º de la LRPA al art. 366 quáter del CP debe entenderse hecha a las conductas descritas en sus dos primeros incisos, toda vez que el inciso tercero se refiere a víctimas menores de edad pero mayores de 14 años. Dichos incisos señalan lo siguiente: “El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o

⁸⁹ “*In tangle of young lips, a Sex Rebellion in Chile*”, The New York Times, 12 de septiembre de 2008, citado y traducido por COUSO SALAS, J. 2009. Op. cit. N° 10, pp. 12-13.

⁹⁰ Opta por esta denominación POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p. 280.

⁹¹ RODRÍGUEZ COLLAO opta por denominar este delito contenido en el art. 366 quáter del CP como “Abuso sexual impropio o indirecto”. Ver en RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, p. 217.

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 catorce años de edad, con significación sexual, la pena será presidio menor en su grado máximo”.

El art. 366 quáter contempla un conjunto de hipótesis delictivas que obedecen a la idea común de proteger al menor frente a la ejecución de actos que pueden dañar o afectar su normal desarrollo en el plano psíquico, afectivo o emocional. En las hipótesis de este delito no hay un contacto directo o una aproximación corporal entre el autor y la víctima, contemplándose cuatro conductas alternativas: (1) hacer presenciar a un menor comportamientos de significación sexual, (2) determinarlo a ejecutar esos mismos comportamientos, (3) determinarlo a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años con significación sexual, o (4) hacerlo ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter.

Con respecto a la primera conducta, la única limitación es que el comportamiento tenga efectivamente una connotación sexual, quedando el menor relegado al papel de observador, porque si tomara parte en la ejecución de los actos, estos podrían ser captados por otros tipos penales como la violación o el abuso sexual, según corresponda. Ahora bien, el art. 366 quáter, en su inciso 2º, también castiga al que, para procurar su excitación sexual o la de otro, determinare al menor a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro. A diferencia del caso anterior, aquí se exige que sea el menor quien realice actos de connotación sexual en presencia del sujeto activo o de un tercero, lo que no significa que éstos deban participar en su ejecución, pues en tal caso los hechos quedarán captados por otros tipos⁹². El verbo determinar debería ser entendido de una forma más amplia que la idea de fuerza física o moral, y pareciera incluir incluso la persuasión⁹³.

En lo que respecta a la conducta consistente en determinar al menor a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor de 14 años, que tengan connotación sexual, es necesario destacar que fue incorporada al art. 366 quáter por la Ley N° 20.526, que entró en vigencia a partir de agosto del año 2011⁹⁴. Dicha ley agregó también los actuales incisos 4

⁹² Ídem, pp. 217-221.

⁹³ En este sentido, BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2011. Op. cit. N° 77, p. 171.

⁹⁴ El Diputado Walker explicó, durante la tramitación del proyecto de ley, las razones esgrimidas para la incorporación de esta conducta al art. 366 quáter, señalando que éste sancionaba la figura del abuso sexual impropio y dentro de esta figura se contemplaba la

y 5 de esta norma, y su finalidad fue incluir en nuestra legislación la figura del *childgrooming*⁹⁵, castigando una de sus etapas, cual es la consecución de material pornográfico por parte del menor con el que se ha establecido algún tipo de contacto o relación a través de medios virtuales⁹⁶. Ahora bien, nos parece que debe entenderse que la eximente del art. 4º de la LRPA se aplica de todas formas a esta conducta, a pesar de que la misma se incorporó con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.084. Lo anterior, porque el art. 4º hace referencia al art. 366 quáter, sin distinguir, y porque la Ley N° 20.526 modificó también el art. 4º, incorporando el nuevo art. 366 quinquies del CP al listado de delitos sexuales; por lo que, si hubiese querido excluir esta hipótesis de la eximente se hubiera pronunciado expresamente en este sentido. Además, hay que tener en cuenta que el fundamento tras la exención de esta conducta es el mismo que hay tras los demás delitos sexuales incluidos en el

incitación a un menor de catorce años para la realización de acciones de significación sexual frente a un adulto, pero tal figura no comprendía el envío por medio de la red, de imágenes del menor, por ejemplo, desnudo o realizando acciones de significación sexual. Añadió que estas acciones, conocidas como *childgrooming*, habían experimentado una constante proliferación y se encontraban penadas en diferentes legislaciones como las de los Estados Unidos, España, Inglaterra y Alemania. En la legislación nacional existía un vacío al respecto que resultaba necesario subsanar. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.526. Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Ministerio de Justicia, 13 de agosto de 2011, p. 17 <www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013].

⁹⁵ Podría definirse el *childgrooming* o seducción de menores 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. Ver en Historia de la Ley N° 20.526, Op. cit. N° 94.

⁹⁶ Al respecto, véase SCHEECHLER CORONA, C. 2012. 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. 3 (1): 55-78.

art. 4º, por lo que si ésta se da en un contexto de exploración sexual entre adolescentes sin una diferencia significativa de edad y sin concurrir circunstancias abusivas, no habría razón para castigarla.

Por último, el 366 quáter castiga a quien haga ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter a un menor de 14 años. La ley no define para este art. lo que ha de entenderse por “material o espectáculos pornográficos” (como sí se hace en el art. 366 quinquies), pero diremos que se trata, en palabras de GARRIDO MONTT, de algo “impúdico, ofensivo al pudor, pero no meramente ofensivo, sino groseramente y, en especial, torpe o repugnantemente”, esto es, la exposición de los genitales masculino o femenino durante la actividad sexual⁹⁷.

Después de analizar las hipótesis de este delito, es importante destacar que, para que pueda aplicarse la eximente del art. 4 de la LRPA en cualquiera de estos cuatro casos, debe existir una diferencia de edad no superior a tres años entre el sujeto pasivo menor de 14 años y el hechor y, al igual que en las situaciones anteriores, no debe presentarse ninguna de las circunstancias de la violación ni del estupro.

⁹⁷ Citado por POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, pp. 280-281.

Muchos cuestionan la decisión del legislador de incluir las conductas delictivas del art. 366 quáter del CP dentro de la aplicación de la eximente de responsabilidad penal del art. 4º, planteando que su conveniencia sería dudosa en algunos de estos casos, en que el menor aparece como un receptor pasivo de las acciones del actor, lo que hace difícil suponer un vínculo afectivo entre ambos que justifique el no proceder penalmente en contra del mismo. En este sentido, el Ministerio Público ha señalado que la aplicación de la eximente resulta más dudosa en este caso, desde que no parece responder a las mismas consideraciones político-criminales que justifican su aplicación tratándose de los delitos de violación impropia y abuso sexual, los cuales dicen relación con la existencia de relaciones afectivas mutuamente aceptadas entre menores de 14 años y hechores escasamente por encima de esa edad⁹⁸.

Por su parte, CARRASCO JIMÉNEZ plantea que le resulta enojosa la aplicación de la exención del art. 4º de la LRPA tratándose de las conductas del 366 quáter del CP. Argumenta que, para la existencia de un encuentro sexual, sean las caricias o derechamente el coito, se presentan una serie de barreras mutuas, tanto psicológicas como biológicas, que han de vencerse o superarse para llegar al acto sexual, lo cual exige necesariamente la voluntad del sujeto. En la especie, ambos adolescentes suponen consentir en el acto, venciendo las barreras antedichas, con lo cual la voluntad del sujeto pasivo se encuentra

⁹⁸ OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736, Op. cit. N° 3, p. 6.

involucrada en la realización de la conducta. En cambio, en la exposición a actos de significación sexual, no necesariamente existe consentimiento del sujeto pasivo, y en la mayoría de las veces puede efectivamente no existir. Si un sujeto de 16 años comienza a masturbarse frente a un adolescente de 13 años, puede no ser consentido, con lo cual se agrede a un niño de manera incluso más grave que un acto físicamente consentido. Lo mismo ocurre si este sujeto de 16 años hace ver material pornográfico a un menor de 14, cuestión que podría resultar vejatoria al afectar para toda una vida la forma de comprender el significado del acto sexual. Este autor plantea, además, que para determinar si corresponde o no aplicar la eximente, es necesario analizar las hipótesis conductuales contenidas en el 366 quáter CP por separado. Así, cuando se trata de la realización de actos de significación sexual por parte del sujeto activo frente a un menor de 14 años, propone que debería tenerse en consideración el contexto en que estas conductas han de producirse; si la realización de aquellos actos tuviera lugar en el contexto de un válido consenso con el sujeto pasivo (fundamento de la descriminalización), en la exploración sexual entre ambos, parece un tanto más razonable la aplicación de la eximente de responsabilidad. Por ende, un acto que se realiza fuera de esta premisa, como que el sujeto activo ejecutara a su antojo y con el fin de provocar un nicho propicio actual o futuro en el sujeto pasivo, que lo determine luego a disponer de su cuerpo sea para actos de significación sexual, sea para efectuar tocamientos o para ceder ante el acto sexual, es un hecho que vulnera el sano

desarrollo sexual del sujeto pasivo y violenta su normalidad psicológica, siendo en este caso inadmisibles la exención de la conducta. Sin embargo, cuando se trata de la hipótesis conductual consistente en determinar al menor a la realización de acciones de significación sexual, este autor entiende que existe necesariamente una situación de dominio o manipulación por parte del sujeto activo sobre el menor, por lo que cae dentro de los presupuestos de abuso y engaño del 363 CP, no pudiendo tener cabida la eximente. Por último, cuando se trata de la hipótesis de hacer ver u oír material pornográfico o espectáculos al menor, afirma que en ningún caso se podría eximir la conducta, ya que si se expone a un menor a actos de significación sexual haciendo uso de imágenes, no se ve a menores teniendo relaciones, sino a adultos teniendo sexo en formas desligadas de afectividad alguna, y en muchos casos sólo centrado en el coito con formas extremas o no naturales de comportamiento sexual⁹⁹.

Nos parece acertado el criterio planteado por CARRASCO JIMÉNEZ respecto de la primera de las hipótesis conductuales del 366 quáter –realizar acciones de significación sexual ante un menor de catorce-, esto es, que la eximente debiese aplicarse sólo en caso de que la conducta se enmarque dentro de un contexto de válido consenso entre los menores, ya que ese es precisamente el fundamento de la descriminalización de la conducta. Sin embargo, no compartimos la idea de restringir la aplicación de dicho criterio sólo

⁹⁹ CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Op. cit. N° 8, p. 8.

a la primera hipótesis, presumiendo que en las restantes nunca podría excluirse de punibilidad la conducta. Como planteamos en el primer capítulo de este trabajo, el fundamento de la inclusión de estos delitos en el art. 4º de la LRPA, radica en que lo que con ellos se quiere reprimir no es la sexualidad de los menores de edad sino el abuso o explotación de que son víctimas los mismos - abuso que está ineludiblemente asociado a la superioridad etaria del autor-, por tanto, a menos que concurren circunstancias abusivas, tratándose de relaciones entre niños y adolescentes sin una diferencia significativa de edad, la ley no ha querido extender a ellas las respectivas figuras típicas. En virtud de ello, no vemos razón para la punición de las demás conductas contempladas en el 366 quáter cuando éstas se den en un contexto de exploración sexual entre adolescentes sin una diferencia significativa de edad y sin concurrir circunstancias abusivas, ni tampoco para presumir que ellas siempre se realizarán prevaliéndose de los medios comisivos de la violación o el estupro.

5. PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL (art. 366 quinquies CP).

La Ley N° 19.927 de 2004 reincorporó al CP, como figura autónoma, el delito de participación en la producción de material pornográfico en que se haya

utilizado a menores de edad, primitivamente contemplado en el inciso segundo del art. 366 quáter, donde se entendía como modalidad del delito de exposición del menor a actos de significación sexual. Además, aumentó las penas y amplió el espectro de las potenciales víctimas del delito al incrementarse la edad de los menores involucrados -de 12 a 18 años-. Por último, eliminó la exigencia de que debía concurrir fuerza o intimidación o algunas de las modalidades dispuestas para el delito de estupro. Asimismo, la dictación de la Ley N° 19.927 ha supuesto cambios importantes en el tratamiento de la pornografía infantil, incorporando diversos tipos penales. Sin entrar en mayores detalles, se disponen como delitos independientes, además de la producción, su posterior comercialización o tráfico (art. 374 bis inciso 1°), y se establece también como tipo penal, muy discutible por cierto, el almacenamiento o adquisición de material pornográfico (art. 374 bis inciso 2°).¹⁰⁰

Posteriormente, la Ley N° 20.526, vino a complementar la definición de material pornográfico contenida en el inciso segundo del art. 366 quinquies CP, incorporando una frase final en dicho inciso. Hasta antes de esta modificación, sólo se consideraba en la definición legal la pornografía infantil real, es decir, aquella donde se utilizan menores reales, identificados o identificables; con la modificación, se introduce en el concepto aquella pornografía infantil aparente o

¹⁰⁰ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. 2012. Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de menores y de obtención de servicios sexuales. Informe en Derecho N° 2. Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, (2), p. 5.

virtual, donde se representa, al menos de forma aparente, a menores de edad, a partir de voces o imágenes de niños y adolescentes reales¹⁰¹. La pornografía infantil virtual, puede adoptar dos formas principales: la primera emplea la imagen o la voz de un menor para, por medio de manipulaciones virtuales, incorporarlas a una producción pornográfica de tal manera que parezca que el menor participa efectivamente en las acciones de carácter sexual que se exhiben; la segunda, consiste en la creación por medios informáticos de imágenes o sonidos pornográficos, pero sin emplear la imagen o la voz de una persona. La primera de estas formas sería la que se incorpora en la definición, puesto que es la única que lesiona la intimidad de un menor¹⁰².

El actual art. 366 quinquies dispone: “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 art. y del art. 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 explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines

¹⁰¹ SCHEECHLER CORONA, C. 2012. Op. cit. N° 96, pp. 63-64.

¹⁰² Historia de la Ley N° 20.526. Op. cit N° 94, p. 11.

primordialmente sexuales o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines.”

La ley exige, como requisito objetivo para el castigo de estos hechos, que exista una producción pornográfica en que se hayan utilizado menores de 18 años. Un menor puede “utilizarse” cuando se emplea su voz o imágenes, desnudo o en posiciones groseras propias de la pornografía, o realizando actos de significación sexual consigo mismo o con terceros¹⁰³.

5.1. Fundamento de la inclusión del art. 366 quinquies del CP a la lista de delitos sexuales del art. 4º de LRPA.

Ya algunos autores, como HERNÁNDEZ BASUALTO, habían advertido que, aún en el ámbito de los delitos sexuales, la previsión del art. 4º de la LRPA se quedaba corta en la detección de hipótesis problemáticas. Uno de estos casos era justamente la producción de material pornográfico. Piénsese en la aplicación del delito previsto en el 366 quinquies respecto de una pareja de adolescentes que filma sus contactos sexuales; todo indica que dicha conducta no corresponde en absoluto a la representación que tuvo el legislador a la hora de describir la conducta típica de este delito, orientada más bien a castigar la explotación sexual de los adolescentes por parte de adultos o, eventualmente,

¹⁰³ POLITOFF L., Sergio, *et al.* 2003. Op. cit. N° 37, p. 286.

de menores de edad respecto de los cuales la diferencia etaria sea significativa. En casos como éstos, el citado autor planteaba que debían reconocerse superados los límites del sentido del tipo, imponiéndose una reducción teleológica del tenor literal del mismo, en el sentido de aceptar como elemento tácito del tipo que el sujeto activo sea mayor de edad o al menos supere en edad a la víctima en una medida tal que su conducta pueda considerarse abusiva en esa circunstancia.¹⁰⁴

No obstante, la reducción teleológica del tenor literal del tipo que debía efectuar el intérprete ya no será necesaria, puesto que la Ley N° 20.526 introdujo una modificación al art. 4° de la LRPA, ampliando el ámbito de aplicación de la eximente para que ésta pueda tener efecto también respecto del delito previsto por el 366 quinquies CP. La modificación propuesta es similar a la que revisamos en los casos anteriores: el art. 4° de la LRPA no permite proceder penalmente en contra del sujeto activo de este delito cuando se trata de un adolescente que no supera en tres años la edad del sujeto pasivo menor de catorce años, y siempre que no concurra ninguna de las circunstancias de comisión de la violación propia (361 CP) o del estupro (363 CP).

Esta reforma al art. 4° fue aprobada sin mayor discusión, recordando en esa oportunidad el diputado Walker que, al aprobarse la ley N° 20.084, el

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. N° 15, pp. 203-204.

diputado Bustos y otros parlamentarios habían señalado que no les parecía conveniente penalizar como violación la relación que pudiera existir entre un joven de 15 años y una niña de 13. En este caso no habría delito por falta de tipicidad. En el caso en análisis se quiere establecer la misma excepción respecto de la pareja que tiene la diferencia de edad que indica esta norma, es decir, menos de tres años en los casos de que trata este proyecto¹⁰⁵.

5. 2. Problemas que plantea la incorporación de este delito a la lista del art. 4º de la LRPA.

El problema es que existe un vacío legal importante cuando, en la comisión de esta conducta típica, participan jóvenes mayores de catorce pero menores de dieciocho años. El art. 366 quinquies castiga a quien “participa” – puede ocurrir que uno de los sujetos realice la conducta, pero perfectamente puede ser que ambos incurran en ella- en la producción de material pornográfico en cuya elaboración se utilice a un menor de 18 años. No obstante lo anterior, no es posible aplicar la eximente de responsabilidad penal del art. 4º cuando los sujetos que participan son adolescentes entre 14 y 18 años. Como hemos repasado hasta aquí, el art. 4º tiene como presupuesto para su aplicación, que la conducta típica haya sido realizada por un adolescente con otro menor de 14 años.

¹⁰⁵ Historia de la Ley Nº 20.526. Op. cit. Nº 94, p. 23.

A la luz del sistema actual, podrían producirse situaciones tan absurdas como eximir de responsabilidad penal a un joven de 16 años, que filma sus contactos sexuales con su polola de 13, mientras que castigar a una pareja compuesta por una persona de 16 y otra de 15, que incurren en la misma conducta, por quedar su conducta comprendida dentro de la descripción típica del art. 366 quinquies, y no cumplirse los requisitos necesarios para la aplicación de la eximente de responsabilidad penal contemplada por el art. 4º de la LRPA.

Como bien ha notado el profesor BULLEMORE GALLARDO, el problema parece radicar en que existe una contradicción entre el 366 quinquies –que fija la edad en 18 años- y la concepción plasmada en el resto de la normativa del CP, que establece que a partir de los 14 años puede disponerse libremente sobre la propia sexualidad, otorgándose un consentimiento válido y jurídicamente relevante en el ámbito sexual. No se entiende entonces que una persona pueda consentir en yacer con otra, aunque ésta sea mayor de edad, y no pueda consentir que se grabe una imagen de su persona desnuda, en actitudes eróticas, o de un acto de esta connotación que realice.¹⁰⁶

¹⁰⁶ BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2011. Op. cit. N° 77, p. 178.

CARNEVALI RODRÍGUEZ también destaca la existencia de una contradicción del sistema punitivo en materia de delitos sexuales. Si bien es cierto el art. 366 quinquies del CP habla de menores, comprendiendo a quienes tengan menos de dieciocho años, la misma ley establece ciertas distinciones al régimen etario, en cuanto a su tratamiento tuitivo. En efecto, tratándose de menores de catorce años, se dispone la irrelevancia de su consentimiento para realizar o intervenir en actividades de significación sexual, protegiéndose su indemnidad sexual. Empero, tratándose de menores de dieciocho años pero mayores de catorce, la propia ley les reconoce cierta autonomía en materia sexual, es decir, pueden, bajo determinadas circunstancias -así, por ejemplo, que no concurran algunos de los supuestos propios del delito de estupro- decidir libremente la realización de cualquier acto de significación sexual con adultos. Valorado en los términos expuestos, el propio ordenamiento jurídico está reconociendo que estos menores sí tienen pleno conocimiento acerca del alcance de sus actos y por tanto, lo que puede llegar a significar el ejercicio anticipado de su sexualidad, es decir, antes de alcanzar su mayoría de edad.

La contradicción resulta evidente; por un lado, un menor de dieciocho años puede ejercer su libertad y tener relaciones sexuales con adultos, sin embargo, al mismo tiempo, carece de autonomía para decidir su intervención en la elaboración de un material pornográfico. En otras palabras, el mismo acto

sexual con un adulto, si es realizado en privado, carece de relevancia penal, pero si ese mismo acto es captado gráficamente o grabado, sí sería punible.

Frente a este particular tratamiento punitivo, el autor plantea que la única interpretación válida que permita brindar una respuesta coherente y superar tal contradicción, viene dada a la luz del bien jurídico protegido.

Es necesario, entonces, preguntarse si respecto de los menores que se ven involucrados en la producción de material pornográfico es posible apreciar la concurrencia, además de la indemnidad (cuando son menores de 14 años) o de la libertad sexual (cuando son mayores de 14 pero menores de edad), de otros bienes jurídicos en juego. La interrogante es, si en la producción, así como en los otros delitos comprendidos en la cadena de pornografía infantil, se tutelan, además, otros intereses jurídicos. Sobre el punto, es posible señalar que estas figuras penales, comprendidas dentro de la referida cadena, tienen un carácter pluriofensivo. En efecto, además de la indemnidad o la libertad sexual, se protege el derecho a la propia imagen del menor y su honra, toda vez que la actividad productiva, la captación gráfica de su imagen, puede suponer un riesgo de divulgación o difusión¹⁰⁷.

¹⁰⁷ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. 2012. Op. Cit. N° 100, p. 10.

En opinión de VERA AZÓCAR y SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, también parece plausible sostener que la utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico infantil involucraría, además, una tutela al derecho a la propia imagen del menor y a su honor, toda vez que se accede a un ámbito de su vida privada mediante la captación de su imagen y se la utiliza en forma contraria a sus intereses. Destacan, en este sentido, la sentencia del Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 12 de diciembre de 2007, RIT N° 214-2007, en la que el tribunal afirma que, en el delito de producción de material pornográfico infantil, “además se busca proteger la imagen y el honor del menor de edad en función de su desarrollo integral, a fin de evitar el peligro de verse expuestos a una divulgación de ese material, lo que naturalmente vulneraría aquello”¹⁰⁸.

En consecuencia y, atendido el principio del daño -en cuanto a que una conducta sólo será punible en la medida que lesione o ponga en peligro un bien jurídico-, el contenido del injusto propio del comportamiento de producción, se entiende sólo en la medida que supone un peligro concreto de difusión posterior, ya que con dicha difusión o distribución de imágenes, en las que interviene el menor, se genera un detrimento de su intimidad al exponerlo a la intromisión ajena. A contrario sensu, no se puede ver afectada la dignidad de la

¹⁰⁸ VERA AZOCAR, A. y SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, I. 2011. Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil. Revista Jurídica del Ministerio Público (49): 194-220, p. 200.

imagen del menor si la producción no es objeto de posterior difusión, pues no se produce un detrimento de los bienes jurídicos tutelados. La dañosidad del acto no está dada por la sola grabación o producción, sino por el riesgo que representa su destino ulterior, en cuanto ser objeto de tráfico. De esta forma, no es posible argumentar -por no satisfacer las exigencias típicas- que la sola grabación de actividades de carácter sexual en las que interviene un menor, pueda ser constitutiva de producción de material pornográfico, si éstas se desarrollan en un contexto de privacidad en donde no se aprecia ni se acredita el riesgo de posterior tráfico. En estos casos, no se observa lesión alguna de un bien jurídico. Cosa distinta, por cierto, tiene lugar si tales actividades sexuales son constitutivas de algún delito, como violación o abuso sexual. Pero en estos casos, se castiga por tales figuras, no por la grabación o producción iconográfica. Afirmar lo contrario supone exceder los límites garantísticos mínimos que son propios de un Estado de Derecho, al castigarse actos carente de toda lesividad, dirigiendo peligrosamente el aparato punitivo hacia la promoción de un cierto orden moral¹⁰⁹.

¹⁰⁹ CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. 2012. Op. Cit. N° 100, pp. 8-13.

CAPÍTULO V:

“Doctrina del potencial hermenéutico del artículo 4º de la Ley N° 20.084.”

1. UTILIDAD DE LA NORMA.

La LRPA guarda silencio respecto de los presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad penal de los adolescentes. Si bien zanja la cuestión de la edad a partir de la cual un joven es imputable, no contiene reglas especiales en lo que atañe a los elementos que determinan la existencia de un injusto penal y la culpabilidad del autor (salvo el art. 4º, en relación con algunos delitos sexuales). Sin perjuicio de lo anterior, de los principios básicos formulados por los instrumentos internacionales, se desprenden algunos estándares de juzgamiento diferenciado que, sea por la jerarquía de dichos instrumentos (como la CDN), sea como resultado de una interpretación sistemática de la LRPA, se deben entender vigentes para nuestro derecho. Dentro de estos estándares encontramos el de responsabilidad penal especial, que se desprende de lo formulado por el art. 40.1 de la CDN, que exige una

especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos, y que, en el campo de la determinación y valoración del injusto penal y la culpabilidad del adolescente por tal injusto, se traduce en la exigencia de que dicha valoración tenga en cuenta las peculiaridades de la situación del adolescente. En este sentido, nuestra doctrina también ha reconocido que ciertas características típicamente presentes en el comportamiento de los adolescentes, o en sus relaciones con la víctima, pueden disminuir o hacer desaparecer la lesividad social de determinadas conductas, en su caso, volviéndolas atípicas¹¹⁰.

En este sentido, y a propósito del art. 4º de la LRPA, HERNÁNDEZ BASUALTO plantea que en aquellos tipos penales que suponen la existencia de una relación abusiva entre el autor y la víctima menor de edad, debe tenerse en cuenta que ese tipo de relaciones no son imaginables entre niños y adolescentes sin una diferencia etaria significativa, por lo que la ley no ha querido extender a ellas las respectivas figuras típicas. Debe aceptarse como un elemento tácito del tipo, en algunos delitos –como los que contempla el art. 4º y, en general, aquellos en que la víctima sólo puede ser un menor de edad-, que el

¹¹⁰ COUSO SALAS, Jaime. 2012. Los adolescentes ante el Derecho Penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva. Revista de Derecho XXV (1): 149-173. pp. 150-154.

sujeto activo debe ser mayor de edad o superar en edad a la víctima en una medida tal que su conducta pueda considerarse abusiva¹¹¹.

El art. 4º de la Ley N° 20.084 recoge este argumento y, por ello, establece una exclusión de punibilidad de conductas que normalmente serían consideradas delito, cuando éstas son realizadas por adolescentes sin una diferencia significativa de edad y sin concurrir circunstancias abusivas. No obstante, esta disposición resulta restrictiva si tomamos en cuenta que se hace cargo exclusivamente de ciertos delitos sexuales, dejando fuera algunas figuras típicas en las que concurre la misma razón, y en las que la aplicación del tipo sin consideración a la edad del agente conduciría a resultados absurdos. Justamente aquí radica la utilidad del art. 4º; al ser la única disposición de la LRPA que contiene una regla especial en lo que atañe a los elementos que determinan la existencia de un injusto penal -encerrando un razonamiento que podría aplicarse a otros supuestos delictivos- no debe despreciarse su potencial hermenéutico más allá de los límites de su tenor literal¹¹².

HERNÁNDEZ BASUALTO nos propone aprovechar el potencial hermenéutico de la disposición en comento recurriendo, en primer lugar, a la reducción teleológica del tenor literal de aquellos tipos no incluidos en dicha disposición, pero en los que también debería considerarse la diferencia

¹¹¹ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. N° 15, pp. 203-204.

¹¹² Ídem, p. 203.

significativa de edad entre víctima y agente como un elemento tácito del tipo. En caso de no aceptarse la reducción teleológica, debería imponerse la aplicación analógica *in bonam partem* del art. 4º. Es esta tesis de HERNÁNDEZ, a la que en este trabajo hemos denominado “doctrina del potencial hermenéutico del art. 4º de la LRPA”, la que explicaremos a continuación.

1. 1. Aplicación analógica *in bonam partem* del art. 4º de la LRPA.

En doctrina se entiende por analogía la transposición de una regla jurídica a un caso no regulado por la ley por la vía de un argumento de semejanza¹¹³. La aplicación por analogía de la ley penal está prohibida en el Derecho Penal como consecuencia del principio de legalidad, ya que éste exige que cada hecho punible esté descrito por la ley de la manera más precisa posible. Por tanto, se trata de una garantía para el imputado y, en tanto garantía, debe entenderse como la prohibición del juez para llenar los huecos del Derecho Penal en contra del hechor, esto es, *in malam partem*. Se seguiría de lo anterior, según la opinión dominante en el derecho comparado, que estaría consentida la analogía en favor del reo, es decir para la exclusión o atenuación de la pena (*in bonam partem*)¹¹⁴.

¹¹³ POLITOFF LIFSCHITZ, S. 1997. Derecho Penal. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Cono Sur, p. 112.

¹¹⁴ Ídem, pp. 115-116.

HERNÁNDEZ BASUALTO propone que, en el peor de los casos –es decir, de no aceptarse la reducción teleológica de aquellos tipos penales en que exista la misma *ratio legis* que existe tras los delitos previstos por el art. 4º de la LRPA-, debería imponerse respecto de ellos la aplicación analógica *in bonam partem* del art. 4º, en cuanto ésta favorece al reo y expresa coherentemente la inequívoca valoración legislativa¹¹⁵.

1. 2. Reducción teleológica de otros tipos penales en que exista la misma *ratio legis*.

La reducción teleológica es un procedimiento normal en la interpretación del derecho en general y del derecho penal en particular. Que una interpretación razonable debe tener presente el *telos* de la ley, en términos de atribuirle a los preceptos un alcance coherente con el mismo, en tanto no se oponga frontalmente a la letra del texto, es, en rigor, algo indiscutible¹¹⁶.

La tesis de la reducción teleológica de HERNÁNDEZ BASUALTO nos plantea que, en aquellas figuras típicas en que exista la misma razón que tras los delitos sexuales tratados en el art. 4º de la LRPA –como, por ejemplo, en la

¹¹⁵ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. Nº 15, p. 205.

¹¹⁶ Ídem, p. 205.

sustracción de menores o en la inducción al abandono del hogar¹¹⁷ - se debe reconocer que han sido superados los límites de sentido del tipo en cuestión, imponiéndose la necesidad de reducir el tenor literal del mismo, en el sentido de aceptar como un elemento tácito del tipo que el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad o, al menos, superar en edad a la víctima en una medida tal que su conducta pueda considerarse abusiva de esa circunstancia¹¹⁸.

Como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, detrás de los delitos sexuales incluidos en el art. 4º de la LRPA, existe la finalidad de proteger a los menores de edad de sujetos, normalmente mayores, que se encuentren en situación de abusar de su mayor vulnerabilidad. Mas, no se pretende proteger a los menores de sus pares o de personas que se encuentran en su misma categoría, pues es más difícil que entre iguales se den circunstancias abusivas. Cuando esta finalidad sea compartida por algún otro supuesto delictivo que no esté incluido en el art. 4º, la tesis de la reducción teleológica nos obliga, sensatamente, a reducir su campo de aplicación, entendiendo que la ley no ha querido castigar tal conducta cuando la misma ha sido ejecutada sin abuso y por jóvenes entre los que no existe una diferencia etaria importante.¹¹⁹

¹¹⁷ Ver infra, capítulo 6. 4.

¹¹⁸ HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. Nº 15, p. 204.

¹¹⁹ La extensión de la lógica jurídica a tipos específicos de nuestro Código Penal del artículo en análisis será estudiada en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO VI:

“Principales críticas al artículo 4º de la Ley N° 20.084.”

Si bien la norma en análisis representa un avance en el tratamiento punitivo diferenciado para con los adolescentes, no se encuentra exenta de reparos que abarcan tanto formalismos -como podría ser la confusa técnica legislativa utilizada en la redacción del art.-, como temas más trascendentes -tales como la exclusión de ciertos ilícitos penales que dentro de la lógica sistemática de la norma podrían haber quedado incorporados en ella, o bien, en el análisis opuesto, la inclusión del delito de sodomía, dada su aparente inaplicabilidad en tanto no cumple con los presupuestos exigidos por el art. 4º de la LRPA-. De igual forma, analizaremos la plausibilidad de exigir, según la conducta a ejecutar, dos o tres años entre los adolescentes partícipes, en oposición a una uniformidad en la diferencia de edad exigible para tornar la conducta atípica. Finalmente, y dada la relevancia del tema, trataremos, en primer lugar, el bien jurídico que pretende proteger la LRPA y la coherencia que ello guardaría con el bien jurídico amparado por el sistema de delitos sexuales del Código Penal.

1. COHERENCIA DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA CON EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ACTUAL SISTEMA DE DELITOS SEXUALES QUE RIGE EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.

El Código Penal comenzó a regir en nuestro país en el año 1875, teniendo como fuentes directas tanto el cuerpo normativo penal belga de 1867 como el español de 1848/50. Extrajo, de este último -en lo que respecta al ámbito sexual- la regulación específica de cada delito, y del primero, el epígrafe del Título VII: “Crímenes y simples delitos contra la moralidad pública y el orden de las familias”, el que se mantuvo por un largo tiempo hasta que la Ley Nº 19.927 de 2004 lo modificó indicando “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”; consagrándose así un proceso evolutivo relacionado al bien jurídico amparado con el sistema de delitos sexuales contemplado en nuestro CP, donde la moral sexual era uno de los principales móviles de las conductas tipificadas en el origen de éste, interés que, condicionado por movimientos socioculturales como el Reformismo¹²⁰, fue perdiendo legitimidad en su amparo penal para traer a

¹²⁰ El cual negaba la legitimidad del orden moral sexual como objeto de protección mediante la sanción penal y postula en su lugar como único objeto de protección penal la autodeterminación sexual. En BASCUÑAN RODRIGUEZ, A. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho, Nº Especial, agosto 1997, pp. 77-94. p. 74. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000100010&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

colación otros intereses coherentes con las ideas liberales y propias de un Estado de Derecho que fueron desarrollándose con los años.

1. 1. Bien jurídico protegido por el actual sistema de delitos sexuales de nuestro CP.

En la actualidad no existe unanimidad en la doctrina respecto de la determinación de cuál es el bien jurídico amparado por nuestra regulación penal sexual, ni aún si se tratase de uno o varios bienes protegidos. Sin perjuicio de ello, podemos identificar algunas posturas que pasaremos a analizar.

1. 1. 1. Libertad Sexual

En doctrina, si bien ha existido cierto consenso respecto de la connotación de este bien jurídico, de igual forma ha variado el enfoque del mismo dependiendo del autor que lo trate. Es así como BASCUÑAN RODRÍGUEZ lo ha conceptualizado como el derecho de toda persona adulta o púber a no ser involucrada en una interacción de significación sexual sin su consentimiento,¹²¹ determinando la libertad de abstención sexual como aquella

¹²¹ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Delitos contra la autonomía sexual. Material de estudio editado para uso exclusivo de los estudiantes del curso de Derecho penal. Peñalolen, p. 15.

amparada por nuestra legislación penal, relacionándola a la noción de libertad negativa. Este último concepto también es adoptado por DIEZ RIPOLLES, pero BASCUÑÁN RODRÍGUEZ se desmarca de él al afirmar que la libertad sexual no integra el sistema de delitos que giran en torno a la libertad personal - entendida como la capacidad de hacer o no hacer-, en tanto la coacción sexual quedó definida desde la perspectiva de la víctima, como sanción del constreñimiento de un contacto corporal indeseado, sin abrirse nunca a la sanción del impedimento de un contacto corporal deseado¹²². En razón de lo anterior, concluye que al configurarse el sistema de delitos sexuales en torno a una unilateralidad en la protección de sólo la dimensión negativa de la libertad sexual¹²³, no responde a la lógica bilateral de los delitos de coacción.

En esta misma línea se encuentra RODRÍGUEZ COLLAO, quien descarta la existencia de argumentos que otorguen un mayor desvalor a un ataque contra la libertad en su ámbito sexual frente a uno en su ámbito general

¹²² BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2010. Derecho Penal Sexual Moderno: ¿afirma seriamente lo que dice? En: Derecho y Sexualidades. SELA 2009. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Editorial Librería, Buenos Aires, p. 9. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

¹²³ Frente a esta asimetría de protección a favor de la libertad de abstención sexual, el autor hace patente la carencia de justificación que posee, en cuanto el principio de prioridad de la libertad debería conducir al levantamiento de la regla de exclusión de contacto sexual como prioridad pues de otra forma resulta contradictorio que el derecho penal sexual moderno no reaccione frente a atentados que impiden su vigencia al amparar esta regla; todo lo cual sirve de sustento a su hipótesis de vigencia del modelo regulativo medieval, entendido este como aquel donde pervive un imperativo cultural represivo de la sexualidad y se sustentaba en la moral social sexual. Ver en BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. Op. cit. N° 122.

de autodeterminación personal, además de existir ilícitos en el sistema de delitos sexuales en que no se ve vulnerada esta última –como ocurriría en su opinión en el caso del art. 365 del CP, p.ej.-, atribuyendo finalmente el tratamiento especializado de éstos respecto de la libertad en general a condicionamientos culturales que otorgan mayor gravedad a los primeros. Y es sólo de esta forma que podemos entender el tratamiento a las conductas penalizadas, las cuales no atienden al nivel de atentado a la capacidad de libertad de la víctima, sino a la gravedad de la acción ejercida por el victimario.

Difiere con lo planteado DIEZ RIPOLLES, quien nos indica que la libertad sexual se configura como una concreción de la libertad personal, pero de rasgos especiales, debido a tres factores: (i) la estrecha relación que conlleva con la autorrealización personal; (ii) variadas formas comisivas que incluye; (iii) y los condicionamientos normativos propios de estos delitos, tales como concepciones morales inmiscuidas entre elementos normativos de los tipos. BAJO FERNANDEZ, en esta misma línea argumentativa, define el concepto en cuestión como la facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena, y, al mismo tiempo, como la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, incluyendo la libertad sexual en su dimensión positiva y negativa¹²⁴.

¹²⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. Nº 37, pp. 60-61

1. 1. 2. Integridad Sexual

La consideración como potencial bien jurídico protegido en nuestro sistema de delitos sexuales, deriva de su inclusión en el Título VII del Libro II del Código Penal en el año 2004¹²⁵, innovación inspirada en legislaciones como la suiza o argentina. Respecto de la definición de este bien jurídico, el autor MOLINA CANTILLANA lo entiende como una proyección de la integridad personal referida al ámbito sexual, que se conecta con el bienestar físico, psíquico y emocional del individuo¹²⁶, enfoque desde el cual OXMAN VILCHES reconoce la idoneidad del concepto -frente al de libertad sexual- para incluir el fundamento de tipos que atenten contra menores o individuos privados de razón.¹²⁷

Sin perjuicio de lo anterior, este último autor nos plantea la falta de autonomía conceptual que presenta el concepto, toda vez que su amplitud ha permitido la integración en la noción de bien jurídico, de consideraciones a la intimidad sexual, dignidad humana e incluso intangibilidad sexual, como ha

¹²⁵ Denominándose el mismo como “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”.

¹²⁶ Ver en OXMAN VILCHES, N. 2008. ¿Qué es la integridad sexual?. Corpus Iuris Regionis (8): pp. 39-55, p. 48

¹²⁷ Ídem, p. 48

ocurrido en la doctrina argentina.¹²⁸ Es en esta última donde JORGE BOUMPADRE ha planteado que no se trataría más que de una concreción de la libertad personal en el ámbito sexual, con el objeto de destacar especialmente la dignidad inherente a personas especialmente vulnerables, como incapaces. Por ello, descartaría su rol como bien jurídico amparado, en atención a que la amplitud de su definición lo transforma en un concepto vago y complejo, siendo realmente la libertad sexual la protegida tanto en adultos como menores, idea compartida por OXMAN VILCHES¹²⁹.

Finalmente, cabe hacer alusión a la postura mantenida por RODRÍGUEZ COLLAO, quien si bien denomina el interés amparado como derecho a la indemnidad sexual, lo define en términos tales que bien podríamos reconducirlo a la idea de integridad sexual, si por ella entendemos una dimensión de la integridad personal en tanto desarrollo del ámbito sexual. Y es así como también lo reconoce en cierto sentido el autor al manifestar que la indemnidad sexual alude a un estado de bienestar como parte del concepto integridad personal o de incolumidad personal, conceptualizándolo como el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño – físico, psíquico o emocional- que tal experiencia puede ocasionar en el común

¹²⁸ Haciendo patente lo anterior mediante el autor Ruben Figari, quien indica que con la integridad sexual se pretende aludir a la protección de personas desde el punto de vista de la intangibilidad e integridad física, psíquica y también a la libertad de autodeterminación sexual que así se puedan manifestar. Ídem, p. 49

¹²⁹ Ídem, p. 49-50.

de los seres humanos¹³⁰. Haciendo presente que lo amparado es el potencial daño que se pueda ocasionar, de forma tal que pueda resultar lesionada la indemnidad sexual aún cuando la víctima no esté en condiciones de captar el significado de la conducta desplegada y, además, justificaría la distinción cuantitativa en el desvalor de un ataque sexual a un menor y a un adulto, dada la mayor vulnerabilidad del primero, entre otras ventajas que otorgaría el adoptar este concepto como bien jurídico protegido¹³¹. BASCUÑAN RODRÍGUEZ sintetiza la postura anterior en que el abuso sexual constituiría un delito de daño a la sexualidad, entendida ésta como capacidad permanente de sexualidad, siendo el trauma sexual el daño que la ley busca prevenir reconociendo como ventajas de la consideración del bienestar sexual el que sirva como política criminal liberal o criterio orientador al proceso penal. Sin embargo, descarta tal posibilidad, pues conllevaría a más incertidumbres que ventajas tal decisión, al presentar interrogantes fundamentales como ¿en qué consistiría ese daño?, ¿qué conductas lo podrían ocasionar?, ¿se puede detectar su existencia *ex ante*?, ¿existe justificación para la unilateralidad en la protección ante el daño que podría ocasionar una interacción sexual frente a la represión de la sexualidad?^{132 133}.

¹³⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, p. 124.

¹³¹ Ídem, p. 123-134.

¹³² BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Op. cit. N° 121, p. 26-27.

¹³³ Respecto de la última interrogante, BASCUÑAN RODRÍGUEZ resuelve darle respuesta mediante la teoría del bienestar sexual, en tanto plantea que el derecho penal sexual protegería la capacidad de sexualidad como presupuesto de libertad de realización sexual, por lo que el

1. 1. 3. Honestidad.

La consideración de este interés como bien jurídico es de larga data en doctrina, incluyéndose en el epígrafe del título respectivo del Código Penal español de 1840 y 1870, que luego fue reformado por el apelativo a la libertad sexual. Sin perjuicio de aquello, autores como MUÑOZ CONDE, enfoca la libertad sexual matizada con connotaciones axiológicas, haciendo patente que el legislador español no ha querido prescindir de todo criterio cultural, indicando que requiere situarse en un contexto valorativo de reglas que disciplinan el comportamiento sexual de las personas, sin que por ello sea la moral sexual el bien amparado.¹³⁴ En doctrina nacional es GUZMÁN DALBORA quien apela a este bien jurídico, definiendo la honestidad como la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comportamiento que impongan las valoraciones dominantes¹³⁵, destacando que sólo ella puede dar sistematicidad al todo, dada la dimensión normativa cultural de los delitos de

daño eventual sería más intenso al constreñir a un contacto sexual que al impedir un contacto sexual. Sin perjuicio de lo valiosa que puede resultar la justificación anterior, de igual forma la teoría persiste en una de sus interrogantes más trascendentes para poder postularla como un efectivo bien jurídico, la que se relaciona a la relación causal entre el resultado traumático para la víctima de un delito sexual y la conducta ejecutada, donde una concepción naturalística de tal relación causal sólo otorga respuesta frente a un contacto sexual violento pero no respecto de uno inadvertido al momento de su realización o el de uno consentido en circunstancias que se excluye la relevancia de tal consentimiento. Por lo tanto, concluye el autor, ello sólo puede superarse con la necesaria integración de consideraciones de la cultura sexual vigente, con lo cual la asimetría en la protección se explica por la incorporación de reglas culturales que dan preponderancia a la regla de exclusión del contacto sexual respecto de las de reglas de levantamiento. Ver en BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. Op. cit. N° 122, p. 18-26

¹³⁴ Ver en GUZMÁN DALBORA, J. 1999-2000. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. Anuario de Derecho Penal, pp. 201-244, p. 211

¹³⁵ Ídem, p. 212

significación sexual. BASCUÑAN RODRÍGUEZ crítica la inutilidad dogmática del concepto anterior, pues desde la perspectiva de la víctima no hace más que reiterar la facultad de libertad de la misma, aunque incluyendo tanto la dimensión positiva como negativa de ella, en condiciones de haber cierto consenso en que lo amparado es la libertad de abstención sexual; y desde la perspectiva de la limitación en el impulso sexual del victimario mediante estimaciones valorativas, no haría más que conducir a la compleja conclusión de que lo amparado sería la moral social sexual¹³⁶.

1. 1. 4. Nuestra posición

La consideración a la integridad sexual como bien jurídico amparado, si bien permitiría una excepcional cohesión del sistema al integrar bajo el alero de su protección a víctimas menores impúberes y privados de razón, presenta problemas de determinación en su contenido que podrían derivar del nacimiento reciente y necesidad de desarrollo de este concepto.

Descartamos la apelación a la honestidad, al permitir su consideración la peligrosa intromisión de consideraciones socio culturales bajo un camuflado aspecto de elementos normativos, donde una excesiva inclusión de reglas de moral social podrían coartar la tan pregonada autodeterminación sexual que se

¹³⁶ Ver en BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Op. cit. Nº 121, p. 28.

busca promover y proteger, sin perjuicio de la dificultad que siempre existe al determinar cuáles efectivamente son las ideas dominantes al respecto.

Finalmente, en lo que a la libertad sexual respecta, las objeciones de no derivar de la lógica del sistema de delitos en torno a la libertad personal y no amparar bajo su alero a menores y personas privadas de sentido o enajenados mentales por su falta de capacidad cognitiva y/o volitiva para ejercer su facultad de autodeterminación sexual, han llevado a la búsqueda de un replanteamiento del concepto, donde la conciliación con la noción de indemnidad sexual, la aceptación de que el sistema ampara más de un único bien jurídico y la relativización de la idea de responder a una sola lógica jurídica en la que esté basada el sistema de delitos sexuales, se hacen imprescindibles. Por ende, si bien adherimos a que el principal interés amparado por nuestro sistema de delitos sexuales es la autodeterminación sexual, creemos que su configuración requiere recurrir a otros intereses, tales como ciertas consideraciones socio culturales que fijen estándares de protección según una escala de valores determinada por nuestra sociedad, siempre con la precaución de que el interés principal sea la base y limitante de la lógica sistémica que se configure. Por lo cual, la indemnidad sexual debería poder conciliarse con la libertad, desde que sea considerada como un presupuesto a la maduración de la capacidad de autodeterminación sexual de un individuo, asegurando las condiciones de ejercicio futuro de la libertad sexual, en el caso de los menores. Cuando de

incapaces absolutos o privados de razón se trata, el ejercicio de su capacidad de autodeterminación sexual no se encuentra limitado por nuestro legislador, sino que éste sólo ha sancionado las conductas que se realicen mediante condiciones de abuso, según consta en los artículos 361 N°1 y 363 N°1 de nuestro CP, atendido a que, tal como los menores, se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad que los adultos pero sin perjuicio de lo cual, bajo determinadas condiciones, poseen el legítimo derecho de desenvolverse en su ámbito sexual como parte integrante de la noción de integridad personal que asegura el constituyente a toda persona.

1. 2. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido.

Respecto de aquellos injustos que cuentan con víctimas menores de 14 años y ciertos incapaces, históricamente se ha cuestionado que sea el bien libertad sexual el amparado con su nacimiento a la vida jurídica, toda vez que al tratarse de sujetos a quienes no se les reconoce la capacidad suficiente para otorgar un consentimiento relevante para involucrarse en conductas de índole sexual, o bien, de sujetos que contando con tal capacidad, en forma temporal se encuentran impedidos de discernir ante tales situaciones, no cuentan con las condiciones necesarias para ejercer tal libertad. Si nos remitimos a la raíz etimológica del concepto, indemnidad es un estado o situación de quien está

libre de daño o perjuicio¹³⁷. De esta forma surgió el concepto de indemnidad sexual que, en el caso del menor, pretende proteger la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que alcanzada la madurez pueda ejercer óptimamente su facultad de autodeterminación sexual, mientras que en el del incapaz, busca liberarlo de perturbaciones que podría generar la interacción con terceros¹³⁸; es decir, se funda en un potencial daño que se pueda inferir.

Tal como hemos expuesto el concepto de indemnidad, en doctrina se ha hecho presente el carácter opuesto con el bien jurídico libertad sexual, ambos subsistentes en un mismo sistema de delitos sexuales, en cuanto el primero implica una prohibición absoluta *a priori* de toda interacción sexual, postulando la intangibilidad sexual del menor, en circunstancias que el segundo apela a la capacidad ya desarrollada de autodeterminación sexual. Sin embargo, se ha estimado por algunos superado este conflicto mediante la consideración de la indemnidad sexual como criterio correctivo o enfoque complementario a la libertad sexual, mientras otros¹³⁹ plantean que se trataría de intereses opuestos y nunca complementarios a un común denominador.

En esta última línea argumental, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ plantea la tesis de la indemnidad sexual desde un enfoque distinto y más conciliador,

¹³⁷ Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición. <www.rae.es> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

¹³⁸ Ver en OXMAN VILCHES, N. 2008. Op. cit. Nº 126, pp. 46-47

¹³⁹ En este sentido RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. Nº 37, p. 70.

donde la inactividad sexual del menor impúber es presupuesto de libre desarrollo de su sexualidad¹⁴⁰, haciendo funcional ambos intereses en cuestión mediante una lógica sistemática de los delitos sexuales en torno a la base de autodeterminación sexual de todo individuo.

1. 3. Coherencia en la protección de ambos intereses en el contexto de nuestra LRPA.

En la historia de la ley en estudio consta la indicación realizada por el profesor BULLEMORE GALLARDO, quien indicó que a propósito de ella se suprimía el tan manido concepto de indemnidad sexual que le corresponde al menor de 14 años¹⁴¹, en tanto se legitimaba la interacción sexual para jóvenes por incluso bajo esa edad, reconociéndoles la posibilidad de ejercicio actual del derecho de autodeterminación sexual. Aquello grafica la problemática a plantear, esto es, ¿cómo conciliar la clásica concepción en torno al bien indemnidad sexual -que consiste en la intangibilidad sexual del menor de 14 años en atención a precaver perjuicios que pudieran generarle el mantener contacto sexual con otro individuo por no encontrarse en un estado de madurez física y emocional que permita una cabal comprensión de tales actos- con la relevancia otorgada por la LRPA al consentimiento que pudiese prestar un menor de 14 años, hasta 11 años y un poco más, inclusive, para mantener

¹⁴⁰ BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Op. cit. N° 121, p. 76.

¹⁴¹ Ver en Historia de la Ley 20.084. Op. cit. N° 5, p. 624

conductas de significación sexual con otro adolescente que posea menos de 2 ó 3 años más que él, según la conducta a ejecutar?

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 365 del Código Penal, establece el escenario de protección penal para menores en el ámbito sexual, indicando que se ampara el desarrollo de su autonomía sexual bajo dos estándares, distinguiendo si se tratase de menores impúberes y púberes. Para los primeros está proscrita toda interacción sexual *ex ante*, asegurando su incolumidad sexual con la única excepción de ejercer las conductas y en las condiciones descritas en el art. 4º de la Ley 20.084¹⁴². La interrogante que se nos presenta a continuación es ¿cuál es la justificación en la exclusión de ciertos menores del principio de intangibilidad sexual?

La respuesta a lo anterior sería una evolución en la idea clásica de indemnidad sexual, que se hiciera cargo -mediante un nuevo criterio delimitador entre la indemnidad y la libertad sexual, que considere aspectos más allá de la edad de los involucrados-, de situaciones limítrofes. La idea consiste en que un criterio demasiado formalista -como lo es cumplir 14 años de edad-, para determinar la legitimidad en el ejercicio de la libertad sexual para un

¹⁴² Ver en BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010. Estudios Públicos (124 primavera): p. 7

adolescente, necesita de consideraciones de transición para menores que fluctúen esa edad más no sea exactamente la misma. En este sentido, un joven de 13 años de edad bien podría haber desarrollado la madurez necesaria de la que comúnmente gozaría uno de 15 años, pudiendo acceder entonces al segundo estándar de protección de menores a los que BASCUÑAN RODRÍGUEZ alude, esto es, al de púberes. En él, la prohibición es al uso de ciertos medios comisivos o al aprovechamiento de ciertas circunstancias con ocasión de la realización de acciones sexuales, sin perjuicio de que, excluidos éstos, se legitima el ejercicio de conductas de significación sexual.

Por tanto, la mencionada consideración de transición para determinar la vigencia del valor indemnidad o libertad sexual en un caso específico, pasa por aceptar que el adolescente se encuentra en un estado de maduración sexual idóneo que lo valida para ejercer su facultad de autodeterminación sexual, estado que se presumiría de las condiciones de la relación interpersonal que mantenga el menor con su partícipe en la acción de significación sexual a ejecutar, debiendo tratarse de alguien que se encuentre a la par para asegurar con ello una relación de horizontalidad y ausencia de circunstancias de aprovechamiento.

El legitimar a un menor de edad cierto campo de acción en el ámbito sexual, que clásicamente no se había permitido, requiere asegurar *ex ante* que

éste no se desplegará a propósito de relaciones abusivas, condición que podría garantizarse de ejercerse la conducta con otro adolescente que se sitúe en un mismo nivel de maduración sexual, por lo que en razón de la evolución que habría experimentado el concepto de indemnidad sexual, hoy podemos encontrarnos con menores por bajo los 14 años de edad a quienes se les permite superar la regla de intangibilidad sexual y hacer ejercicio de su libertad sexual.

2. SUSTENTO DEL FUNDAMENTO TRAS LA ASIMETRÍA DE EDAD REQUERIDA POR EL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA (2 Ó 3 AÑOS DEPENDIENDO DEL DELITO QUE SE TRATE).

Como ya lo habíamos mencionado, la historia de la Ley N° 20.084 nos revela que la diferencia de edad entre los adolescentes partícipes de actos de significación sexual tuvo su origen en las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.927 al CP¹⁴³. Ésta aumentó la edad a partir de la cual se puede disponer libremente del ejercicio sexual desde los 12 a los 14 años, ocasionando el conflicto de penalización de relaciones sexuales consentidas por parte de

¹⁴³ Ver en Historia de la Ley 20.084. Op. cit. N° 6, p. 345

menores de catorce. El legislador quiso superar esta problemática permitiendo el ejercicio de la autodeterminación sexual a menores de catorce, siempre que aquello se ejecutara en condiciones que garantizaran la ausencia de abuso por parte del adolescente copartícipe de mayor edad, debiendo fijarse un rango de diferencia de edad entre ambos que permitiera una relación de horizontalidad y nunca de verticalidad.

Sin embargo, resulta válido preguntarse ¿Cuál es el sustento de la disparidad en la edad que se exige, 2 ó 3 años, dependiendo de la conducta que se trate?, ¿debiese uniformarse la diferencia de edad requerida?

El art. en análisis exime de responsabilidad penal al adolescente que mantenga actos de índole sexual con otro menor de 14 años, siempre que entre ellos no haya una diferencia mayor a 2 años si existiera acceso carnal, o mayor a 3 años si se tratase de realizar una acción de connotación sexual distinta del acceso carnal. La disparidad respondería a la gravedad asignada por el legislador a cada conducta¹⁴⁴, donde el acceso carnal se encuentra en el tope de todas ellas, por lo que existiría la aprehensión de asegurar de mejor forma que no mediara una relación abusiva entre los involucrados en la relación

¹⁴⁴ Frente a la cuestión de dilucidar el por qué un acceso carnal es un atentado de mayor gravedad que una acción sexual distinta, variadas razones se han esgrimido siendo consideraciones socio culturales las más reiteradas ante la inutilidad de recurrir a la mayor o menor vulneración del bien libertad sexual. En este sentido, RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, pp. 118-123.

sexual, lo que se lograría al tratarse de adolescentes con menor diferencia de edad.

RODRÍGUEZ COLLAO nos indica que en un sistema fundado en el bien libertad sexual, el desvalor de cada comportamiento no depende de la naturaleza del acto que en cada caso se sanciona, sino del medio utilizado para ejecutarlo¹⁴⁵, en circunstancias que en nuestro sistema de delitos sexuales históricamente se ha asignado mayor gravedad al acceso carnal frente a otros contactos de índole sexual, aún cuando ambos hubiesen sido ejecutados en iguales condiciones de restricción de libertad del sujeto pasivo. Por tanto, la justificación de la mayor penalidad atribuida al acceso carnal, podríamos deducirla de la integración de reglas culturales en la configuración del sistema de delitos sexuales. Luego, debemos decidir; si lo que deseamos es guardar la coherencia del sistema, optaremos por mantener la disparidad en la exigencia de diferencia de edad según la conducta a ejecutar; mas, si atendiéramos a los principios que inspiran la LRPA, como el interés superior del niño y la facultad de autodeterminación sexual de los adolescentes, debiésemos instar a un mayor margen de acción en el plano sexual de éstos y uniformar en 3 años de edad la diferencia permisible para eximir de responsabilidad a un joven que se involucre sexualmente con otro menor de 14 años.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. Nº 37, p. 122

Es de esta línea argumental el profesor ÁLVARO FERNÁNDEZ, quien durante la tramitación de la ley fue de la opinión de discutir la diferencia de edad requerida, siendo preferible establecer una diferencia de tres años sin distinción entre los delitos¹⁴⁶.

3. LA INCLUSIÓN DEL DELITO DE SODOMÍA¹⁴⁷.

Como ya analizamos en el capítulo anterior de este trabajo, la doctrina está dividida en torno a la interpretación que debe darse a la inclusión del delito de sodomía en el art. 4° de la LRPA. Algunos consideran que, dado que el art. 4° determina como requisito de su aplicabilidad ser el sujeto pasivo de las conductas allí incluidas un adolescente menor de 14 años, y que el tipo del art. 365 del CP proscribía la penetración a un hombre menor de 18 años pero mayor de 14, la exigente de responsabilidad en este caso es derechamente inaplicable. Otros, en cambio, consideran que debe interpretarse el art. 4° de la Ley N° 20.084 en el sentido de que la mención al art. 365 CP opera por sí sola como regla exigente de procesabilidad penal. El problema que genera esta última interpretación, es que vuelve al art. 365 CP inconstitucional por infracción al art. 19 n° 2 inciso segundo de la Constitución, a raíz de la arbitrariedad con que la legislación trata la punibilidad del autor del acceso carnal a un hombre

¹⁴⁶ Ver en Historia de la Ley 20.084. Op. cit. N° 6, p. 625

¹⁴⁷ Este tema fue tratado, también, en el capítulo IV de este trabajo. Ver supra 4.2.

menor de edad cuya edad es cercana a la edad de ese menor¹⁴⁸. Cuando exista una diferencia de edad no superior a la exigida por el art. 4º entre el autor del acceso carnal y el menor que es objeto de éste, no se puede procesar a quien accede a un menor de 12 ó 13 años, pero sí a quien accede a un menor de más de 14 años, lo que implicaría que mientras más edad tenga el menor que es objeto del acceso carnal, mayor es la punibilidad de quien accede a él. Conforme a la penalidad establecida por la ley para los delitos de los artículos 362 (crimen) y 365 (simple delito sin pena aflictiva), y conforme a la justificación de la punición de esos comportamientos en la protección del menor, es obvio que el acceso carnal constituye un atentado más grave mientras menor sea la edad que tiene la víctima. Sin embargo, la aplicación del art. 365 produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor del acceso carnal se incrementa con el aumento de la edad de la víctima¹⁴⁹.

Como vemos, existen dos posturas doctrinarias en lo que se refiere a cómo debe interpretarse la inclusión del art. 365 CP en el listado del art. 4º de la LRPA, mas, ambas nos llevan a situaciones problemáticas; una por la torpeza que implica haberlo incluido cuando es inaplicable, y la otra, porque parece transformar en inconstitucional la disposición contenida en el art. 365 CP.

¹⁴⁸ BASCUÑÁN R., Antonio, *et al.* 2011. Op. cit. Nº 79, p. 68.

¹⁴⁹ Ídem, p. 68.

4. LA EXCLUSIÓN DEL ALGUNOS DELITOS QUE PODRÍAN HABER QUEDADO INCORPORADOS DENTRO DEL ARTÍCULO 4º DE LA LRPA.

El estudiado art. 4º importa el reconocimiento de que, en los delitos en él incluidos y amparados por la exención de responsabilidad penal, el tipo se integra por la condición de existir una diferencia de edad significativa entre los partícipes de la conducta. La cuestión a tratar a continuación versa sobre el fundamento jurídico tras la atipicidad de estas acciones en el contexto de desarrollo sexual de los adolescentes, pudiendo extenderse a otros delitos no incluidos en la norma pero que responden a la misma lógica.

El autor HERNÁNDEZ BASUALTO, a propósito de lo expuesto, se refiere a los delitos de sustracción de menores e inducción a abandono del hogar¹⁵⁰, donde la *ratio legis* detrás de ambos se relativiza sí quienes configuran la conducta son menores. Bajo esta perspectiva, si un adolescente de 14 años convence a su amigo de 13 de abandonar el hogar con fines aventureros, pareciera que la cercanía de edad entre los partícipes y la especial relación entre ellos, obstaría a efectuar el mismo reproche de consumarse el injusto entre un adulto y un menor, donde la relación de verticalidad entre éstos marcaría el elemento distintivo.

¹⁵⁰ Ver en HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. Op. cit. N° 15, pp. 203-204

A continuación analizaremos lo expuesto a propósito del campo de los delitos sexuales.

4.1. Introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal (art. 365 bis N° 2).

El tipo en cuestión, contenido en el art. 365 bis CP, fue incorporado a nuestro ordenamiento punitivo en el año 2004 mediante la ya mencionada Ley N° 19.927, suscitando cuestionamientos en la doctrina respecto de imprecisiones en su contenido y la equiparación en su penalidad al delito de violación bajo ciertas circunstancias.

La norma nos indica: “Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada: 1.- con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361; 2.- con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y 3.- con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años”.

El tipo objetivo del delito consiste en la penetración por vía vaginal, anal o bucal mediante la introducción de objetos o utilización de animales. Las preguntas surgieron a partir de la imprecisión del concepto objetos, cuestionándose si involucraría sólo cosas inanimadas o, además, estaría incluido partes del cuerpo humano distintas del pene.

Antecedentes del mismo conflicto encontramos en el Derecho Español dónde, a propósito de la dictación del nuevo Código Penal en 1995, la jurisprudencia realiza una interpretación restrictiva de la norma, excluyendo la calificación de los dedos como objeto en razón del principio de prohibición de analogía *in malam partem*. Por tanto, la solución consistió en recurrir a una reforma legislativa que mencionara expresamente la introducción de miembros corporales¹⁵¹.

¹⁵¹ El autor FERNÁNDEZ CRUZ trata el tema, además, a propósito de la legislación alemana. Éste nos indica que en este ordenamiento al no regular expresamente los supuestos de introducciones de dedos como una modalidad comisiva, se generó inseguridad jurídica, por no haber tomado en cuenta el principio de correspondencia con la realidad. Agregando que, de tratarse esta modalidad comisiva una de las conductas sexuales más frecuentes en Alemania, debería haberse realizado una mención expresa sobre su calificación típica. No obstante, la expresa referencia que realiza el § 177 StGB a la efectiva lesión del bien jurídico protegido (cualquier conducta especialmente humillante) podría servir de referencia para la necesaria reforma del actual art. 365 bis CP.

Ver en FERNÁNDEZ CRUZ, J. 2004. Una interpretación racional del nuevo artículo 365 bis del Código Penal. Doctrina Procesal Penal Santiago, Defensoría Penal Pública. Serie de Informes en Derecho (2): pp. 120-46 [Consulta: 12 de junio de 2013] < www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3245-2.pdf>

En nuestra comunidad jurídica no existe un consenso, autores como BULLEMORE GALLARDO y FERNÁNDEZ CRUZ se manifiestan a favor de una interpretación restrictiva. El primero nos indica que a pesar de la calificación del tipo penal como abierto -al mencionar objetos de cualquier índole- y que en la discusión parlamentaria e Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, expresamente se dijera que la mano estaría comprendida en la noción de objeto, finalmente tales intenciones de ciertos legisladores no quedaron plasmadas en el tenor literal de la norma, y un entendimiento distinto sería excesivo y contrario a una interpretación objetivo, aquella que obedece a la intención última del legislador como criterio interpretativo.¹⁵² Para el segundo, el asunto versaría sobre la aplicación analógica en contra del reo, es decir, ante una problemática de *lege ferenda* que debe resolverse en sede legislativa¹⁵³. Además, este autor hace hincapié en la utilización como figura residual de este ilícito, en circunstancias en que no se pueda demostrar pericialmente la introducción del pene pero si de otros miembros u objetos¹⁵⁴. En consecuencia, a la luz de la mencionada doctrina resulta de vital importancia determinar la noción de objetos, por un lado, por los importantes principios en colisión, y por otro, por la frecuencia con que pueda configurarse la acción típica de incluirse otras partes del cuerpo distintas del órgano sexual masculino.

¹⁵² Ver en BULLEMORE, V. y MACKINNON, J. 2011. Op. cit. N° 77, pp. 169-170

¹⁵³ FERNÁNDEZ CRUZ, J. 2004. Op. cit. N° 151, p. 120

¹⁵⁴ Ídem, pp. 131-133

En cuanto a la jurisprudencia, no existe una postura determinante al respecto, sin perjuicio de que mayoritariamente se ha considerado subsumible la introducción de partes distintas del pene en la figura en cuestión^{155 156}.

En lo que al tipo subjetivo respecta, parte de la doctrina ha exigido además del dolo, un elemento subjetivo del tipo consistente en un ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual, en atención a que efectivamente exista una lesión a los bienes jurídicos libertad o indemnidad sexual, según corresponda.

Expuesto lo anterior, e independientemente de las imprecisiones terminológicas que el articulado en estudio trae aparejado, debemos reflexionar acerca de si concurre la misma lógica jurídica detrás de la incorporación de los delitos contenidos en el art. 4 de la LRPA para excluir la responsabilidad penal

¹⁵⁵ Ídem, p. 129

¹⁵⁶ En este sentido TJOP de Santa Cruz, RIT N° 8 2007, RUC N° 0700003363 9. El delito previsto en el artículo 365 bis del Código Penal se configura mediante la acción sexual de introducir un dedo por vía vaginal, pues la norma habla de la “introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal...”, debiendo entenderse incorporada en tal amplitud la mano, y, consiguientemente, al dedo, ya que la atención del legislador no está puesta en la naturaleza del objeto, no es ello lo que repudia, sino el carácter invasivo de la conducta desplegada, siendo este elemento el que lo distingue del abuso sexual simple. La referencia a “cualquier objeto” no mira a la cualidad ni a la índole de aquél, por lo que resulta incorrecto estimar que la norma sólo alude a la introducción de objetos de carácter inanimado o inerte, porque de interpretar así el precepto, se sancionaría como abuso sexual simple tanto la introducción de una mano empuñada al interior de la vagina como el mero roce de la mano por sobre la vagina, lo cual claramente no ha sido la intención del legislador. <http://www.defensores.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=925&Itemid=48> [Consulta: 13 de junio de 2013]

en la presente figura delictiva. Como ya lo hemos mencionado, la atipicidad de aquellas conductas responde a no existir una vulneración en los bienes jurídicos que ellas tutelan. Es más, la ejecución de estas conductas dentro de los límites fijados por la LRPA sin responsabilidad penal asociada es una condición necesaria al respeto del valor último detrás de la legislación relativa a delitos sexuales, esto es, la libertad sexual.

Por tanto, sí dentro de la lógica legislativa se entiende atípica la conducta de acceso carnal, acciones sexuales distintas de éste y participación en la producción de material pornográfico entre adolescentes que consienten libremente y sin condiciones abusivas de por medio, y, además, podemos concluir como interés legislativo contemporáneo –no desarrollado en su totalidad- la preeminencia de la libertad sexual por sobre la moral sexual como fundamento último de la legislación penal sexual, debiese el legislador estimar igualmente atípica la conducta tipificada en el art. 365 bis CP, al enmarcarse dentro del libre albedrío otorgado a los menores en el desarrollo personal de la sexualidad.

Cabe hacer presente que, como nos dice FERNÁNDEZ CRUZ, la pregunta acerca de la capacidad que debe exigirse para manifestar el consentimiento en el Derecho Penal no puede responderse de forma uniforme, sino que debemos recurrir a la realidad social. Las relaciones sexuales

mutuamente consentidas constituyen una de las manifestaciones paradigmáticas del principio de autonomía de la voluntad, por lo tanto, no resulta admisible presumir con carácter general, de acuerdo con una determinada concepción moral de la sexualidad, una mayor capacidad de consentimiento en la introducción de objetos en la vagina, ano o boca de una persona respecto de otras relaciones sexuales¹⁵⁷.

4.2. Promoción o facilitación de la prostitución de menores (art. 367)

El delito en comento se encuentra contenido en el art. 367 CP disponiendo que: “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”.

El ilícito consiste en la promoción o facilitación de la prostitución de menores para satisfacer los deseos de otro, con habitualidad o abuso. La promoción se identifica con la idea de instigación a la prostitución, mientras que la facilitación con la cooperación en la iniciativa de dedicarse a la prostitución, debiendo configurarse el tipo mediante dolo directo. En otras palabras, el

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, J. 2004. Op. cit. N° 151, p.127

reproche se encuentra dirigido sólo a quién facilitará o promoviere dicha actividad, siendo una agravante si ocurriere en forma habitual o abusando de una relación de superioridad o confianza o mediante engaño. De concurrir estas circunstancias, la alta penalidad asignada al delito ha generado críticas por parte de la doctrina, especialmente en circunstancias que aún se discute la reprochabilidad de la conducta, en tanto vestigios de sólo querer direccionar un determinado orden moral en materia sexual¹⁵⁸. Con el fin de otorgar un sentido a los delitos que versan sobre la prostitución de menores, parte de la doctrina les ha asignado un carácter pluriofensivo¹⁵⁹. Bajo esta perspectiva se tutelará, por un lado, la moralidad sexual colectiva y, por otro, la libertad del menor en cuanto a su desarrollo natural de la sexualidad.

RODRÍGUEZ COLLAO, por su parte, nos indica que el fundamento de la incriminación es la necesidad 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

¹⁵⁸ El asunto incluso fue parte de la discusión parlamentaria, dónde se señaló que: “En el caso de la prostitución, se trata de actos consentidos. Si no hay consentimiento o se ha intervenido en la prostitución por situación de necesidad (hay voluntad, pero motivada o forzada por necesidad), se configuran los delitos de violación o estupro, respectivamente. Por ello, en la sanción al cliente en la prostitución infantil, no hay bien jurídico alguno que proteger, pues se trata de actos consentidos, libres y voluntarios de dos personas, existiendo un precio de por medio.

En definitiva, se sanciona la conducta por considerarla socialmente reprobable, pero no hay ningún interés o bien jurídico que amparar”. Ver en CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. Op. Cit N° 100, p. 15

¹⁵⁹ En este sentido CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. 2012. Op. Cit. N° 100, p.13-18

experimentadas¹⁶⁰. En razón de este último argumento podríamos extender, una vez más, la *ratio legis* tras la exoneración de responsabilidad penal otorgada por el art. 4 de la LRPA al presente art. 367 CP, al encontrarse los partícipes de la conducta en un marco de simetría, integrando como elemento tácito del tipo la condición de superioridad etaria del sujeto activo como condición necesaria para configurar la situación de vulnerabilidad en que debiese encontrarse la víctima.

4.3 Mantención de material pornográfico (art. 374 bis inc. 2°)

La figura en cuestión se sitúa en el inciso segundo del art. 374 bis CP, disponiendo lo siguiente: “(...) 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.”

El delito consiste en adquirir o almacenar material pornográfico, entendido por éste el definido en el art. 366 quinquies inc. 2° CP¹⁶¹, con ánimo malicioso dónde participaren menores de edad. La figura ha sido objeto de

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Op. cit. N° 37, p. 233

¹⁶¹ Art. 366 quinquies: (...) 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 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.

críticas por parte de la doctrina a propósito de los inconvenientes -ya mencionados- que habría aparejado la Ley N° 19.927 de 2004 al modificar la legislación penal relativa a la pornografía infantil¹⁶².

El autor COX LEIXELARD ha destacado el cuestionamiento a la reprochabilidad de la adquisición o tenencia del material pornográfico, en circunstancias que no esté destinado a ponerlo en circulación (esto es, pudiendo tener meros fines de consumo privado)¹⁶³, ello en tanto los bienes jurídicos detrás de la figura -además de la indemnidad o libertad sexual, en su caso-, el derecho a la propia imagen del menor y su honra, no suponen vulneración al no existir un riesgo de difusión. Así, y como ya lo habíamos expuesto, la dañosidad del acto no está dada por la sola grabación o producción, sino por el riesgo que representa su destino posterior, en cuanto ser objeto de tráfico.

Sin perjuicio de los reparos de vulneración del principio constitucional de lesividad, debemos postular la reiteración del fundamento de inclusión del art. 366 quinquies al art. 4 de la LRPA en esta figura delictiva. Sí el legislador entiende que es parte de la libertad sexual de los menores la elección de cómo ejercer ésta, dentro de un contexto en que los involucrados presten su voluntad

¹⁶² Reflexiones tratadas en el Cap. IV.

¹⁶³ COX LEIXELARD, J. Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Semestre I, (XXVI): p. 152-153

en un marco de simetría, pudiendo grabar sus encuentros íntimos, debe necesariamente, además, permitir conservar el soporte gráfico de aquello si sólo es sin fines de difusión por parte de los partícipes. De lo contrario, nos encontraríamos en la incoherencia jurídica de entender como parte de la libertad sexual de los adolescentes el otorgarle relevancia al consentimiento de la confección de material pornográfico, en circunstancias no abusivas, pero con el imperativo de destrucción inmediata del mismo.

CONCLUSIONES

1. Mediante la incorporación de una norma del tenor del art. 4° a la Ley N° 20.084, el legislador quiso dar un mayor ámbito de libertad a los adolescentes para autodeterminar sus conductas en el ámbito sexual, reconociendo la realidad actual de nuestros jóvenes y la tendencia al inicio temprano de su sexualidad. No obstante, al mismo tiempo, parece vislumbrarse un intento de control normalizador de la sexualidad infantil, lo que se manifiesta, por ejemplo, en el establecimiento de una diferencia de edad muy estrecha entre sujeto activo y pasivo para permitir la aplicación de la eximente de responsabilidad, sobre todo cuando del acceso carnal se trata. Sin embargo, esta intromisión del Estado en el ámbito privado de los menores parece tener su sustento en un afán de impedir el abuso o explotación de que ellos puedan ser objeto, más que en un afán de controlar su sexualidad.
2. Llama la atención que, mientras legislaciones como la chilena, Italiana, suiza y austriaca distinguen entre las relaciones sexuales con menores de 12 ó 14 años –en las que se presume el daño, sin necesidad de que se pruebe un engaño o abuso- y las relaciones sexuales con

mayores de esa edad y menores de 18 años –que sólo constituyen delito cuando se pruebe un engaño o abuso de autoridad o experiencia-, las leyes de otros países, como varios estados de EUA, no distinguen entre unas y otras, configurándose en ambos casos el delito por el sólo hecho de haberse tenido sexo con un menor de edad, sin necesidad de probar la existencia de engaño o abuso. Si bien es cierto esto ha sido atenuado mediante el asentamiento en el derecho norteamericano de la figura de *Romeo and Juliet defense*, lo cierto es que ésta no constituye una exención de responsabilidad penal, como en el caso chileno, sino que sólo permite, en algunos casos, aminorar la pena y, en otros, construir una estrategia de defensa en juicio. Posiblemente lo anterior se deba a que EUA es uno de los dos países en el mundo –junto con Somalía- que aún no ratifica la CDN, acuerdo internacional que le exigiría respetar y dar mayor valor a las decisiones que tomen los adolescentes en todos los ámbitos de su vida, incluyendo el sexual.

3. Considerando el estrecho margen etario admitido por la ley para la aplicación de la eximente de responsabilidad penal contenida en el art. 4º de la Ley N° 20.084 –dos ó tres años dependiendo del delito que se trate-, figuras como el error de tipo o el error de prohibición, poco utilizadas en nuestro sistema penal, podrían adquirir relevancia en casos particulares que se sitúen fuera de los límites cubiertos por esta

disposición; así, por ejemplo, cuando la diferencia de edad entre los involucrados sea ligeramente mayor a dos ó tres años de edad, a modo de evitar los nocivos efectos que podría acarrear la criminalización de conductas de iniciación sexual que los adolescentes entienden como normales, dada su edad y nivel de desarrollo.

4. El art. 4° de la LRPA ha importado una modificación de todos los tipos penales de los delitos que menciona (violación impropia, sodomía, abuso sexual infantil, exposición del menor a actos de significación sexual y producción de material pornográfico infantil), desde que incorpora una eximente de responsabilidad que no permite “proceder penalmente” en contra del sujeto activo del delito cuando se trata de un adolescente – mayor de 14 años-, que no supera en dos ó tres años la edad del sujeto pasivo, siempre que no concurren circunstancias de abuso. Dicha modificación constituye un avance en el cumplimiento de los compromisos internacionales adoptados por Chile en los últimos años – como la CDN-, toda vez que otorga, bajo ciertas condiciones que impiden la explotación sexual, relevancia jurídica al consentimiento otorgado por un menor de 14 años en la determinación de su vida sexual, considerándolo un sujeto de derechos, capaz y responsable.

5. La incorporación tardía del delito de producción de material pornográfico infantil al catálogo de delitos del art. 4° de la LRPA da cuenta de su potencial hermenéutico, desde que este delito guarda la misma lógica que los demás delitos sexuales incluidos con anterioridad: castigar la explotación o abuso sexual de los adolescentes por parte de adultos o, eventualmente, por parte de menores de edad respecto de los cuales la diferencia etaria sea significativa. Podría, por tanto, antes de la incorporación de este delito a la disposición en análisis, haberse aplicado la eximente echando mano a una aplicación analógica *in bonam partem* o a la teoría de la reducción teleológica del tipo.

6. La incorporación del delito de producción de material pornográfico infantil al catálogo de delitos del art. 4° plantea una contradicción importante: tratándose de menores de dieciocho años pero mayores de catorce, la eximente de responsabilidad penal no puede ser aplicada, pues no se cumple uno de los presupuestos del art. 4°, que es que uno de los partícipes sea menor de 14 años de edad. Esta situación puede salvarse si se considera que se trata de un delito pluriofensivo, que busca proteger no sólo la libertad (cuando el menor es mayor de 14 pero menor de edad) o indemnidad sexual (cuando se trata de un menor de 14), sino también el derecho a la propia imagen y al honor, el que se verá afectado sólo en caso de que el material sea susceptible de difusión. Así,

independientemente de que los sujetos sean mayores de 14 años, la conducta sólo podrá castigarse en caso de que el material sea objeto de difusión.

7. El fundamento último de la existencia de rangos etarios distintos para la aplicación de la eximente -2 ó 3 años dependiendo de si se trata de acceso carnal o de las demás conductas, respectivamente- estaría dado por la gravedad asignada por el legislador a dicha conducta. Se le da una connotación más grave al acceso carnal que a otros contactos de índole sexual, aún cuando ambos hubiesen sido ejecutados en iguales condiciones. Por tanto, la mayor penalidad atribuida al acceso carnal, y la consecuente menor diferencia de edad permitida para eximir esta conducta de castigo cuando es ejecutada por pares adolescentes, podría explicarse a partir de la integración de reglas culturales y morales en la configuración de nuestro sistema de delitos sexuales.

Abreviaturas

Art : Artículo.

CP : Código Penal Chileno.

LRPA : Ley de Responsabilidad Penal Adolescente Chilena.

CPR : Constitución Política de la República de Chile.

CDN : Convención Universal de Derechos del Niño.

Bibliografía

I. Fuentes doctrinarias.

ALBRECHT, P. 1990. El derecho penal de menores (Jugendstrafrecht: traducido por Juan Bustos), 1ª ed., Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2010. Derecho Penal Sexual Moderno: ¿afirma seriamente lo que dice? En: Derecho y Sexualidades. SELA 2009. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política. Editorial Librería, Buenos Aires. <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Bascunan_PV.pdf> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

BASCUÑAN RODRIGUEZ, A. 1997. Problemas básicos de los delitos sexuales. Revista de Derecho, N° Especial, agosto 1997, pp. 77-94. <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501997000100010&lng=es&nrm=iso> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2007. Delitos contra la autonomía sexual. Material de estudio editado para uso exclusivo de los estudiantes del curso de Derecho penal. Peñalolen.

BASCUÑAN RODRÍGUEZ, A. 2011. La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010. Estudios Públicos (124: primavera).

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., *et al.* 2011. La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2010, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, Santiago. pp. 61 a 88.

BERRÍOS DÍAZ, G. 2005. El nuevo sistema de justicia penal para adolescentes. Revista de Estudios de la Justicia (6): pp. 161 a 174.

BERRÍOS DÍAZ, G. 2011. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. Polít. crim N° 11 (6), Junio, pp. 163 a 191.

[Consulta: 4 de marzo de 2013]

<

<http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v6n11/art06.pdf>>

BULLEMORE GALLARDO, V. y MACKINNON R., J. 2011. Curso de derecho penal. Tomo III, parte especial, Ed. Legal Publishing, 3ª ed. Aumentada y actualizada.

BUSTOS RAMÍREZ, J. 2007. El derecho penal del niño-adolescente. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. 2012. Algunas precisiones respecto de los delitos de producción de material pornográfico infantil, de favorecimiento a la prostitución de

menores y de obtención de servicios sexuales. Departamento de estudios de la Defensoría Penal Pública, informe en derecho, N° 2.

CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2007. Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la responsabilidad penal adolescente. Gaceta Jurídica, Lexis-Nexis, diciembre (330): pp. 28-30.

CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2008. Los delitos sexuales como objeto de regulación de la ley de responsabilidad penal adolescente (el artículo 4º y sus problemas). Revista Procesal Penal, Lexis-Nexis, N° 70, abril, pp. 9 a 31.

CARRASCO JIMÉNEZ, E. 2010. Aspectos y problemas del delito de violación, Librotecnia 1ª ed., Santiago.

CERDA SAN MARTÍN, M. 2007. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes. 2da edición, Librotecnia. Santiago, pp. 58-69.

CILLERO BRUÑOL, M. 1999. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. Justicia y Derechos del Niño - Unicef (1): pp. 125-249 [Consulta: 4 de marzo de 2013] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf>

COUSO SALAS, J. 2009. La sexualidad de los menores de edad ante el Derecho Penal. En: SEMINARIO LATINOAMERICANO de Teoría Constitucional y Política

(SELA 2009): 11 a 14 de Junio de 2009. Paraguay.
<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Student_Organizations/SELA09_Couso_PV.pdf> [Consulta: 4 de marzo de 2012]

COUSO SALAS, J. 2009. Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena. Justicia y Derechos del Niño - Unicef (10). [Consulta: 4 de marzo de 2013] <<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/notasparaunestudiosobrelaespecialidad-derechopenalyprocesalpenaladolescentes-elcasodelaleychilena-jaime-couso.pdf>>

COUSO SALAS, J. 2012. Los adolescentes ante el derecho penal en Chile. Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva. Revista de Derecho N° 1, Julio, (25): pp. 149 a 173.

COX LEIXELARD, J. 2005. Los delitos de producción, adquisición y tenencia maliciosa de material pornográfico como figuras expansivas del Derecho Penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Semestre I, (XXVI): pp. 145-154.

CRUZ MÁRQUEZ, B. 2006. Educación y prevención general en el derecho penal de menores, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.

CURY URZÚA, E. 2005. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, 7ª Edición, Santiago.

DÍAZ CORTES, L. 2010. Introducción al derecho penal juvenil. 1ª ed, Librotecnia, Santiago, pp. 205-229.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. 1982. Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras: (la frontera del derecho penal sexual), Editorial Bosch, Barcelona.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. 1985. La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma. 1ª. Ed, Bosch, Barcelona, pp. 15-24

DÍEZ RIPOLLÉS, J. 1999. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Anuario de Derecho penal (1999-2000): pp. 51-81 [Consulta: 4 de marzo de 2013] <
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_06.pdf >

DUCE J., M. 2009. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil. Revista Ius Et Praxis - año 15 – (1): pp. 73 a 120.

DUCE J., M. 2010. El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el nuevo proceso penal juvenil chileno. Polít. crim. Nº 10, Diciembre, (5): pp. 280 a 340.

DÜNKEL, F. 2008. El futuro de la justicia juvenil: perspectivas europeas. Justicia y Derechos del Niño - Unicef (10): 63-96. [Consulta: 4 de marzo de 2013]<http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf >

ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, 3ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

FERNÁNDEZ CRUZ, J. 2004. Una interpretación racional del nuevo artículo 365 bis del Código Penal. Doctrina Procesal Penal Santiago, Defensoría Penal Pública. Serie de Informes en Derecho (2). [Consulta: 12 de junio de 2013] <
www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3245-2.pdf>

GARRIDO MONTT, M. 2005. Derecho Penal. Nociones fundamentales de la teoría del delito. Parte General Tomo II, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GARRIDO MONTT, M. 2005. Derecho Penal. Parte Especial, Tomo III, 4ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GUZMÁN DALBORA, J. 1999. Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile. Anuario de Derecho Penal, (1999-2000): pp. 201-244.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H. 2007. El nuevo derecho penal de adolescentes y la necesaria revisión de su "teoría del delito". Revista de Derecho Vol. Nº 2, diciembre, (XX): pp. 195 a 217.

HORVITZ LENNON, M. Delitos Sexuales. Libertad personal y protección a la moral. Apuntes de la cátedra de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <
http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Apuntes_Derecho/03_Apuntes_Derecho_03/04_Delitos_Sexuales_libertadpersonal_Proteccionmoral_MariaHorvitz.pdf>

ISSA EL KHOURY, H. 2000. El derecho sustantivo en la Ley de Justicia Penal Juvenil Costarricense", en González, M. y Tiffer, C. (coordinadores), De la Arbitrariedad a la Justicia: Adolescentes y Responsabilidad Penal en Costa Rica, Unicef, San José, Costa Rica.

LACRUZ LÓPEZ, J. 2005. Minoría de edad penal y estructura del delito: especial referencia a la imputabilidad", en Vásquez González, C. y Serrano Tárraga, M. D. (Coordinadores), Derecho penal juvenil: (LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, adaptada a las LO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y al Reglamento de 30 de julio de 2004), Dyckinson, Madrid.

MALDONADO FUENTES, F. 2004. La especialidad del sistema de responsabilidad penal del adolescente. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal

diferenciado Justicia y Derechos del Niño - Unicef (6). Chile, Santiago. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayDerechos6.pdf >

ORTS BERENGUER, E. 1995. Delitos contra la libertad sexual, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 21-58.

OXMAN VILCHES, N. 2007. Libertad sexual y Estado de Derecho en Chile (Las Fronteras del Derecho Penal Sexual), 1ª Edición, Editorial Librotecnia, Santiago, pp. 64-83; 151-156.

OXMAN VILCHES, N. 2008. Consideraciones críticas en torno al artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Revista de la Justicia Penal (2): 31-52.

OXMAN VILCHES, N. 2008. ¿Qué es la integridad sexual?. Corpus Iuris Regionis (8): pp. 39-55.

POLITOFF LIFSCHITZ, S. 1997. Derecho Penal. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Cono Sur,

POLITOFF L., S., et al., 2003. Lecciones de derecho penal chileno. Parte General, 2ª ed. Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

POLITOFF L., S., et al. 2003. Lecciones de derecho penal. Parte especial, 2ª ed. Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RAMÍREZ G., M. 2007. Delito de abuso sexual: actos de significación sexual y de relevancia. Polit. Crim. (3): 1-13. [Consulta: 4 de marzo de 2013] < http://www.politicacriminal.cl/n_03/A_4_3.pdf >

RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2000. Delitos Sexuales (de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999), Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RODRÍGUEZ COLLAO, L. 2006. Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal. Polit. Crim. (1): pp. 1-19. [Consulta: 4 de marzo de 2013] < http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_1.pdf >

SÁNCHEZ PECAREVIC, C. 2010. Delito de almacenamiento de pornografía infantil, Librotecnia, Santiago.

SCHEECHLER CORONA, C. 2012. 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 N°1, (3): pp. 55 a 78.

WAITES, M. 2005. The age of consent. Young people, sexuality and Citizenship. Palgrave Macmillan. New York.

VARGAS PINTO, T. 2011. Manual de derecho penal práctico: teoría del delito con casos. 2a. ed. act. Abeledo Perrot Legal Publishing. Santiago de Chile.

VAELLO ESQUERDO, E. 2005. La responsabilidad penal de los menores en Italia. Universidad de Ferrara, Italia. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <<http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/11557/3/RESPon.%20PENAL%20DE%20LOS%20MENORES%20EN%20ITALIA%20Y%20ESPA%C3%91A.pdf>>

VERA AZOCAR, A. y SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, I. 2011. Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil. Revista Jurídica del Ministerio Público (49): 194-220.

VIGIL P., P., et al. 2005. Teenstar: una opción de madurez y libertad. Programa de educación integral de la sexualidad, orientado a adolescentes. Revista Médica Chile, pp. 1174 a 1182. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S003498872005001000006&script=sci_arttext>

II. Memorias.

ARANDA ALIAGA, P. 2012. El principio de responsabilidad en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil. Memoria para optar al grado de magíster en derecho penal. Universidad de Chile.

III. Referencias electrónicas.

Diccionario de la Real Academia Española, 22ª edición. <www.rae.es> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

Jurisprudencia: TJOP de Santa Cruz, RIT N° 8 2007, RUC N° 0700003363 9. <http://www.defensores.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=925&Itemid=48> [Consulta: 13 de junio de 2013]

Equidad de género en la juventud: Datos de la Sexta Encuesta Nacional de Juventud 2009. 2011. Instituto Nacional de la Juventud, Ministerio de Planificación. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <http://www.injuv.gob.cl/portal/wpcontent/files_mf/1346365634_magicfields_archivo_1_1.pdf>

Georgia Man Fights Conviction as Molester. 2006. The New York Times, Nueva York, Estados Unidos, 19 de diciembre. [Consulta: 24 de enero de 2013] <http://www.nytimes.com/2006/12/19/us/19georgia.html?_r=4&ex=157680000&en=d32f07af9af73a11&ei=5124&partner=permalink&exprod=permalink&oref=slogin&oref=slogin&oref=slogin&>

UNICEF < <http://www.unicef.org> > [Consulta: 4 de marzo de 2013]

IV. Fuentes normativas.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 19.927. Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Ministerio de Justicia, 14 de enero de 2004. <www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia, 7 de diciembre de 2005. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf>>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.526. Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Ministerio de Justicia, 13 de agosto de 2011. <www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. CÓDIGO PENAL. Ministerio de Justicia. 12 de noviembre de 1984. <www.leychile.cl>, [consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de

Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 27 de septiembre de 2005.
<www.leychile.cl>, [Consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. Ley N° 19.696. Código Procesal Penal. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile,
12 de octubre de 2000<www.bcn.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. Ley N° 19.927. Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia
de delitos de pornografía infantil. Ministerio de Justicia, 14 de enero de 2004.
<www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. Ley N° 20.084. Establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes
por infracciones a la ley penal. Ministerio de Justicia, 07 de diciembre de 2005.
<www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. Ley N° 20.526. Sanciona el acoso sexual de menores, la pornografía infantil
virtual y la posesión de material pornográfico infantil. Ministerio de Justicia, 13 de
agosto de 2011. <www.leychile.cl> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

CHILE. OFICIO FISCAL NACIONAL N° 736. 2005. Comentarios sobre el artículo 4° de
la Ley 20.084 que establece un nuevo sistema de justicia penal para adolescentes.
Santiago de Chile, p.2. [Consulta: 4 de marzo de 2013]
<<http://es.scribd.com/doc/64998204/Of-FN-N-736-05-Sobre-Art-4-Ley-20-084>>

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 1989. Organización de las Naciones Unidas. UNICEF. [Consulta: 4 de marzo de 2013] <<http://www.unicef.cl/unicef/index.php/Texto-Oficial-de-la-Convencion> >

ESTADOS UNIDOS. CÓDIGO PENAL DE TEXAS. Sec. 22.011. SEXUAL ASSAULT. <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.22.htm#22.011>> [Consulta: 4 de marzo de 2013]

ESTADOS UNIDOS. CÓDIGO PENAL DE TEXAS. Sec. 2.04. AFFIRMATIVE DEFENSE. <<http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.2.htm#2.04>> [Consulta: 4 de marzo de 2013].

ALEMANIA. CODIGO PENAL, § 182. <<http://dejure.org/gesetze/StGB/182.html>> [Consulta: 25 de marzo de 2013].

V. Fuentes jurisprudenciales.

GACETA JURÍDICA

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA

LEGAL PUBLISHING