



Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Graduados

Proyecto de Actividad Formativa equivalente a Tesis para obtener el grado de
Magíster en Derecho, Mención en Derecho Penal.

NATURALEZA JURIDICO PENAL DE LA REGLA DE EXCLUSION DE
PUNIBILIDAD DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 20.084

PROFESOR GUIA:
GERMAN OVALLE MADRID

CLAUDIO ESTEBAN MONROY MEJIAS
RUT 9.761.715-5
Santiago de Chile
Agosto de 2014

Resumen:

Este trabajo busca precisar la naturaleza jurídica y el por qué de la regla especial de exclusión de punibilidad del artículo 4 de la Ley 20084. Primeramente, a través de la historia del establecimiento de la ley, incluyendo los objetivos del mensaje Presidencial que le dio origen, este trabajo describirá las características especiales del sistema implementado de responsabilidad penal de los adolescentes, fijando algunos temas fundamentales para comprender los fines de la Ley. Conceptos como responsabilidad, imputabilidad penal, bien jurídico tutelado y culpabilidad son claves a la hora de precisar cuál es el objetivo del artículo 4 de la Ley 20084.

Abstract:

This work seeks to need the juridical nature and why of to the special regla of exclusion of punibility of the article 4 of the Law 20084. First, across the history of the establishment of the law, including the aims of the Presidential message that gave to him origin, this work will describe the special characteristics of the system implemented of penal responsibility of the teenagers, fixing some fundamental topics to understand the ends of the Law. Concepts as responsibility, penal imputability, juridical good of care, and guilt are keys at the moment of needing which is the aim of the article 4 of the Law 20.084.

Key words: Penal Responsibility of Teenagers. Imputability penal. Guilty. Ends of the Law. Condition Targets of Punibility.

Palabras Claves: Responsabilidad penal de Adolescentes Imputabilidad penal. Culpabilidad. Fines de la Ley. Condiciones Objetivas de Punibilidad.

INDICE

CAPITULO PRIMERO:	
CONCEPTOS GENERALES. PROBLEMA EN ESTUDIO	4
Introducción sobre aspectos fundamentales de la Ley 20084.	4
Problema en Estudio.	9
Historia de Mensaje Presidencial 68-347 y el actual artículo 4.	10
CAPITULO SEGUNDO:	
ANALISIS DE CARACTERISTICAS DE LA LEY 20084	15
Propuesta de Nuevas instituciones de la Ley sobre Responsabilidad penal de Adolescentes	15
El Código Penal: ¿supletoriedad o ley penal en blanco?	21
CAPITULO TERCERO:	
ANALISIS DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 20084	26
Antecedentes en la Historia de la Ley	26
Bien Jurídico tutelado: Libertad Sexual o Indemnidad Sexual.?	32
Características artículo 4 Ley 20084	36
CAPITULO CUARTO:	
IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE	40
CAPITULO QUINTO:	
NATURALEZA REGLA DE EXCLUSION PENAL DEL ARTÍCULO DE LA LEY 20084	50
Alcance de la expresión “no podrá procederse penalmente...”	50
Alcance de la Naturaleza Jurídica de Exclusión de Punibilidad	52
Artículo 4 Ley 20084 y Causal de Atipicidad	54
Artículo 4 Ley 20084 y causal de Justificación	55
Artículo 4 Ley 20084 y Excusa Legal Absolutoria	59
CAPITULO V: CONCLUSIONES.	60

1.- CONCEPTOS GENERALES Y PROBLEMA EN ESTUDIO:**1.1. Introducción sobre aspectos fundamentales de la Ley 20084.**

Mediante la promulgación y vigencia de la Ley 20084, sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, con fecha 07 de Diciembre del año 2005, fijando el mismo legislador un plazo de 06 meses de vacancia legal, se inició una nueva etapa en Chile sobre la forma de aplicar la actividad punitiva del Estado frente a la comisión de delitos por parte de jóvenes adolescentes. En efecto, desde ya se fijó entre los 14 y 18 años el marco de edad para imputar la responsabilidad penal, desechando el impreciso trámite previo del Discernimiento. No sólo no existía un concepto sobre el Discernimiento, sino que adolecía de contenido que permitiera la elaboración de criterios jurisprudenciales adecuados para enfrentar al joven infractor con las consecuencias jurídicas de sus actos en materia penal. Lo anterior conducía en la práctica a solucionar el conflicto con el Estado a través de criterios más bien tutelares que buscaban advertir sobre el cuidado del joven y su inoculación frente al mundo delincual, aunque ello pudiera significar la vulneración de garantías constitucionales y de paso procesales en la determinación de las penas.¹ Como señala expresamente en esta materia el Mensaje del Ejecutivo 68-247, de fecha 02 de agosto del año 2002, se pretendía sancionar al joven, previa aplicación de las reglas básicas de un proceso penal garantista y acorde especialmente a lo establecido en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sin importar el estilo de vida o conductas anteriores, mediante un catálogo de penas y sanciones acorde a la etapa de desarrollo de los adolescentes.

¹ Como es sabido el llamado sistema tutelar de la justicia penal buscaba desarraigar al joven de los peligros de su entorno, aun a riesgo de vulnerar sus derechos básicos como sujeto de derechos, más allá de ser considerado un objeto de intervención en pos del bienestar y la paz social. Véase: CERDA, San Martín, Mónica y CERDA San Martín, Rodrigo, SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES, 2ª. Edición, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2007, pp. 13-25.

1. El Adolescente como Sujetos de Derechos. En base a lo planteado anteriormente, se destacan que el Joven infractor sea considerado como sujeto de derechos frente al proceso penal, siendo a partir de ésta responsable entre los 14 y 18 años de edad de los actos que importan una infracción penal, contando para ello, como manifestaba el Mensaje del Ejecutivo, con un sistema adecuado y proporcional de sanciones de acuerdo a la naturaleza de cada infracción penal. Concordante con los puntos anteriores, y para garantizar el acceso inmediato del menor de edad ante el Juez que debía conocer de su detención, se dispuso el traslado inmediato ante la presencia del competente Juez de Garantía, permitiendo con ello distinguirse frente al sistema tutelar, ya que el adolescente infractor es ahora un sujeto real titular de derechos y amparado por las mismas garantías procesales invocadas para los imputados adultos, frente a la actividad persecutora de los fiscales.²

2.- Principio de Interés superior del Joven Infractor. El artículo 2, ubicado en el Título Preliminar de la Ley N°20.084, asegura este principio ya contenido en normas de rango internacional, recogidas en el sistema jurídico interno por disposición del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política. Aunque no entrega una definición legal al respecto, y entendiéndolo en los términos que precisa el artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, conjuntamente con cualquier otro instrumento internacional, se refiere a lo que resulte, según el caso, lo más apropiado para la vida futura del joven. De esta forma, se busca concordar la necesidad de la sanción por la infracción cometida junto con el reconocimiento y respecto de los derechos de los jóvenes. Como consecuencia directa de lo anterior, es que su cometido ha de comprender a todos los llamados operadores del sistema

² BERRIOS Díaz, Gonzalo, DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES Y ACTIVIDAD PERSECUTORIA PREVIA AL CONTROL JUDICIAL DE LA DETENCIÓN, Santiago de Chile, Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, 2006. Igual conclusión en OFICIOS DE FISCAL NACIONAL QUE COMPLEMENTA INSTRUCCIONES GENERALES Y CRITERIOS DE ACTUACION RESPECTO DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES Y DETENIDOS, Oficio N°401, julio 8 de 2005, en REFORMA PROCESAL PENAL, 1ª. Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp.265-272. Lo anterior complementado, a su vez, en INSTRUCTIVO N°12 DE LA LEY 20084, Santiago, Mayo 23, 2007, FISCALIA NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO, en www.ministeriopublico.cl/oficios/Instructivos

de justicia penal adolescente, discutiendo sobre la situación de los jóvenes, sea en estrados como ante las autoridades administrativas relacionadas con la materia. Tal imperativo obliga al juez, por ejemplo, a considerar la obligación de someter al joven a programas de rehabilitación de las drogas o el alcohol, si así lo ameritan las circunstancias del caso especial del adolescente, como tampoco la autoridad podrá afectar los derechos y garantías de los que son ingresados a centros cerrados y semicerrados para el cumplimiento de las medidas de privación total o parcial de la libertad. Y en todo caso, ante la duda de quienes deban resolver la situación procesal del adolescente, deberá recurrirse a los señalado en los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, recogido asimismo en el artículo 2 del reglamento de la ley en cuestión.³

En definitiva, podemos afirmar que el adolescente ya no debería ser el medio a través del cual el Estado protege al niño de su situación de desarraigo socio educativo, sino que es visto como sujeto de derechos fundamentales, al igual que los adultos; es el fin para el cual el Estado debe adoptar los medios político-institucionales tendientes a satisfacer el desarrollo integral de mismo y gozar de los beneficios sociales establecidos para ello.

3.- Existen otros principios reveladores del espíritu de la nueva Ley 20084 que tienen como objetivo hacer la distinción con el tratamiento de aquellos casos en que estén involucrados los adultos. En efecto, primeramente el nuevo sistema penal adolescente optó por establecer un sistema de penas proporcionales y especiales, distinto de los definidos para los adultos, promoviendo asimismo la especialización de los actores del sistema. Lo anterior, aunque no exento de controversia, a partir del completo catálogo de delitos propios del Código Penal. En efecto, el marco definido por el artículo 1 de la Ley 20.084, nos conduce de inmediato al Código Penal, en cuanto se refiere a la responsabilidad por los delitos que los adolescentes cometan, y

³ REGLAMENTO DE LA LEY 20084 QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, Decreto N°1378, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de Abril de 2007, www.bcn.cl/decretos/reglamentos

al manifestar el inciso segundo del mismo artículo que en aquello no previsto por esta ley supletoriamente se aplicará el Código Penal no puede entenderse sino en el sentido de los distintos tipos penales de su parte especial y/o leyes especiales, en su caso, por ser éste el cuerpo normativo definido por la Constitución Política de Chile sobre el desarrollo de los principios sustantivos destacados en su artículo 19, específicamente en su numeral 3, como lo es del Principio de Legalidad y Tipicidad. En este punto, parece importante notar que por cumplimiento de la Convención Internacional de los Derechos del Niño se fijan límites de edad para imputar plenamente la responsabilidad penal a los adolescentes que hayan participado en un hecho delictual, y, seguidamente, se establece la aplicación inmediata de los tipos penales del Código Penal lo cual, no obstante, pareciera a primera vista, no responder a los principios del nuevo sistema garantista en el ámbito procesal de los adolescentes. Lo anterior, porque si bien el propio legislador no hace mayor objeción a la remisión completa a los distintos tipos de la parte especial del Código Penal chileno, parece pertinente reparar si tal relación es pertinente y responde al nuevo sistema penal adolescente.⁴

De partida, desde un principio, es el propio legislador el que en forma expresa limita la responsabilidad penal a los mayores de 16 años en ciertas y determinadas faltas penales, de aquellas que se mencionan en el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 20084, de manera que tratándose de las demás faltas y por expresa decisión del legislador serán de competencia y serán resueltas conforme a los procedimientos de los Juzgados de Familia según la Ley 19.968. El Proyecto original de la Ley, sólo se refería a las Faltas de los artículos 494 N°4, 5 y 19, sólo en relación con el artículo 446, 495 N°21, y 496 N°5 y 26 del Código Penal, y de las que señala la Ley 20.000. El artículo 2 del Proyecto original, acotaba aún más el ámbito de aplicación de la ley al destacar que "...la atribución de consecuencias jurídicas a la responsabilidad de los

⁴ Los representantes del Ejecutivo ante la Cámara de Diputados sostuvieron que no se creó un catálogo especial de tipos penales, con el fin de evitar dejar fuera algunos de ellos como, asimismo, evitar incongruencias ante modificaciones posteriores de la legislación penal. Ver HISTORIA DE LA LEY 20084. PRIMER INFORME DE COMISIÓN DE CONSTITUCION, LEGISLACION Y JUSTICIA, Cámara de Diputados, 08 de Junio de 2004, pág. 67.

adolescentes por las infracciones contempladas en esta ley, tiene por objeto sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social”.⁵

Por el momento, podemos destacar, al menos, tres ideas básicas de la Ley 20.084, como son, 1) la finalidad de la responsabilidad penal de los adolescentes, 2) las infracciones penales por las cuales se hace efectiva dicha responsabilidad, y 3) el llamado interés superior del menor.

Por su parte, las infracciones contempladas en el Proyecto de ley no eran sino las de la parte especial del Código Penal, en tanto no había un catálogo especial de tipos penales para el infractor adolescente. Entonces, si bien se inauguraba un nuevo sistema de responsabilidad penal, se optó por aplicar el estatuto penal establecido por excelencia para los imputados adultos, esto, mayores de 18 años de edad. Y, por lo demás, así expresamente lo señalaba el artículo 5 al decir en su inciso primero que “para los efectos de esta ley se considera infracción a la ley penal la intervención de un adolescente como autor, cómplice o encubridor en un hecho tipificado como crimen o simple delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales”.

En definitiva, se mezclan un sistema con aspectos procesales novedosos en consonancia con la legislación internacional vigente ratificada por Chile sobre la materia de infracciones penales de adolescentes, con un catálogo de tipos penales aunque destinados desde un principio principalmente a los imputados mayores de edad, contenidos en un Código promulgado en el año 1874.

⁵ Así, el Diputado Señor Bustos manifestaba que la sanción no era la finalidad de la ley, sino que a través de ella buscar la resocialización e integración del adolescente infractor. Véase PRIMER INFORME DE COMISION DE CONSTITUCION, pág. 63, HISTORIA DE LA LEY 20084, www.bcn.cl/leyeschilenas/historiadela ley.- Por su parte, la remisión al Código Penal y Código Procesal Penal se incorporó al artículo 2 del Proyecto en sesión del Senado, Segundo Informe de Comisión de Constitución, a indicación del Fiscal Nacional, en sesión de fecha 22 agosto año 2005, Sesión 32, Legislatura 353.

2.- Problema en Estudio:

La Ley 20.084, también aborda el problema muy presente en la sociedad actual, cuál es el de las relaciones sexuales tempranas entre los adolescentes. De hecho, y sólo en la Discusión de Primer Trámite Constitucional, pero de manera aún superficial, el Diputado Señor Juan Pablo Letelier señaló que "...asimismo, respaldamos la idea de establecer un sistema sancionatorio específico para los jóvenes, como, asimismo, precisar qué delitos deben ser considerados graves. Me detengo en este punto para manifestar mi preocupación en torno a la forma en que se califica el delito de violación entre menores. En la actualidad, una niña de 15 años que mantiene relaciones sexuales con un niño de 13 años puede terminar siendo acusada de violación. En tal sentido, es necesario precisar estos conceptos, de modo de no dar señales en sentido contrario y responsabilizar a la mujer por el hecho de que el menor con quien mantuvo relaciones sexuales no tiene discernimiento." ⁶ En términos parecidos, el Diputado señor Juan Bustos durante la discusión del Proyecto de Ley en el Primer trámite Constitucional señaló que si bien el proyecto fijaba un límite de edad de la irresponsabilidad penal de los adolescentes, asimismo, era necesario que a partir de la misma exista un consentimiento válido, especialmente cuando, existiesen relaciones sexuales entre un menor de 15 años de edad con una niña de 12. Es así, que desde un principio el Diputado señor Bustos, en conjunto con el Diputado señor Burgos propusieron una indicación en cuanto a fijar un límite de diferencia de edad con la víctima, estimaba en tres años, con el imputado a partir de los cuales se cometía un delito sexual siempre que existía mayor diferencia de edad entre ambos. ⁷

Como se observa, ya en la etapa de tramitación legislativa del proyecto de ley se discutía cómo enfrentar legalmente el fenómeno de las relaciones sexuales a más temprana edad entre los adolescentes. El artículo 4 de la Ley 20084 aprobado en

⁶ HISTORIA DE LA LEY 20084, Cámara de Diputados, Legislatura 351, Sesión 09, 23 de junio de 2004, Discusión General, Primer Trámite Constitucional, pág. 279.

⁷ *Ibíd.*, pp. 280-281.

definitiva reza que: “Artículo 4º. Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos.”.- Desde el punto penal-sustantivo las preguntas que resaltan de inmediato son, ¿cuál ha sido la razón para explicitar esta regla en la Ley 20.084?, ¿por qué no se comprenden todos los tipos penales de los llamados delitos sexuales?; si el espíritu de la Ley responde a criterios de política criminal, ¿será ésta, entonces, una de las llamadas Excusas Legales Absolutorias, o acaso, será fundamento de una Causal de Justificación?.

Desde el punto de vista procesal, sin embargo no parecen advertirse diferencias respecto de los principios generales aplicables a todos los adolescentes imputados de delitos, ya sea en calidad de autores, cómplices o encubridores. Sobre este tema volveremos más adelante.

3. Historia de la Ley Mensaje Presidencial 68-347 y el actual artículo 4 Ley 20084:

Mediante el Mensaje Presidencial 68-347, de 02 de Agosto del año 2002, se inicia la discusión en el Congreso Nacional, y se instala el debate sobre una ley de responsabilidad penal de los adolescentes, acorde a los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile.⁸ En él se destacaba que el Proyecto reformulaba radicalmente la respuesta del Estado frente a la comisión de delitos en la que se

⁸ Sobre este acápite nos remitimos a los aspectos fundamentales planteados en el Mensaje Presidencial N°68-347, MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, véase: www.bcn.cl/historiadela Ley

vieran involucrados personas menores de 18 años, fijando las bases de un sistema de responsabilidad especial para menores de 18 años y mayores de 14. De esa manera, se materializaba el compromiso asumido por el Estado chileno al suscribir la Convención Internacional de los Derechos del Niño, instrumento internacional que fuere aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el día 20 de noviembre del año 1989, promulgada el día 16 de octubre del mismo año, y publicado en el Diario Oficial mediante Decreto Supremo 830, el día 27 de septiembre del año 1990. El Mensaje resaltaba la evidente dicotomía que ya se había instalado en los procedimientos de la judicatura de menores, los cuales bajo el mandato de proteger los derechos de los menores de edad (niños), en definitiva, vulneraban sus derechos y garantías, bajo resoluciones y procedimientos jurisdiccionales contrarios a la Convención de los Derechos del Niño, vigente ya a la fecha del envío del mensaje presidencial al Congreso Nacional chileno. Por ello, el fenómeno de la delincuencia juvenil debía ser abordado por el Estado de Chile de una manera moderna, bajo el prisma de una política criminal proporcional y especializada, no sólo ajustada a los Tratados Internacionales vigentes según la Constitución Política, sino inspirada en lo que se llama “interés superior del menor”. El mismo mensaje señalaba que “esta reforma fomentará el sentido de responsabilidad de los adolescentes y permitirá resolver graves conflictos interpersonales, derivados de las infracciones a la ley penal, a través de un sistema de justicia que garantice los derechos de los imputados y de las víctimas”.⁹ Y la primera reforma estructural se refería a la derogación del Discernimiento. El discernimiento se había transformado en el trámite o requisito de procesabilidad para seguir la persecución penal del Estado en contra de los jóvenes, no como idea de capacidad (imputabilidad), sino como respuesta a la necesidad de intervención en pos de la reinserción social de un joven peligroso (desarraigado) para la sociedad.¹⁰

⁹ *Ibíd*, pág. 8.-

¹⁰ El Discernimiento se entendía como aquél trámite procesal previo, de competencia de los Juzgados de Menores –y luego de los Juzgados de Garantía- mediante el cual se definía, en el mejor de los casos a través de informes sociales y psicológicos pertinentes, si el menor imputado contaba con la capacidad y/o desarrollo intelectual suficiente para distinguir adecuadamente las consecuencias jurídicas de su propio comportamiento. Así, se asociaba sencillamente por algunos sólo como la valoración moral de distinguir entre el bien y el mal.

El primer antecedente del establecimiento del artículo 4 de la Ley 20084, surgió como indicación del Ejecutivo en el debate en el Segundo Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, que predominó a la que en el mismo sentido, pero con alcance distinto, habían presentado los Diputados Bustos, Soto, Ceroni, Jarpa, Walker, entre otros.¹¹ En efecto, mediante esta indicación del Ejecutivo se incorporó al artículo 6 original un nuevo inciso segundo el cual disponía lo siguiente: “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5º y 6º del Título VII del Libro II del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de 14 años y no concurra alguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre la víctima 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”.

El Diputado Juan Bustos, como informante ante la Cámara de Diputados en la discusión del primer trámite constitucional, planteó que era necesario adecuarse a las modificaciones sufridas por el Código Penal en los delitos sexuales que fijaba la edad mínima en 14 años, estimada como límite para validar el consentimiento en materia sexual, y por ello el Proyecto debía fijar una diferencia de edad (dos y tres años) dentro de la cual el consentimiento de la víctima era “válido” no quedando comprendido el acceso carnal o los abusos en la ley en estudio.¹²

Por su parte, el Diputado señor Forni calificó esta indicación introducida por el Ejecutivo como una especie de “excusa legal absolutoria”, la cual para que opere en el sentido establecido por la misma indicación no debían concurrir las circunstancias de la violación o del estupro.¹³ Sin embargo, en esta etapa de la tramitación del proyecto de ley se observa que trascienden tras el proyecto de ley por un lado, los

¹¹ *Ibíd.* SEGUNDO INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAIDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, Cámara de Diputados. Fecha 06 de Julio de 2004, Cuenta en Sesión 14, Legislatura 351, Boletín 3021-7, pág. 290.

¹² HISTORIA DE LA LEY, Cámara de Diputados. Legislatura 351, Sesión 15. 14 de julio de 2004, Discusión particular, pp. 343-344.

¹³ *Ibíd.* pág. 345.

efectos del Discernimiento y, por otro, el límite legal de los 14 años para consentir en materia sexual. En otras palabras, había que resolver la incongruencia que podía surgir entre la declaración de falta de discernimiento para el imputado y la voluntad de la víctima para disponer en materia sexual. Así, y para evitar dejar impunes las relaciones entre una persona de 17 años con otra de 13 ó 14 años, si el imputado era declarado finalmente sin discernimiento, había que considerar en definitiva que no existía voluntad bajo el límite eficaz de la víctima bajo los 14 años y, por lo mismo, parecía más lógico por razones de política criminal “no proceder criminalmente” si la diferencia de edad era mínima, lo que permitiría pensar que dicha relación sexual había sido efectivamente consentida. En todo caso dicha indicación del Ejecutivo se aprobó por unanimidad. Siendo así sostenido por el Diputado Señor Juan Bustos como informante ante el Senado en la discusión del primer trámite constitucional. En definitiva, el inciso final del artículo 6 del Proyecto salió de la Cámara en los siguientes términos: ¹⁴

“No podrá procederse penalmente respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5º y 6º del Título VII del Libro II del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de 14 años y no concorra alguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre la víctima 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”. Como se observa, hasta este momento se mantenía el texto según la indicación original introducida por el Ejecutivo en un principio, aunque no se vislumbraba aún, las razones por las cuales se excluían otros tipos penales en materia de libertad y/o indemnidad sexual. ¹⁵

¹⁴ *Ibíd.* OFICIO DE LEY A CÁMARA REVISORA., COMUNICA TEXTO APROBADO, 14 de julio de 2004. Cuenta en Sesión 13, Legislatura 351. Senado, LORENZINI BASSO, PABLO, Presidente de la Cámara de Diputados, pág. 377.

¹⁵ En este sentido el ex Fiscal Nacional del Ministerio Público Señor Guillermo Piedrabuena Richards, señaló durante la tramitación del Segundo Trámite Constitucional ante el Senado, en que el Proyecto fue aprobado en general en las sesiones de los días 9 y 16 de agosto del año 2004 por los Senadores Chadwick, Espina y Andrés Zaldívar, que la redacción del artículo 6 aprobado en Primer Trámite por la Cámara de Diputados era confusa ya que no incluía los casos de violación impropia, Véase: HISTORIA DE LA LEY, pág. 448.

El Proyecto de Ley distinguía, asimismo, entre los delitos mas graves (o, infracciones graves) cometidas por los jóvenes mayores de 14 y menores de 18 años de edad, especificados en su artículo 7, y los casos en que no hay violencia sino incluso consentimiento por parte de la víctima. Ello ocurre especialmente en las relaciones íntimas entre los adolescentes, lo que mereció una indicación del Ejecutivo al texto original del Mensaje. El artículo 7, bajo el epígrafe de “Infracciones Graves”, incluía delitos como el homicidio, la violación, el secuestro y la sustracción de menores, las mutilaciones y lesiones graves, robos con violencia o intimidación, asociación ilícita para el tráfico de drogas, del artículo 22 de la antigua ley Nº19.366, la comisión de delitos terroristas conforme al artículo 2º, Nº 5 de la ley Nº 18.314, y Robo con fuerza en lugar habitado, todos delitos, que como se observa, siempre han sido de gran connotación social por sus efectos en la percepción de la seguridad pública por la ciudadanía en general.

Es decir, podemos afirmar que el Proyecto de ley buscaba fortalecer la respuesta del Estado frente a los delitos de mayor gravedad fortaleciendo los principios de un sistema jurídico que debía resguardar el ejercicio de las garantías procesales por parte de los jóvenes imputados, y, por otra parte, asimismo destacar que el Estado no puede tener la misma respuesta frente a la situación de las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes.

El consentimiento por parte de la víctima se transforma así en un punto de análisis cuya dimensión es distinta a la que se le atribuye entre los adultos. En efecto, la redacción del proyecto del legislador excluye la responsabilidad del imputado menor de edad, siempre y cuando concurren los requisitos inclusivos y exclusivos que el mismo precepto del proyecto legal mencionaba. En esta etapa, el Fiscal Nacional del Ministerio Público sostuvo que era necesario distinguir entre las hipótesis de comisión de la violación impropia y los demás casos de delitos sexuales, puesto que subyacía el problema del consentimiento de la víctima en materia sexual. Era necesario concordar el proyecto con la modificación introducida al Código Penal, en materia de

edad mínima para consentimiento fijada en los 14 años. Finalmente, la Cámara revisora del Senado aprobó con fecha 14 de septiembre del año 2005, el Proyecto de la Cámara de Origen, quedando la norma en estudio en los términos ya explicitados anteriormente. Incluso, ya no se discutió su alcance en la discusión mixta de la Cámara de Origen y en el Senado.¹⁶

En suma, el artículo 4 del Proyecto de Ley presenta varias características:

1.- Aborda derechamente la problemática de las relaciones sexuales a temprana edad entre los adolescentes, de manera que en su planteamiento debían conjugarse otras materias como el Discernimiento del sujeto activo, la edad mínima para disponer en materia sexual, y las características de la propia víctima como sujeto pasivo.

2.- El propio legislador precisa que en los casos del artículo 4 del Proyecto, la víctima debe ser menor de 14 años, límite de edad que define la aplicación del resto de las hipótesis de los tipos penales.

3.- La norma legal en estudio se proyecta sobre la base de excluir la punibilidad sólo respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5º y 6º del Título VII del Libro II del Código Penal, si concurren los requisitos que ella misma dispone.

2. ANALISIS DE CARACTERISTICAS DE LA LEY 20084.

2.1. Propuesta de Nuevas instituciones de la Ley sobre Responsabilidad penal de Adolescentes.

¹⁶ HISTORIA DE LA LEY, Comisión Senado-Cámara de Diputados, 11 de octubre de año 2005, Cuenta en Sesión 51, Legislatura 353. Cámara de Diputados, pp. 1046-1081. Asimismo, en su Informe el Tribunal Constitucional no objetó la constitucionalidad del artículo 4, siendo aprobado en esos términos. Véase Oficio N°5944, de Cámara de Diputados a Presidente de la República, 15 de noviembre de 2005, HISTORIA DE LA LEY, pp. 1147-1177.

Al amparo de la Constitución Política de la República de Chile, y la incorporación en el sistema jurídico chileno de los Tratados Internacionales sobre la protección de la infancia y el pleno respeto en el ejercicio de los derechos de los menores de 18 años edad, sin duda la Ley 20084 sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes significó un tratamiento nuevo y cualitativamente de mejor aproximación para la respuesta especializada del Estado frente al fenómeno de los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad. En efecto, y sin profundizar sobre los modelos judiciales de intervención de los menores de edad, en las etapas anteriores el sometimiento del joven infractor a las pautas de comportamiento social impuestas desde los centros de poder, pecaba de no saber reconocer que el problema de la desadaptación social de los jóvenes parte por desconocer la realidad particular desde la cual el menor de edad se proyecta hacia el resto del grupo en el cual existe, mas no siempre en el cual se integra, o no cuenta con los instrumentos de educación idóneos para integrarse al sistema que le plantea metas y pautas de evaluación de su integración social.¹⁷

En este sentido, el problema de la delincuencia juvenil, si lo entendemos como la comisión de hechos sancionados penalmente por parte de los menores de edad, en principio menores de 18 años, de aquellos actos que han sido seleccionados y elevados a la categorías de delitos por el sistema penal del Estado, debe ser distinto y especializado del adecuado ejercicio de los derechos procesales del que se aplica a los imputados adultos. Sin embargo, como ya se dijo anteriormente y debido, en principio, a la remisión expresa al Código Penal que efectúa el artículo 1 de la Ley 20084, nos aparece que se han de aplicar al menor de edad una serie completa de tipos penales, que por la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal, en determinados casos puede conducir incluso a delitos imposibles. Pero este tema será abordado más adelante, por cuanto por ahora sólo basta reforzar la idea de que el sistema penal de los adolescentes se ha plasmado en procedimientos especiales que brinden la adecuada defensa jurídica orientada a evitar el contacto criminógeno a lo estrictamente razonable, atendido la edad del menor. Así, y bajo una interpretación

¹⁷ CERDA San Martín, Mónica y Rodrigo, op. cit., pp. 13-25.

armónica del conjunto de las normas de la Ley 20084, tendiente a salvaguardar el interés superior del adolescente y a favor de su pleno desarrollo y bienestar, no puede sino concluirse que el proceso penal orientado a los adolescentes debe conjugar el objetivo de sancionar al menor responsable con medidas específicas para el cumplimiento de los fines de la pena, o sea, el desarrollo de lo que le resta para su madurez. Entonces, y parece razonable concluir que el primer contacto del joven con el sistema judicial puede producir de suyo un efecto positivo o disuasivo, o de prevención positiva, o, por el contrario, potenciar la disrupción del joven frente a los límites sociales impuestos a su comportamiento. Por lo mismo, y bajo el prisma de los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niños, ratificados por nuestro país en el año 1989, esta es la primera vez que el sistema penal de adultos se enfrenta a las exigencias de un sistema penal de los adolescentes, nuevo y distinto, y a la sazón con otros objetivos que imponen nuevos límites al tradicional Código Penal chileno.

La primera respuesta nos la brindan los primeros incisos del artículo 1 de la Ley 20084, al señalar que “la presente ley regula la responsabilidad penal de los adolescentes por los delitos que cometan, el procedimiento para la averiguación y establecimiento de dicha responsabilidad, la determinación de las sanciones procedentes y la forma de ejecución de éstas”, Y continúa: “En lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”. Como se observa, esta es una ley penal especial aplicable a los menores de 18 y mayores de 14 años de edad, y que sólo en lo no contemplado por ella misma se debe recurrir al Código Penal y “leyes penales especiales”. La ley 20084 primeramente regula la responsabilidad penal, a través de los procedimientos para su determinación como asimismo las sanciones que les cabe a los partícipes en los hechos que presentan características de delitos. Sin embargo, en lo pertinente a la supletoriedad del derecho penal sustantivo contenido en el Código Penal, éste mantiene su plena autoridad en cuanto a los principios de la teoría del delito, los grados de participación, estados de ejecución, y aún respecto de la mayoría de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal y

principalmente la íntegra aplicación en su totalidad del catálogo de los tipos penales del código del ramo.

La distinción y particularidad de la Ley 20.084 radica, entonces, en la especialidad de sus instituciones procesales. Uno de sus principios básicos es que las autoridades administrativas y judiciales deben orientar sus procedimientos primero, al reconocimiento y, segundo, al respeto de los derechos de los adolescentes. Lo anterior se traduce en un aspecto nuevo que la ley llama “interés superior del Adolescente”; y que a nuestro parecer responde al marco programático dispuesto en los artículos 1, 6 y 19 N^{os}. 2, 3, 7 letra c) de la Constitución Política de Chile, ya que el Estado a través de sus órganos debe velar por el respeto y garantizar el ejercicio de los derechos de las personas, y ahora los que la ley 20.084 brinda a los adolescentes mayores de 14 y menores de 18 años de edad en los procesos penales. A partir de la vigencia de la nueva ley los adolescentes ya no son sujetos con derechos inferiores frente a los imputados mayores de edad, o supeditados a los criterios de cada juez sino que desde ahora la ley recoge y hace suyos los principios de derechos humanos plasmados en la Constitución Política de Chile.¹⁸

Como consecuencia de lo anterior, podemos sostener que la respuesta de la persecución penal en un Estado democrático y respetuoso de los derechos humanos también impone la obligación de implementar procedimientos penales especiales e idóneos al fenómeno de la delincuencia de los adolescentes. Los modelos de protección y modelos educativos o tutelares implementados hasta la primera mitad del siglo XX obedecían a un enfoque distinto frente al menor de edad, ya que éste era sólo un objeto de intervención, aun a costa de vulnerar o limitar el ejercicio de sus derechos humanos con el sólo objetivo de integrar, o en su caso, reinsertar al joven

¹⁸ Al respecto, la doctrina distingue entre “derechos humanos” y “garantías fundamentales”. Según el Profesor Antonio Pérez Luño, es Derecho Humano “el conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.” Por su parte, es Garantía Fundamental, el mecanismo, institución o procedimiento destinado a fortalecer el ejercicio de un derecho fundamental, incluso los actos y recursos de todo procedimiento judicial. Citado en: NOGUEIRA Alcalá, Humberto, DOGMATICA CONSTITUCIONAL, Talca, Chile, Editorial Universidad de Talca, 1997, Capítulo III: DOGMATICA DE LOS DERECHOS ESENCIALES DE LA PERSONA HUMANA, pp. 107-191.

adolescente en el conjunto de valores imperantes en el orden social en su conjunto. El profesor Juan Bustos sostenía que el nuevo Derecho penal de los Menores sólo podía construirse desde la problemática misma de la adolescencia, pues el menor de edad sería el centro mismo de la protección y no el medio para cumplir objetivos de intervención o de planificación.¹⁹ Y no se trata de una cuestión sólo formal, ya que el adolescente con independencia de su nivel socio-cultural, resulta ser muy vulnerable a las reglas de competitividad y consumismo del mundo de los adultos.

El sistema jurídico de los adolescentes debe cumplir algunos requisitos fundamentales. En principio, reconocer desde el adolescente su problemática y sus manifestaciones en la comisión de los delitos.- Ello requiere identificar la necesidad de reconocimiento del adolescente por sus pares de grupo. En segundo lugar, implementar según los casos mecanismos variados e idóneos para responder a la situación de participación de menores de edad en la comisión de delitos. Y así, la respuesta del sistema judicial frente a la comisión de los hurtos faltas o hurtos simples, sólo puede ser efectiva si pretende fines distintos que para los adultos. De ahí, que se plantee que la profundización del sistema de juzgamiento, incluyendo sus elementos básicos como plazos de investigación, medidas cautelares de restricción o privación de libertad, recursos procesales y tipos de sanciones son particularidades del sistema penal adolescente al servicio y reconocimiento de las causas y prevención de la delincuencia juvenil.²⁰

¹⁹ En este sentido, BUSTOS Ramírez, Juan, UN DERECHO PENAL DEL MENOR, Edición Septiembre año 1992, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Limitada, Biblioteca de Fiscalía Nacional de Ministerio Público, N°421, pp. 11 - 53.

²⁰ En un interesante trabajo, el Profesor Jaime Couso plantea que el desafío consiste en identificar desde un punto de vista psicológico y criminológico los factores que inciden en la delincuencia juvenil, incluyendo desde su escaso desarrollo intelectual y emocional y falta de control adecuado de sus impulsos, hasta la participación en grupos o pandillas no para cometer delitos sino para integrarse y lograr reconocimiento de los pares, y construir a partir de los mismos un sistema penal diferenciado, especializado y propio para los adolescentes. Véase: COUSO, Jaime, LA ESPECIALIDAD EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES, FUNDAMENTOS EMPIRICOS Y NORMATIVOS Y CONSECUENCIAS PARA UNA APLICACIÓN DIFERENCIADA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO; Primer Semestre, N°XXXVIII, Valparaíso, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Año 2012, pp. 267-322.

En resumidas cuentas, el proceso penal respecto de los adolescentes debe ser el principal mecanismo de control social de los delitos en que intervienen menores de edad pero que trasciende hacia el cumplimiento de educar o resocializar al infractor según sus propias características y necesidades de reinserción familiar, educacional o comunitario. El mismo artículo 20 de la Ley 20084, establece que la sanción que se imponga al imputado adolescente no se basta a sí misma, sino en cuanto "...forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social". Así, los fines de las sanciones de la ley no se satisfacen a sí mismas por el solo imperio del Derecho, sino que buscan proyectarse en fines adicionales únicos y particulares para la situación social de los adolescentes.

De ahí resulta otra particularidad del sistema penal de adolescentes en Chile.- Establece un variado catálogo de sanciones con fines específicos según la gravedad del delito y la situación específica del adolescente. Pero a la luz de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el sistema penal de adolescentes en su conjunto ofrece diferencias precisas con el sistema penal de los adultos, y que consisten en dos aspectos fundamentales: 1) se limita la intervención del sistema penal a través de las tempranas facultades de los Fiscales del Ministerio Público para aplicar el Principio de Oportunidad, en los términos y con el fundamento que señala el artículo 35 de la Ley 20084; y 2) bajo los criterios de especialidad de este sistema se resuelve el conflicto penal aplicando sanciones de suyo orientadas más a la integración social amplia del adolescente que a la estigmatización o etiquetamiento penal. Así, por ejemplo, la privación de libertad debe ser el recurso excepcional entendiendo que amén del desarraigo que ya puede arrastrar el adolescente, incluso como estilo de vida aprendido, no puede profundizarse a través del sistema judicial que lo que busca es precisamente lo contrario, esto es, la rápida reinserción del menor de edad a su entorno social. Pero incluso, aún cuando frente a los delitos de mayor gravedad, o que pudiere resultar que sean sancionados con penas corporales

de crimen, el legislador debe brindar procedimientos rápidos y oportunos para su pronta conclusión.²¹

2.2. El Código Penal chileno: ¿supletoriedad o ley penal en blanco?.

Se planteó en términos generales ya en el Capítulo I, en su número 3, que conforme al inciso segundo del artículo 1 de la Ley 20084, deberá recurrirse al Código Penal y leyes penales especiales, en todo aquello no previsto o regulado por la Ley 20084. Según la misma disposición, los objetos de la Ley sobre Responsabilidad de los adolescentes son: 1) la responsabilidad penal, 2) los procedimientos para la determinación de la misma; 3) sanciones que han de corresponder y la forma de ejecución de éstas últimas. Finalmente, y como excepción específica respecto de las faltas, determina que los adolescentes mayores de 16 años sólo serán responsables por las faltas que señala en forma taxativa el inciso tercero del mismo artículo. El tenor expreso del artículo en análisis nos permite concluir que la remisión al Código Penal, se refiere especialmente a los elementos sustantivos que definen un delito, la participación en los mismos, el grado de ejecución, circunstancias modificatorias de la responsabilidad, sin perjuicio del completo contenido de los tipos penales. La responsabilidad penal nace una vez comprobado que concurren respecto de la persona en quien se pretende radicar los elementos o requisitos del tipo penal, excluyendo los factores que la eliminan o excluyen, por lo que no nos parece correcta la expresión de la Ley 20084 en cuanto a que “regula la responsabilidad penal de los adolescentes”. Siendo el único sujeto de esta ley una persona mayor de 14 y menor de 18 años en quien puede aplicarse los principios del derecho penal sustantivo, más bien la Ley 20084 se refiere a la forma especial de definir la aplicación de las sanciones que ella contiene una vez definida la responsabilidad penal conforme a los principios y reglas del Código Penal. En otras palabras, y como ya está dicho, la remisión al Código Penal no es supletoria, sino de aplicación principal y directa,

²¹ BERRÍOS Díaz, Gonzalo, LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE COMO SISTEMA DE JUSTICIA: ANALISIS Y PROPUESTAS, Política Criminal, Volumen 06, Nº11, pp. 161-193, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/nº11/Vol6N11A6.pdf

dejando a la Ley 20.084, los procedimientos específicos sobre la aplicación de normas de juzgamiento especiales y privilegiados respecto del Código Procesal Penal.²²

La aplicación directa del Código Penal, genera en principio, dos aspectos a analizar. Primeramente, el Código Penal dictado en el año 1874, a pesar de sus modificaciones posteriores nació como texto que debía contener en un solo cuerpo los tipos penales y sus sanciones penales para los adultos. De manera tal que si cabe hablar de un derecho penal de los adolescentes éste se ha desarrollado al alero de las reglas generales que el Código Penal había fijado en principio mayoritariamente para los adultos. En particular, la remisión directa y principal a los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal, supone aplicar a personas en pleno desarrollo intelectual y emocional, delitos que requieren en algunos casos cualidades personales que, mediante esta técnica legislativa, corresponde implantar en sujetos que por su condición son objeto de atención en una ley especial. De hecho, el Mensaje del Ejecutivo N°68-347, de fecha 02 de Agosto del año 2002, destacaba entre sus fundamentos que: “El presente Proyecto de Ley tiene el propósito de reformar radicalmente la respuesta del Estado ante los actos que revisten carácter de crimen o simple delito cuando ellos son cometidos por personas menores de dieciocho años, introduciendo, por primera vez en Chile, un sistema de responsabilidad penal especial para los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años”. Y al mismo tiempo se orientaba a la prevención del delito en los cuales cabe participación de menores de edad, destacando el reconocimiento al imputado la plenitud en el ejercicio de sus derechos y la plena capacidad para responder penalmente en la forma que la ley precisa. Para ello, el Mensaje sustenta su propuesta “...en el principio de responsabilidad según el cual el adolescente es un sujeto que, si bien es

²² Recogiendo los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Ley 20084 plasma en su texto la premisa, que eliminado el trámite del Discernimiento, el menor de 18 y mayor de 14 años es plenamente capaz en materia penal, salvo las causales de exclusión que le sirven de fundamento, pero con reglas especiales al momento de definir las sanciones y forma de ejecución de las mismas, con especialidad a las reglas contenidas en el Código Penal, ya sea en la Parte general o en sus modalidades de cada tipo penal de la Parte Especial. En este sentido, HORWITZ Lennon, María Inés, DETERMINACION DE LAS SANCIONES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y PROCEDIMIENTO APLICABLE, Santiago de Chile, Revista de Estudios de la Justicia, N°07, año 2006, pp. 97-119.

irresponsable como adulto, se le puede exigir una responsabilidad especial adecuada a su carácter de sujeto en desarrollo. De este modo, las sanciones que contempla esta Ley son la consecuencia de la declaración de responsabilidad por la realización de una infracción a la ley penal de las contempladas en esta Ley".²³

Entonces, como conclusión fundamental se puede establecer que a partir de ella los menores de edad gozarán de plena capacidad penal pero se determinará la responsabilidad según los procedimientos especiales e idóneos atendida las características de las personas a los cuales se orienta. Y por otro lado, la responsabilidad penal imputable a menores de edad se aplicará según los mismos principios del Código Penal del año 1874, aunque con modificaciones en los medios de la respuesta penal.

A partir de la segunda aseveración surge un segundo aspecto no menos relevante, y es que la ley 20084, si bien hace efectiva la responsabilidad penal por infracciones al Código Penal, lo hace a partir de consideraciones particulares sobre el desarrollo del sujeto menor de edad, pero con aplicación de los mismos elementos tradicionales de la teoría del delito, y específicamente, entre ellos la Culpabilidad. En otras palabras, si el concepto tradicional aceptado por la doctrina involucra un juicio de reproche del Derecho al sujeto que pudiendo haberse comportado u orientado su comportamiento en el caso concreto conforme a los mandatos del Derecho, y obró en forma disruptiva, sobre todo, si comprendía cabalmente la dimensión y límites de la prohibición, entonces con mayor razón surge la interrogante si han de aplicarse los mismos fundamentos respecto de los adolescentes, a pesar se respectiva y evolutiva carga emocional e intelectual.²⁴

²³ MENSAJE Nº68-347, S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, pp. 2 y 7, Santiago de Chile, Agosto 2 del año 2002, en www.bcn.cl/historiadelailey.cl

²⁴ Para el tema central de este trabajo, quizás es en el ámbito de la Culpabilidad en donde la aplicación de la tradicional teoría del delito hacia los Adolescentes genera nuevos límites de análisis a los ya asumidos tradicionalmente. Por de pronto, por ejemplo, ante la dificultad de la comprensión de la prohibición en ciertas materias para los imputados adultos, puede representar mayores problemas a la hora de dimensionar este aspecto respecto de los menores de 18 años. Véase: CURY Urzúa, Enrique, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, 7

Sobre el aspecto específico que nos atañe, esto es, si la técnica legislativa sostenida en el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 20.084, puede representar una Ley Penal en Blanco, se hace necesario previamente introducir la discusión doctrinaria sobre este punto y sus conclusiones. Un gran avance liberal frente al poder absoluto monárquico fue el establecimiento de leyes universales previas y escritas para su estricto acatamiento. Surgen así los principios de taxatividad, legalidad y tipicidad de las leyes penales.

El cuestionamiento frente a las llamadas leyes penales en blanco surge a la par del desarrollo de sistemas jurídicos estrictos y taxativos para enfrentar el omnímodo poder real. En términos generales, en las leyes penales en blanco, las circunstancias del hecho y sus modalidades o circunstancias de la comisión están descritas en la forma que acarrearán una sanción penal, pero las condiciones y elementos del tipo penal están entregados por decisión del legislador a una norma distinta, ya sea de rango inferior (ley penal en blanco propia) u otra de igual o superior jerarquía (ley penal en blanco impropia). Sin embargo, lo que no puede faltar es la descripción del hecho. La conducta debe ser precisa y contener los elementos estrictos de la conducta que se sanciona, sin que se vulnere el principio constitucional de Reserva Legal. La Constitución Política del año 1980 lo plasmó en el inciso 8 del N°3 del artículo 19 al señalar que: "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella".

La doctrina coincide en términos generales sobre los elementos fácticos que caracterizan una ley penal en blanco, aunque se discute en cuanto a la extensión de los elementos que pueden estar presentes o no. Mientras para el Profesor Enrique Cury el problema va más allá de distinguir la jerarquía de la norma que sirve de complemento a la ley en tanto no vulnere el principio de legalidad, centra el punto de vista más en la extensión de la facultad delegatoria de la ley en sí misma, que en el

edición ampliada, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, marzo año 2005, Capítulo VIII: La Teoría de la Culpabilidad, pp. 385 -469.

rango de la norma de complemento. En realidad, no deja de ser oportuna la observación por cuanto lo que se protege de trasfondo es la legalidad de la acción u omisión claramente descrita en sus elementos fundamentales.

Por su parte, para el Profesor Politoff el problema central es determinar si ellas vulneran o no el principio de legalidad, por lo que se aboca más a las normas de complemento de menor rango legislativo. Y parece razonable la advertencia por cuanto de suyo el triunfo en el desarrollo del derecho penal ha sido avanzar desde la arbitrariedad hacia la taxatividad y legalidad de las conductas u omisiones dignas de sanción penal. Así, independiente del rango de la norma complementaria, parece que es más útil definir si ellas vulneran el principio de legalidad.

Para resolver este punto de la Ley 20084, hay que desmenuzar los postulados. El artículo 1 de la Ley se encuentra ubicado entre las disposiciones generales, de modo que a partir de ellas se fijan los principios y aspectos programáticos de su articulado, y que le sirven de cabal fundamento para la interpretación armónica del resto de su cuerpo escrito. Como ya se adelantó en este trabajo, sostenemos que cuando el legislador en forma imprecisa se refiere a que regula la responsabilidad penal de los adolescentes en realidad trata de las sanciones a aplicar una vez definida la responsabilidad penal según el Código Penal, al cual acto seguido la adquiere plena aplicación directa, mas no supletoria.

En otras palabras, la responsabilidad penal del adolescente ya se definió, y sólo falta materializar los procedimientos y sanciones según el grado de participación y ejecución del delito.

Por tales motivos, hemos de concluir que la aplicación del Código Penal no responde a la remisión del artículo 1, sino que subyace y es anterior a todo el texto de la ley de manera que la interpretación sistemática a la que debe arribarse es que la responsabilidad penal ya se ha definido según los principios del Código Penal, y el

cuerpo normativo se refiere a la aplicación de las sanciones y métodos creados hacer efectiva dicha responsabilidad.

A partir de tal conclusión, sostenemos que la Ley 20084 no es una Ley Penal en Blanco. El objetivo de la ley 20084 no es entregar la descripción de los elementos esenciales o básicos, si se quiere, de la conducta u omisión que conlleva la sanción al Código Penal, sino que sólo establece que para efectos de aplicación e interpretación de derecho penal sustantivo y sus respectivos tipos penales no contenido en la Ley 20084 deberá recurrirse directamente al Código Penal. El catálogo propio y especial de sanciones aplicables a los menores de edad no es técnicamente una remisión a otra norma complementaria de igual rango o categoría, porque su objetivo no es delegar la descripción detallada de la conducta u omisión a una norma externa como es el Código Penal, sino que por el contrario, hace mención a éste porque entiende que es la fuente única, directa y anterior de derecho sustantivo que le sirve de base para determinar la responsabilidad penal de los adolescentes. No es un tema de delegación de fundamentos en otra norma de igual categoría. Debido a la especialidad de la materia que regula se usa esta técnica legislativa para evitar incongruencias holísticas pues el mismo Código Penal ha de servir para definir la responsabilidad tanto para los adultos como para los adolescentes, dando armonía al sistema jurídico punitivo en su conjunto, evitando disociaciones o soluciones de continuidad en la interpretación del derecho sustantivo del Estado a un mismo fenómeno social.

Por último, de esta manera no se afecta el principio de reserva legal y la irretroactividad de la ley penal, a menos que el mismo legislador decida crear un catálogo de tipos penales anexos a la Ley 20.084.

3. ANALISIS DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 20084.

3.1. Antecedentes en la Historia de la Ley.

El objeto del presente trabajo es determinar la naturaleza jurídica de la exclusión de punibilidad del artículo 4 de la Ley 20.084. Sin embargo, previamente se hace necesario analizar la norma legal en cuestión. Como se apuntó en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, la norma sobre delitos sexuales en la Ley sobre Responsabilidad penal de Adolescentes surgió del Ejecutivo, en forma paralela a la que habían presentado un grupo de Diputados en el mismo sentido. Recordemos que en materia de delitos sexuales el Código Penal había sufrido los embates de dos grandes modificaciones, como las que surgieron a partir de la ley 19.617, del año 1999, que entre otras aspectos importantes fijó en 12 años la edad mínima para la validez del consentimiento en materia sexual, señalando tanto al hombre como a la mujer como los sujetos pasivos del delito de violación, accediendo a la víctima, además, por vía anal o bucal, modificando lo relativo a la violación sodomítica, ahora englobada en la figura de violación del artículo 361; y posteriormente la Ley 19.927 del año 2004, que elevó el límite de edad para el válido consentimiento hasta los 14 años.²⁵

Interesante es destacar los objetivos del Mensaje de la Ley 19.617.²⁶ Para ello, estima como fundamento el alto porcentaje de menores de edad que son sujetos pasivos en los delitos de mayor gravedad que atentan contra la libertad sexual. Así, y como parte de la discusión del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, se estimó que la inclusión del hombre como sujeto víctima del delito de violación, abría paso desde "...la libertad sexual genital de la mujer a la libertad sexual de la persona".²⁷ Sin embargo, se insistía que en la violación sólo podía yacer, como sinónimo de penetrar, el hombre, quien fisiológicamente con el miembro sexual masculino puede invadir el órgano sexual de la mujer, proponiendo

²⁵ Sobre consideraciones generales de la evolución legislativa en materia de delitos sexuales, véase: RODRÍGUEZ Collao, Luis, DELITOS SEXUALES, Reimpresión de la Primera Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2004, pp. 17-52.

²⁶ HISTORIA DE LA LEY 19.617, Mensaje de S.E. Presidente de la República, de fecha 03 de Agosto del año 1993, Cuenta en Sesión 22, Legislatura 326, en <http://www.bcn.cl/historiadelaley> Publicada en el Diario Oficial el día 12-07-1999.

²⁷ *Ibíd.* PRIMER INFORME DE LA COMISION DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACION Y JUSTICIA, Cámara de Diputados, 10 de mayo de 1995, Cuenta en Sesión 01, Legislatura 331, Boletín N° 1048-07-1, pp. 19-54.

como una sus modalidades si el sujeto pasivo era menor de 12 años, en el caso de la mujer, y menor de 14 años de edad, si era hombre. Por lo mismo, la penetración por parte del hombre puede serlo por vía vaginal, anal o bucal. Además, fijado un límite de edad se pretendía ampliar el espectro de víctimas de tan corta edad en la comisión de este tipo de delitos.²⁸

En todo caso, el debate en tono a la edad de la víctima en el delito de violación más bien se abordó desde un punto de vista socio-cultural, distinguiendo incluso entre las vivencias de zonas rurales y urbanas, en la medida que en aquéllas se anticipaba la edad de la iniciación sexual de las mujeres respecto de los hombres, sin profundizar en criterios político criminales, como por ejemplo, distinguir respecto de las consecuencias de la comisión del delito entre los hombres y las mujeres.²⁹ Asimismo, era necesario coordinar este punto con lo dispuesto en otras disposiciones legales, como en el Código Civil para contraer matrimonio por menores de edad.³⁰

En este sentido, debemos agregar que nos parece poco relevante la distinción de edad entre el hombre y la mujer en el delito de Violación, salvo las pertinentes modificaciones legales realizadas en su momento, si lo que trasciende es la protección del bien jurídico de la Indemnidad Sexual de las víctimas. De hecho, el

²⁸ Durante la tramitación del Proyecto de Ley 19.617, sobre el fundamento de las diferencias de edad entre hombres y mujeres como víctimas del delito de violación, el Diputado señor Viera Gallo manifestó que "...otro punto de mucha discusión en la Comisión fue si debíamos igualar la edad entre hombre y mujer, bajo la cual -como señaló el Diputado señor Espina-, aunque haya una relación sexual consentida, se estima violación. Al final, se mantuvo la diferencia tradicional, atendido el hecho de lo que algunos estiman como diferente maduración sicosomática entre el niño y la niña. Si se hubiera bajado de 14 a 12 años como regla general para todos, es evidente que no se protegía en forma suficiente a un niño varón menor de 14 y mayor de 12. Por el contrario, si hubiéramos subido la edad de las niñas de 12 a 14 años, se presentaba el problema de que es costumbre -parece que bastante difundida en algunos estratos de la sociedad chilena- que las mujeres de entre 12 y 14 años tienen relaciones sexuales consentidas, sobre todo en los sectores rurales. Obviamente, habría sido un error considerar ese hecho como violación. De ahí que preferimos mantener la diferencia entre 12 y 14 años. También quiero llamar la atención acerca de que en el último inciso hay una agravante cuando la violación tiene efecto sobre una víctima mujer menor de 12 años o varón menor de 14".- Ver: HISTORIA DE LA LEY 19.617, Cámara de Diputados, Legislatura 331, Sesión 20, Julio 19 del año 1995, pp. 152- 153.

²⁹ *Ibíd.*, pp. 142 – 162.

³⁰ *Ibíd.* Discusión en Segundo Trámite Constitucional en el Senado, 22 de Enero de 1997, pp. 242-254.

Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, plantea que los principales principios que le sirven de fundamento son la Legalidad de las penas, de la Actividad, de la Ofensividad del bien jurídico protegido, Culpabilidad y de Proporcionalidad, y específicamente en los que llama delitos de violencia sexual el Derecho a la Indemnidad Sexual de los niños. Sobre este punto, profundizamos más adelante. Finalmente, sólo en el Informe de Segundo Trámite de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia se aprobó en la Cámara de Diputados la modificación del proyecto sobre el delito de Violación, en tanto la víctima debía ser una “persona” mayor de 12 años de edad, a la cual se accede carnalmente por vía vaginal o anal, modificando su propuesta inicial en cuanto a que los medios de comisión eran “cualquier forma o tipo de penetración”, indeterminación cuestionada por el Senado.³¹ En el Senado, igual proposición se hizo para el tipo penal de Violación a persona menor de 12 años, aunque no concurrieran las circunstancias de comisión de la violación de persona mayor de 12 años, conservándose la descripción de una “persona” como el sujeto pasivo, agregando las vías de acceso vaginal y anal, a la bucal de la Cámara de Diputados.

En suma, si bien puede resultar arbitrario fijar límites de edades a la hora de delimitar tipos penales, en este punto en particular la discusión parlamentaria buscó, por un lado, precisar la edad a partir de la cual se entiende generalmente que las personas pueden disponer (consentir) de su propia sexualidad, y simultáneamente, evitar incongruencias sistemáticas en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente con la edad para contraer matrimonio en materia civil. Como fundamento del primer aspecto, hay que hacer presente que surgieron opiniones discordantes entre la Cámara de Diputados y el Senado, en cuanto si era necesario mantener la distinción entre la Sodomía y la Violación Sodomítica, optando el Senado por mantener la proscripción de la Sodomía –o sea relaciones sexuales consentidas con hombres

³¹ Ibid. Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Senado, 26 de Agosto de 1997, pp. 420- 421.- Específicamente, en la Comisión Mixta, los Senadores Díez y Larraín, y los Diputados Guzmán, Saa, Elgueta y Walker aprobaron la vía “bucal” como medio de acceso carnal de la violación. Ibid. Tercer Trámite, Comisión Mixta, sesión 19, de fecha 05 de Noviembre de 1998, pág. 639.

menores de 18 años- y, en cambio, se eliminó la Violación sodomítica por cuanto la nueva redacción del artículo 361, que abarcaba al hombre como sujeto pasivo, la incluía para efectos de tipicidad.³² Así, el proyecto de ley pasó a trámite de discusión en Comisión Mixta ante la Cámara de Diputados y Senado, fijando en 12 años el límite de edad de la víctima, ya fuese hombre o mujer.³³ Finalmente el proyecto de ley se aprobó en sesión en la Cámara de Diputados con fecha 22 de Junio del año 1999.

Sin embargo, prontamente el legislador se percató que a raíz de la utilización masiva de soportes tecnológicos en las redes de comunicación mundial era plausible la utilización de menores de edad en la producción de material pornográfico, de manera que los Diputados María Pía Guzmán y Patricio Walker, el día 14 de Enero del año 2004, mediante Moción propusieron nuevas modificaciones a los delitos sexuales, entre ellos, elevar de 12 a 14 años el límite para exigir consentimiento en materia sexual. El fundamento del legislador en tal sentido lo explican en los siguientes términos que reproducimos a continuación:

“Ante las razones técnicas o biológicas que fundarían tal modificación, señalaron que basándose en el parecer de diversos especialistas, a la edad de 12 años un niño - hombre o mujer – no cuenta aún con las capacidades cognitivas mínimas para tomar una decisión que pueda tener fuertes repercusiones en su vida y su aspecto emocional se encuentra en proceso de aprendizaje de vínculos con otras personas, por lo que es susceptible de ser manipulado por alguien mayor, lo que lo coloca en desventaja y en una situación de incapacidad de decidir conjuntamente con tal persona. Asimismo, sus capacidades físicas y sexuales están comenzando a

³² *Ibíd*, TERCER TRAMITE CONSTITUCIONAL EN LA CAMARA DE DIPUTADOS, 19 de Mayo del año 2008, pp. 512-518.

³³ *Ibíd.*, INFORME DE COMISION MIXTA, pág. 642. Hay que destacar que mayor discusión se produjo en cuanto a la Sodomía, resolviendo en definitiva que sólo se sancionaría penalmente las relaciones sexuales con persona del mismo sexo, siendo la víctima menor de 18 años de edad, siempre que no concurriesen las circunstancias de tipicidad del delito de la Violación o Estupro. Aun frente a las relaciones homosexuales entre adultos y en privado, hubo debate si igualmente eran merecedoras de sanción penal, decisión que en la misma Comisión Mixta se zanjó por la negativa.

desarrollarse, pero ello no significa que tal hecho vaya unido a un desarrollo afectivo, cognitivo y social. Es decir, la posibilidad de sentir deseo sexual y de tener información sobre el tema, no significa que sus actos sean la expresión de su voluntad informada y consciente. Igualmente, si bien en tal etapa se comienza a pensar en términos de posibilidades futuras, la gran mayoría no está capacitada para prever las consecuencias de sus actos y en la búsqueda de su identidad resulta altamente influenciado. Además de lo anterior, estaría la recomendación del Comité de los Derechos del Niño en el sentido de que para guardar conformidad con las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, el país debería igualar en 14 años, tanto para hombres como para mujeres, la edad mínima para contraer matrimonio. Finalmente, el proyecto de ley sobre responsabilidad penal juvenil considera adolescentes y responsables a las personas entre 14 y 18 años de edad".³⁴ De esta forma, y con el objeto de brindar mayor protección a los menores de edad los legisladores estimaban que era fundamental elevar el límite de edad para estimar válido el consentimiento de la víctima, si no concurrían las circunstancias de comisión de la violación o el estupro. Sin perjuicio de señalar que el límite de edad es una cuestión que finalmente resulta arbitraria, que según la legislación comparada bordea entre los 13 a 15 años, no es menos cierto que fijado como elemento objetivo del tipo penal, evita toda clases de discusiones al momento de evaluar en sede judicial si hubo o no consentimiento de la víctima.³⁵

En suma, la reforma fundamental introducido a los llamados delitos sexuales, se orientó fundamentalmente a la protección de los menores de edad, en dos aspectos: 1) la vulneración de su derecho a disponer sobre su libertad sexual no siendo objeto de agresiones contra su voluntad, (principio de indemnidad sexual), y 2)

³⁴ MOCION DE LA DIPUTADA SEÑORA MARIA PIA GUZMAN Y DEL DIPUTADO SEÑOR PATRICIO WALKER, HISTORIA DE LA LEY 19.927, QUE MODIFICA EL CODIGO PENAL, CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y EL CODIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE DELITOS DE PORNOGRAFIA INFANTIL, BOLETIN 2906-2077, 10 de Abril de 2002. Cuenta en Sesión 10, Legislatura 346, Congreso Nacional de Valparaíso, pp.35-36.

³⁵ RODRÍGUEZ Collao, Luis, SOBRE LA REGULACION DE LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL, N°1, A 1, Santiago de Chile, POLITICA CRIMINAL, 30 de junio de 2006, <http://www.politicacriminal.cl>, pp. 11-13.

corrigiendo aspectos del sistema judicial destinado a brindar facilidad y mayor acceso de las víctimas a los procesos penales incoados por las denuncias en este tipo de delitos. En este sentido, la reforma legal planteada por este Mensaje del Ejecutivo, se aborda desde la perspectiva de las víctimas menores de edad, de manera que sólo faltaba por resolver la situación de los imputados menores de edad.

3.2. Bien Jurídico tutelado: ¿Libertad Sexual o Indemnidad Sexual?.

Sobre este punto, y aunque no es el tema de fondo del presente trabajo, durante la tramitación del Proyecto de Ley 20084, no se discutió expresamente sobre el bien jurídico tutelado en relación al artículo 4, a saber la Libertad Sexual y/o la Indemnidad Sexual. Si bien han sido expresiones no exentas de discusión teórica en Chile, el texto definitivo de la Ley tampoco lo precisó. En realidad, no era necesario ya que se entendía que debía ser el mismo bien jurídico que fundamentaba los tipos penales del Código Penal, siendo absurdo distinguir en materia sexual bienes jurídicos distintos para el Código Penal y la Ley 20.084. La dificultad de precisar el bien jurídico ínsito en la Ley 20084, se debe a que la expresiones vertidas por los parlamentarios en las distintas etapas de tramitación del proyecto de ley deben contextualizarse en el marco de un proyecto sobre responsabilidad penal, y que en el transcurso de su discusión se incorporó una regla especial sobre determinados delitos sexuales. En este sentido, mayores menciones al bien jurídico se hicieron en las discusiones de las Leyes 19617 y 19927, aunque no menos imprecisas al mencionarse indistintamente como Libertad Sexual y/o Indemnidad Sexual.

En este punto, se hace necesario elaborar las características de estos conceptos y sus diferencias fundamentales. En principio, el Bien Jurídico podríamos plantearlo como la inmaterialidad que trasciende y ocupa todo el espectro del tipo penal, el cual se concreta en el o los objetos sobre los cuales recae la acción material del ser humano. Son los intereses sociales reflejados en valoraciones que el legislador recoge o mejor dicho eleva a categoría digna de protección y que están orientadas a brindar amparo legal a cosas o ideas que la comunidad desea conservar

o proteger.³⁶ Al respecto, el Profesor Roxin precisa que el Bien Jurídico se constituye como un límite al derecho penal material, aseveración que a nuestro entender destaca los roles de ultima ratio y naturaleza del ius puniendi del derecho penal, puesto que la pena es el resultado impuesto por el daño social causado a los bienes que la sociedad valora y que requieren especial protección frente a los atentados de las personas naturales y jurídicas.³⁷

En la doctrina nacional sólo en los últimos años se han expuesto esbozos de conceptos más o menos generales sobre los bienes jurídicos en materia sexual.- El desafío se agudizó a la hora de plantear definiciones amplias aplicables tanto a los adultos como a los menores de edad; porque la libertad sexual dispuesta por un adulto, salvo limitaciones de índole intelectual, comprende aspectos psicológicos de connotación distinta para unos y otros.

Como primer elemento, sin que ello nos lleve a confusiones, ha de sentarse que la Libertad como manifestación de la disposición de la voluntad libre y espontánea de autodeterminación de las personas, es un valor intrínseco e idóneo que subyace en esta materia. Como una aproximación hipotética a esta situación tal vez la respuesta sea la tradición histórica y carga espiritual del Cristianismo en la tradición codificadora importada a América. Es decir, sostenemos que el concepto natural de libertad en los términos apuntados es común a la Libertad como a la Indemnidad Sexuales, pero que abarca dimensiones distintas.

Si bien algunos autores como el Profesor Luis Rodríguez Collao cuestionan la Libertad como el fundamento de la vocación del legislador, lo cierto es que la

³⁶ MUÑOZ Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, Sexta Edición, Editorial Tirant Lo Branch, Valencia, España, año 2004, pp. 260-261.

³⁷ ROXIN, Claus, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL. FUNDAMENTO. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO; Reimpresión, Madrid, España, Editorial Civitas S.A. año 1999, pp. 54-70.

autodeterminación del ser humano para disponer de su vocación sexual, es la razón de la protección legislativa como uno más de los aspectos del desarrollo personal.³⁸

El mismo autor se inclina finalmente por la Indemnidad Sexual, que no es otra cosa que la protección de la persona frente a la exposición de situaciones que afecten su desarrollo sexual como parte del crecimiento íntegro y maduro sin perturbaciones graves. Y aquí queremos sostener la diferencia entre ambos conceptos, pues la Libertad Sexual se refiere a la capacidad de dirigir la propia vocación personal para decidir cuándo, dónde y cómo ejercer la autodeterminación que permita disponer de la vocación sexual.- En tanto sostenemos que la Indemnidad Sexual se aborda más bien desde la perspectiva de la persona que, con o sin la capacidad de autodeterminación, no es conveniente para el desarrollo de su propia libertad enfrentarse a actos dañinos para el desenvolvimiento de la autodeterminación. Es decir, la indemnidad, no es la protección frente a agresiones de carácter sexual, sino la cualidad a través de la cual la libertad humana adquiere relevancia para amparar el desarrollo natural dirigido por la propia voluntad (libertad) para autodeterminarse en el percibir, sentir y querer en el propio desarrollo sexual.

Como está dicho, y aunque en las actas de los debates parlamentarios no hay un pronunciamiento expreso sobre el concepto de Bien Jurídico subyacente en las modificaciones legales sobre la materia, se deduce que el objetivo es la protección de los menores de edad frente a las agresiones sexuales. Según ya se mencionó las cifras recogidas arrojaban un alto porcentaje de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, sin considerar los actos no denunciados. De esta manera, en las modificaciones introducidas al Código Penal primero por la Ley 19617, y posteriormente por la Ley 19927, profundizaron este punto, por ejemplo, elevando de 12 a 14 años la edad de la víctima como límite para considerar válido (o, al menos, que hay consentimiento en materia sexual), y, en general, planteando un aumento de penas si se cometían contra menor de 14 años de edad.

³⁸ RODRÍGUEZ Collao, Luis, DELITOS SEXUALES, pp. 118-123.

Así, entonces la Ley 20084 vino a llenar un aspecto no cubierto por las modificaciones anteriores. En efecto, siempre se había pensado principalmente en las hipótesis de participación de Adultos en calidad de autores en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, pero faltaba resolver la situación de las relaciones de parejas entre pololos adolescentes cuestión que surgió durante la discusión del proyecto de ley de responsabilidad penal de adolescentes. Y fue así, porque la dinámica de las relaciones entre pololos se desarrollan de manera distinta a la asimetría que se plantea con la pareja de adultos, o si éste ejerce especialmente superioridad económica sobre la pareja menor de edad.

Desde esta perspectiva, sostenemos que el concepto de Bien Jurídico que proyecta el legislador en la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes es la Libertad Sexual. Si bien, a primera vista la Libertad Sexual es un principio que nace de la Libertad de libre albedrío de las personas, nos parece también que dicha libertad puede verse distorsionada en su ejercicio por la propia y particular etapa de desarrollo intelectual de la víctima como también por su situación de vulnerabilidad frente a la dependencia socio-económica que le puede ofertar incluso otro menor de edad. En las relaciones de pareja de menores de edad con Adultos parece al menos discutible cómo el menor de edad puede ejercer su libertad sexual si depende económicamente de otro que le satisface sus necesidades básicas de subsistencia. En donde no puede haber Libertad plena de decisión, ya sea por condiciones de madurez intelectual o sociales o económicas, entonces el legislador debe brindar los resguardos legales para que los menores de edad no sean objeto de actos ilícitos que dañen, vulneren o desvíen su normal desarrollo o proyección personal y de libertad, de acuerdo a cada etapa de crecimiento. Y el sexo es una de las facetas de la proyección personal que se forma paulatinamente conjuntamente con cada etapa del desarrollo humano. Es allí, o sea, en la vida sexual de los adolescentes donde la Libertad Sexual, es tanto o más compleja que la indemnidad sexual, si la entendemos como el estado integral de

las personas para conducirse hacia su pleno desarrollo físico y emocional exenta de daños o agresiones, parece ser el ideal social de protección legal.³⁹

En las relaciones de pololos la situación es distinta. Víctima e imputado carecen de la plenitud intelectual que la participación de un Adulto distorsiona en las relaciones asimétricas, en todo sentido, con un menor de edad. Entonces, en las relaciones de pareja entre pololos adolescentes la Libertad Sexual cobra real expresión y refleja con mayor fidelidad la realidad en la forma de relacionarse de los jóvenes hoy en día. En este sentido, disintimos del Profesor Luis Rodríguez Collao cuando sostiene que en los delitos sexuales que afectan la esfera individual, como lo es la Violación o el Abuso Sexual, en algunas hipótesis el ilícito se configura igualmente con independencia de la manifestación de voluntad de la víctima, por lo que concluye que la Libertad no es el bien jurídico que se protege. El delito es una vulneración o restricción a las libertades ajenas, y si el legislador prescinde aun de la voluntad de las víctimas en determinadas circunstancias para configurar el delito, lo estima por razones de política criminal, porque la voluntad de la víctima aun en condiciones normales puede estar viciada o distorsionada por el desarrollo emocional, psicológico, cultural o social del adolescente. Como intentamos exponer sucintamente en estas líneas, las relaciones personales y afectivas entre los adolescentes no puede analizarse según los mismos parámetros que de los adultos, y de ahí la naturaleza especial de la Ley 20084.

El artículo 4 en estudio se refiere específicamente a la forma de abordar y resolver jurídicamente el tema de determinados delitos sexuales entre adolescentes, excluyendo la perspectiva y metodología desde la mirada unilateral de los adultos.

3.3. Características del artículo 4 de la Ley 20084.-

³⁹ RODRÍGUEZ Collao, Luis, DELITOS SEXUALES, pp. 123-128.

Antes de profundizar sobre la naturaleza jurídica del artículo 4 de la Ley 20084, es necesario analizar los aspectos fundamentales e hipótesis que contiene dicha disposición legal. La norma en cuestión señala expresamente 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 y 366 quater del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella 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”.

Sin profundizar por ahora en la naturaleza de la regla especial de la Ley 20084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes adelantaremos los aspectos fundamentales que se desprenden de su sola lectura. Primeramente, hay que destacar que por la especialidad de la ley en esta materia, la regla que se precisa para los delitos sexuales que contiene taxativamente la disposición legal, por prohibición constitucional no crea nuevas hipótesis ni aplica analógicamente los tipos penales especiales ya existentes en el Código Penal sobre la materia. Y de hecho, como ya se mencionó anteriormente, el mismo artículo 1 de la Ley 20084 hace aplicable supletoriamente las normas del código punitivo, con las observaciones y en el sentido que hemos expuesto en este trabajo.

Como hemos visto, y según las propias fundamentaciones estadísticas de los proyectos de Ley y Mociones Parlamentarias en materia de delitos sexuales, el porcentaje de menores de edad como víctimas en este tipo de delitos era un dato no menor a la hora de tomar decisiones de política criminal en este sentido.⁴⁰ Sin

⁴⁰ En tal sentido el Mensaje Presidencial de fecha 03 de agosto del año 1993, a la luz de las conclusiones del estudio “La Violencia sexual en Chile, dimensiones colectiva, cultural y política”, de la Dirección de Estudios Sociológicos de Universidad Católica de Chile, DESUC, del año 1992, decía: “a) La proporción de hechos no denunciados, que si bien es relativamente incierta por desconocerse la cifra oculta, puede estimarse razonablemente que fluctúa entre el

embargo, hay que hacer presente que tales estadísticas no profundizan sobre la participación de menores de 18 años en delitos sexuales. Pues bien, el artículo 4 de la Ley 20084, anticipándose a este hecho y planteando el problema de la participación penal de menores de edad resuelve como criterio básico de política criminal que no puede “procederse penalmente” si la víctima es menor de 14 años de edad y existe cierta diferencia de edad con el imputado menor de edad en los delitos tipificados en los artículos 362 (violación de persona menor de 14 años de edad), 365 (sodomía), 366 bis (Abuso sexual contra menor de 14 años de edad), y 366 quáter (exposición de persona menor de 14 años de edad o entre 14 y 18 años de edad a actos de significación sexual) de 02 años si se trata del delito de violación y de 03 años e los delitos de sodomía, abuso sexual contra menor de 14 años y exposición de persona menor de 14 años de edad o entre 14 y 18 años de edad a actos de significación sexual.

La norma en estudio precisa, además, que en dichas hipótesis no deben concurrir las circunstancias de comisión descritas en los artículo 361 (fuerza o intimidación, si la víctima se halla privada de sentido, o presenta en los hechos incapacidad para oponer resistencia, o se abusa por parte del imputado de la enajenación o trastorno mental de la víctima), ó 363 del Código Penal (si se abusa de anomalía o perturbación mental de la víctima, o de la relación de dependencia de la víctima, o del desamparo grave de la víctima, o si se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual). De la relación taxativa del artículo 4 de la Ley 20084, se deduce, a contrario sensu, que hay otros tantos tipos penales no incluidos por la norma en cuestión. En otras palabras, de los tipos penales de delitos sexuales, el legislador resolvió incluir sólo una parte de ellos como regla general en el artículo 4

75% y el 90%, especialmente respecto de los menores, los que probablemente protagonizan, como víctimas, más de 20.000 episodios de violencia al año; b) La baja edad de las víctimas de los delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos, las que en un 71,5% son menores de edad y un 7,3% de esa cifra corresponde a menores de 4 años; el 31% corresponde a menores de 9 años y el 57,3% corresponde a menores de 14 años. c) Las frecuentes vinculaciones de parentesco, amistad o simple conocimiento entre el sujeto pasivo del delito y el victimario representan el 71% de los casos. Además, los casos de padres y parientes alcanzan casi al 30%.”. En HISTORIA DE LA LEY N° 19.617, pág.7.

de la Ley 20084, y específicamente, como ya está dicho, los relativos al Párrafo 5 y seleccionado algunos del Párrafo 6 del Título VII del Código Penal. En este sentido, como el mismo epígrafe del artículo 4 señala que dispone una regla especial para los delitos sexuales, por tanto, se deduce que no hace referencia, excluyéndose, entre otros, el Aborto (artículo 342, 343 y 344), Abandono de Niño menor de 7 y 10 años de edad, (artículo 346, 347, 348, 349 y 350 y 351), Abandono de Cónyuges (artículo 352), Usurpación de Estado Civil (artículo 354), Inducción de menor 10 años a Abandono del Hogar (artículo 357), además, del Abuso sexual calificado (artículo 365 bis), Abuso sexual contra persona mayor de 14 años de edad (artículo 366), Promoción y Facilitación de la Prostitución (artículo 367), y Obtención de Servicios Sexuales (artículo 367 ter). De hecho, se desprende que aún con las modificaciones legales posteriores, la redacción del artículo 4 no se vio afectada.

Comparativamente pudiera parecer a primera vista contradictoria esta técnica legislativa, en cuanto excluyó otros tantos tipos penales, pero no debemos perder de vista que el objetivo central de las reformas de los años 1999 y 2004 era brindar mayor protección a los menores de edad frente a las distintas modalidades de agresiones sexuales. Es más, incluso pudiera sostener el interprete que la libertad (indemnidad) sexual de la víctima es más importante que la vida del hijo que pudiera esperar producto de la violación, o que la victimización producto de la utilización para la facilitación de la prostitución. Sin embargo, salvo algunas cuestiones de incongruencia legislativa en cuanto a sus fines, el resto de los tipos penales no incluidos en la regla especial del artículo 4 de la Ley 20.084 se ajustarán plenamente a la persecución penal del Ministerio Público según las reglas generales, de lo que se colige que la diferenciación planteada por el legislador no se refiere a distintas valoraciones o jerarquizaciones de tipos penales sino a la necesidad de enfocar particularmente en determinados tipos penales la protección penal, siendo éstos los que reflejan o representan más fielmente las nuevas formas de relaciones entre adolescentes, incluyendo las relaciones íntimas a más temprana edad.

Sin embargo, lo anterior no queda exento de críticas. En efecto, y planteándolo desde un caso concreto, no se entiende por qué, a pesar de que pueden resultar los mismos efectos psicológicos provocados tanto en una víctima menor de 14 años y otra mayor de 14 años, siendo ambas objeto de un mismo tipo de acciones de abusos sexuales, el caso puede quedar exento de responsabilidad penal para el autor de 17 años de edad, obviamente si concurren las demás condiciones de exclusión de punibilidad penal en el primer caso, y procederse penalmente en caso contrario, siempre que la víctima sea mayor de 14 años de edad. A primera vista, la objetividad del límite de edad discrimina las situaciones fácticas a las cuales aplicarse la regla de exclusión de punibilidad del artículo 4 de la Ley 20.084, separando casos susceptibles de su aplicación, pero lo que sostenemos es otra cosa: ¿cuál o cuáles fueron los fundamentos para incluir sólo algunos de los tipos penales en la regla especial del artículo 4 de la Ley 20084?.

El Mensaje Presidencial de la Ley 20084, de fecha 02 de agosto del año 2002, inicialmente no contemplaba tal regla, sino que en su artículo 6 se refería a Infracciones Graves a la ley penal cometidas por un adolescente, y detallaba el Homicidio, la Violación, Secuestro y Sustracción de Menores, Robo con Violencia, y Lesiones Graves y Mutilaciones. En general, se estimó que eran los delitos de mayor frecuencia y que acarrearían penas privativas de libertad e internación provisoria durante la sustanciación de la investigación fiscal. El Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia aprobó incluir en grado de consumados los delitos de Robo con Intimidación, Robo con Fuerza en las cosas en Lugar Habitado, y Asociación ilícita de Tráfico de Drogas y Delitos Terroristas de la Ley 18.314, según su artículo 2 N°5, agregando que debían sancionarse, además, en grado de tentativa los delitos del Proyecto original.⁴¹ Como sabemos, el primer antecedente del artículo 4 surgió de una indicación del Presidente al Proyecto original incluyendo un nuevo inciso al artículo 6, cuyo texto se menciona en la página 9 de este trabajo.⁴²

⁴¹ Véase Proyecto de Ley aprobado en su Primer Informe por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, HISTORIA DE LA LEY 20084, pág. 201.

⁴² Infra, pp. 8-13.

4. IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE:

Las conclusiones vertidas en relación al Bien Jurídico tutelado en el artículo 4 de la Ley 20084, nos conduce simultáneamente a otro aspecto fundamental de sus particularidades. La Ley señala que regula la responsabilidad penal de los menores de edad por los delitos que cometan, según reza su artículo 1. En realidad, lo que sostiene esta disposición es que la Responsabilidad Penal se rige por las normas del Código Penal y la Constitución Política de la República, de manera tal que la Ley 20084 regula la forma en que dicha responsabilidad se hace efectiva según las propias instituciones y procedimientos. Sin embargo, de la tradicional enseñanza en la cátedra de los elementos de la Teoría del Delito, nos interesa desarrollar algunas ideas sobre la Culpabilidad en relación con la Imputabilidad y Responsabilidad Penal de los Adolescentes.

Primeramente, debemos señalar que para el Derecho Penal a través del análisis del juicio que se conoce tradicionalmente como de Reprochabilidad se determina finalmente si las consecuencias punitivas del acto han de radicarse plenamente en el sujeto autor del acto delictivo, o si concurren a su respecto circunstancias que la limitan o excluyen. Sin dudas, que la Culpabilidad no sólo es un ejercicio de interpretación y deducción de variables aplicables a una persona para el acto u omisión contrario a Derecho, sino que es el límite o la frontera de intervención del Derecho Penal que importa el respeto a las garantías de las personas. En general, los autores concuerdan en señalar que la Culpabilidad es el fundamento, límite y garantía de la Responsabilidad penal. Y no puede ser de otra manera por cuanto, en definitiva, la respuesta del Estado a través de sus mecanismos de control social han de recaer directamente en la persona que actuó dolosa o culposamente en el acto sancionado por el Derecho Penal.⁴³

⁴³ La Culpabilidad es uno de los fundamentos de la Responsabilidad penal y determina la intensidad y extensión de la sanción penal por el delito cometido. La doctrina la define a partir de un juicio de reproche. Pero en el fondo es el contraste entre el hecho cometido por una persona determinada y sus modalidades y lo que Derecho esperaba como comportamiento del autor en las circunstancias concretas, y según las posibilidades de acción en ese caso. Véase,

Ya entrada la vigencia de la Ley 20084, existía lo que se conocía como el Discernimiento. Si bien no era la solución ideal para determinar las condiciones que permitían definir si un menor de edad podía ser objeto de la persecución penal por parte del Estado, era el método conocido y que, por lo demás, había sido recogido en distintos sistemas jurídicos en América Latina. El Discernimiento, no estaba definido expresamente en la legislación interna, pero mezclaba características de un trámite procesal previo de procesabilidad penal y al mismo tiempo, buscaba definir el ámbito de la culpabilidad como requisito de imputación penal.

En términos generales, el Discernimiento consistía en el trámite procesal ventilado ante los Jueces de Menores y luego ante los Jueces de Garantía, que a través de una serie de actos aspiraba a determinar si el menor infractor contaba con la suficiente madurez intelectual para comprender las consecuencias jurídicas de sus actos, incluyendo las de naturaleza penal. De inmediato se desprende que la carga subjetiva tenía cada uno de sus pasos, si se quiere dejando la situación del menor entregado a un sistema que mezclaba la protección y manejo de personas consideradas como objetos de intervención social. Desde tal perspectiva el Discernimiento no era el instrumento técnicamente idóneo para determinar si concurría en el menor imputado la base de Culpabilidad necesaria para ser objeto de persecución penal. En consecuencia, si finalmente se concluía que el menor carecía de discernimiento, las consecuencias jurídicas de sus actos no serían cubiertos por el Derecho Penal, sino sólo a través del sistema tutelar que la Ley 16618 facultaba a los Jueces de Menores. La doctrina nacional compartía mayoritariamente esta apreciación.⁴⁴

CURY Urzúa, Enrique, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL; 7ª. Edición, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2001, pp.385-390. ROXIN, Claus, op. cit. pp.792-798.

⁴⁴ POLITOFF Lifschitz, Sergio, TEXTO Y COMENTARIO DEL CODIGO PENAL CHILENO, pág. 117.

Sin embargo, y a pesar de ser el único instrumento establecido en el sistema jurídico nacional para decidir sobre la situación procesal del imputado adolescente, se objetaba que carecía de un protocolo universal y objetivo a disposición de los operadores del sistema, que permitiera resolver el caso concreto con independencia de la condición social, cultural o económica del menor. Como fuera, y aportados los antecedentes e informes de los especialistas en el proceso, sólo el Juez de Menores y luego el Juez de Garantía decidía la situación procesal del imputado adolescente.

A partir de la calificación de discernimiento, se radicaban en el menor los efectos de la persecución penal, que curiosamente en el sistema inquisitivo eran ejercidos por el mismo órgano del Estado que ya había decidido si el menor carecía o no de dicha cualidad intelectual y emocional. De ahí que se criticaba asimismo este sistema porque si bien podía declararse al menor imputado sin discernimiento, empezaba a operar la intervención tutelar de la Justicia de Menores, que podía privar o limitar al menor imputado en sus derechos tanto como podía ocurrir en la Justicia del Crimen.

Pero tal pronunciamiento, conducía a un segundo escenario: el menor imputado capaz de enfrentar al ente persecutor, o al menos, a quien en un principio debía ejercer la acción penal en nombre del Estado, entiéndase Juez del Crimen y después al Ministerio Público, lo hacía sólo al amparo de la legislación procesal y penal establecida para los Adultos. En suma, las reglas generales sobre la imputabilidad penal era más exigente para los adolescentes que para los adultos puesto que una vez declarado el menor con discernimiento debía regirse como éstos a los principios del Código Penal para determinar su capacidad e imputabilidad penal. Es decir, en este segundo escenario el menor imputado debía demostrar que a su respecto concurría alguna de las causales que excluían o limitaban la culpabilidad.

El estudio doctrinal de la Culpabilidad principia en identificar como idea fundamental que la relación entre el sujeto autor y el hecho sancionado penalmente debe ser de tal manera correspondiente que no vulnere el conocido principio de no

hay pena sin culpabilidad. La Culpabilidad llega hasta donde el acto (omisión) está cubierto por la intención del sujeto, de manera tal que el derecho penal le pueda atribuir directamente sus consecuencias, siempre que tenga capacidad penal y no concurren las causales que excluyan dicha culpabilidad, o la limiten en su caso. Así, ya se había tratado de relacionar ambos aspectos desde un punto de vista psicológico y posteriormente normativo, pero si bien en el ámbito de la Culpabilidad se deben analizar las circunstancias que justifiquen o excluyan la imputabilidad, no debemos desconocer que la relación entre el sujeto y su acto delictivo, parten desde el análisis mismo de la Conducta, la Tipicidad y la Antijuridicidad.⁴⁵ La personalidad del autor está presente en todos los aspectos que sirven de fundamento a la Culpabilidad, aunque en ésta se produce el análisis final. Por qué? Según la doctrina más tradicional se señala que hay un vínculo psicológico atribuible al autor por su propio hecho a título de dolo o culpa, que nosotros llamaremos “estados de ánimo” por la básica neutralidad de los conceptos, y aunque por su distinta naturaleza, se estimaba que resolvían el problema ontológico de vincular el hecho y su autor. De lo anterior, se establecía en qué grado ha de verificarse la responsabilidad penal. Para quienes, el estado de ánimo no resolvía suficientemente todas las hipótesis de imputabilidad, por ejemplo, si el autor actúa bajo estados excepcionales de necesidad o motivado por la legítima defensa, también se ha sostenido que lo importante es verificar las circunstancias que rodearon el comportamiento del autor y qué le impulsó a vencer las prohibiciones del Derecho, actuando en forma antijurídica.

En principio, la teoría psicológica nos permite radicar (imputar, atribuir) los efectos jurídicos del delito en función de la imputabilidad hacia su autor, ya sea a título de Dolo o Culpa. En cambio, desde la perspectiva de la teoría normativa, y como infracción del deber frente al Derecho, la cuestión se resuelve bajo un juicio de reproche debido a la infracción de respeto al Derecho pudiendo el Autor haberse

⁴⁵ En tales términos, WELZEL, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN, 11ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 1970, pp. 211-214.

comportado de una manera distinta, o sea, conforme a lo que la norma dispone como conducta esperada de comportamiento.⁴⁶

La elaboración doctrinaria sobre la culpabilidad así planteada, ha evolucionado junto a la democratización de las estructuras sociales, que aunque más complejas, se han esmerado en reconocer y radicar en la persona el fin del Derecho en general, y del Derecho Penal en particular. Sin embargo, la generalidad de las teorías no siempre pueden satisfacer los casos especiales que por su naturaleza deben enfocarse de una manera distinta. Y específicamente, nos referimos a la capacidad de imputación penal en los adolescentes. No se discute que éstos, al igual que los adultos, pueden y deben ser sujetos de imputación penal, cuestión que como vimos relativizaba el juicio de Discernimiento, pero la cuestión es si lo serán con la misma intensidad que aquellos que cuentan con la suficiente madurez intelectual y emocional para enfrentar la imputación penal (derecho penal de adolescentes) y luego la persecución penal que se inicia en su contra (derecho procesal penal de los adolescentes).

Al igual que en los adultos plenamente capaces en materia penal, los adolescentes deben ser sujetos de imputación penal, en la medida que cuentan según sus características intelectuales y emocionales, con los elementos que les permita ser imputables conforme a esas particularidades. Así, por ejemplo, podría plantearse que el autocontrol o la internalización de los códigos o patrones de comportamiento social, ya sean culturales, religiosos o de educación formal, no están suficientemente aprehendidos en los adolescentes y que pueden conducirles a cuestionar, si no abiertamente a enfrentar, los patrones de integración social cuando por su propia

⁴⁶ En general, los autores coinciden en tales conclusiones. ETCHEBERRY, Alfredo, DERECHO PENAL, PARTE GENERAL, Tomo I, Reimpresión de 3ª. Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 270-277. POLITOFF Lifschitz, Sergio, DERECHO PENAL, TOMO I, Segunda Edición Actualizada, Santiago de Chile, Editorial Conosur Lexis Nexis, 2000, pp.311-320. POLITOFF, Lifschitz, Sergio; MATUS Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. PARTE GENERAL, Primera Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 243-252. Por ejemplo, el Profesor Eduardo Novoa Monreal habla más bien de Reprochabilidad, CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO, Tomo I, 3ª. Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, pág. 404.

etapa de desarrollo precisamente dichos patrones están recién en proceso de internalización. En resumidas cuentas, sin dejar de entender que la teoría general de la imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal son aplicables a todas las personas, podemos esbozar que debido a las particularidades de la etapa de desarrollo intelectual y emocional de los adolescentes éstos deben ser objeto de imputación penal desde una perspectiva distinta y con fines específicos.⁴⁷ He ahí la gran diferencia y particularidad del derecho penal de los adolescentes.

Esta cuestión no deja de ser sólo un tópico de análisis doctrinario, sino que adquiere nuevos límites por aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 20084. Como ya advirtiéramos en páginas anteriores de este trabajo, la supletoriedad al Código Penal no es sino una remisión directa a su texto, salvo los casos expresamente excluidos, de lo cual se incluye los respectivos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo Código. Y planteando derechamente el problema, nos preguntamos cómo se tratará la Culpabilidad de los adolescentes en relación a delitos contra la Seguridad Exterior e Interior del Estado, o en todos aquellos tipos penales que, sin exigir una cualidad especial del sujeto activo, por su gravedad exigen, además, Dolo directo. El Homicidio Calificado, el Secuestro, la Sustracción de Menores, el Robo con Violencia Calificado, el Parricidio, son de suyo tipos penales que sin perjuicio de los elementos propios de cada uno de los tipos penales, conllevan una exigencia mayor y específica de conocimiento y voluntad de realizar los elementos de los tipos penales, que requieren un elevado compromiso intelectual y volitivo de la acción ejecutada.⁴⁸

Uno de los aspectos centrales es analizar la dimensión del conocer y querer del adolescente en el acto que comete. La dimensión del conocer en delitos de atentados básicos contra la propiedad, como el hurto o el robo, puede acotarse a saber la ajenidad de la cosa sobre la cual recae la acción directa; pero en los tipos penales complejos o referidos a bienes jurídicos como la Fe Pública, la Buena

⁴⁷ COUSO, Jaime, LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES, pp. 276-285.

⁴⁸ POLITOFF Lifshitz, DERECHO PENAL, pp. 397-406.

Administración de Justicia, o algunas de las modalidades de Falsificación o Uso malicioso de Instrumento Privado, pueden conducir a hipótesis en los que el error o la ignorancia del imputado menor de edad puede representar un elemento central de la solución del conflicto penal. Lo anterior sin perjuicio de considerar los elementos propios de determinados tipos penales, que pueden ser de naturaleza normativa o valorativas, en los que se exige del autor no sólo una capacidad para conocer ciertas características del tipo penal, sino realizar un proceso intelectual que importa identificar los elementos propios de la cosa descrita en la ley penal. Desde esta perspectiva, también puede resultar de la mayor complejidad la comisión de algunos de los delitos especiales del Código Tributario.

En este sentido, el juicio de reproche al autor de un hecho sancionado penalmente significa en términos simples comparar la situación real enfrentada por el imputado y las expectativas que el Derecho exige a esa persona según las condiciones de conocimiento y comprensión del acto realizado. El conocimiento parcial de los elementos fácticos contenidos en el tipo penal (error de tipo) puede ser una cuestión cuya solución dependerá de la naturaleza de la circunstancia, siendo menos complejo si se trata de factores descriptivos, pero la solución respecto de los elementos de la prohibición o antijuridicidad (error de prohibición) se divisa menos pacífico. Si bien, para efectos de nuestro trabajo, prescindiremos de la discusión sobre los efectos de la evitabilidad o inevitabilidad del error, nos parece que el error del imputado adolescente recaído en determinados y específicos requisitos que configurarían la antijuridicidad del acto, debe ser tratado de manera especial en el marco de la Ley 20084. La aplicación directa de la parte especial del Código Penal, refuerza nuestra teoría en cuanto al tratamiento distinto en los Adolescentes sobre la forma de resolver político-criminalmente el conocimiento específico que debe presentarse respecto de algunos tipos penales. En términos concretos, estamos planteando que el reconocimiento de la capacidad que acarrea responsabilidad penal a partir de los 14 años de edad, puede producir mayores injusticias que en los casos de los adultos, ya que como dijimos, el imputado adolescente, según su nivel socio-cultural y desarrollo psicológico, se regirá directamente y le serán aplicables los tipos

penales del Código Penal, pero cuya dimensión fáctica y de la naturaleza del injusto, deberá resolverse según las reglas generales elaborados por la doctrina para los adultos.

Con la nueva reforma de la responsabilidad penal de los adolescentes si bien se eliminó el añoso trámite del Discernimiento, invirtiendo el enfoque sobre el fundamento del sistema al establecer que los menores de edad, sujetos de derechos, son también sujetos plenos de imputación penal, determinó aplicar la legislación penal de manera distinta a los imputados adultos. Nos parece incorrecta la afirmación popularmente difundida que señala que la Ley 20084 es benévola en relación a la legislación general de los imputados adultos, puesto que el diseño de las penas, la forma de determinarlas y las sanciones contempladas en ella, no están definidas porque la adolescencia sea un estado de aquellos que afecten la capacidad penal, sino porque si bien se aplica respecto de personas que están desplegando sus capacidades cognitivas y emocionales, éstos tienen plena capacidad penal según las reglas generales, pero que en virtud de su especial estado de desarrollo, cuentan con un régimen jurídico distinto, no benévolo, sino en tanto relativo a la edad. La fórmula acogida por el legislador en el artículo 21 de la Ley 20.084 consistió en mantener la regla del antiguo artículo 72 del Código Penal, hoy derogado, en cuanto, a aplicar la pena correspondiente a partir del grado inferior en un grado al mínimo de los que les señala el Código Penal para el delito respectivo. Pero, como dispone el artículo 20, las reglas a las cuales deberá ajustarse la determinación de la sanción definitiva del menor necesita volcarse hacia la intervención socioeducativa orientada a la integración social del Adolescente infractor. Aunque el texto de la Ley 20084 no sea expresamente claro, pareciera desprenderse que la condición de la minoría de edad del imputado es razón suficiente para considerar que la imputabilidad sufre modificaciones en estos casos. Y por lo mismo, en el artículo 6 establece sanciones especiales desechando las penas del Código Penal.

En fin, así postulamos que la Ley 20.084 carece de un pronunciamiento expreso y claro sobre la imputabilidad y culpabilidad de los adolescentes. Es así, que

recogiendo la aplicación de los tratados internacionales sobre la materia que hayan sido ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, la Ley 20084 busca en su aplicación el interés superior del adolescente. Es decir, si bien reconoce en plenitud los derechos de los adolescentes como tal sujetos del proceso penal, no resuelve adecuadamente la razón de la imputabilidad y culpabilidad penal de éstos. Esta situación imprecisa, entre otros aspectos, se desprende, por ejemplo, de la sanción de la Amonestación del artículo 8 o de la Prestación de Servicios en beneficio de la comunidad del artículo 11, los cuales requerirán la previa declaración y acuerdo, respectivamente, del adolescente mediante la cual debe asumir la responsabilidad en los hechos cometidos, y por otro lado, al tiempo en su artículo 7 se faculta al Juez de Garantía para decidir, según el caso, someter en forma obligatoria al adolescente a un tratamiento de consumo de drogas o alcohol, lo que nos parece un resabio del antiguo sistema tutelar de menores.

Cuando la ley precisa la forma en que ha de definir el Juez la sanción a aplicar al adolescente, señala en el artículo 24 una serie de elementos jurídicos que, para nuestros fines en particular, se refieren tanto a la naturaleza del delito como a la calidad en los cuales participó en ellos el adolescente. Sin duda, a través de ambos en especial se pueden definir reglas generales sobre la forma de determinar los elementos que caracterizan la imputabilidad y culpabilidad del infractor. Pero, igualmente se hace necesario hacer presente cómo se han de aplicar, evaluando su peso cualitativo, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, esto es, aquéllas de los artículos 10, 11 y 12 del Código Penal, especialmente cuando algunas de ellas requieren características o aptitudes personales del imputado, y con mayor razón cuando se trata de agravar la responsabilidad penal. En este sentido, nos parece que el carácter programático del artículo 29 de la Ley 20.084, sobre la especialización de los actores del sistema de justicia penal adolescente, la capacitación debe comprender no sólo el conocimiento y prevención de los factores criminológicos de la participación de menores de edad en hechos delictuales, sino, y especialmente, en lo que se refiere al estudio de la etapa de la Adolescencia en su conjunto.

Si la libertad es uno de los principios de la imputabilidad penal, que permite reconocer en los sujetos pasivos del proceso penal su capacidad para atribuir en la persona los efectos de los actos cometidos y que acarrearán sanción penal, entonces suponemos que la forma cómo se ejerce o dirige la libertad debe admitir matices entre los adultos y los adolescentes. En este sentido nuestro planteamiento es que si la ley 20084 reconoce las particularidades complejas de la adolescencia, se echa de menos un pronunciamiento de texto sobre tales cualidades, a partir de las cuales se corresponda un catálogo de sanciones equivalentes, evitando confusiones e inconsistencias como las que se han expuesto.

En suma, aún cuando la Ley 20084 no define expresamente cómo se evalúa y define la imputabilidad y culpabilidad de los adolescentes, la interpretación armónica y sistemática de su texto es importante insistir que el estudio por parte de los operadores del sistema desde un punto global, involucrando variables sociales, culturales, físicas, psicológicas de la Adolescencia podrá concretarse el sentido y alcance de la Ley a los casos concretos.

4. NATURALEZA DE REGLA DE EXCLUSIÓN PENAL DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 20084.

El artículo 4 de la Ley 20084 se ubica entre las disposiciones generales de su texto, de manera que ha de servir de orientación interpretativa no sólo para esta legislación especial, sino en términos amplios para el orden jurídico interno. En efecto, por la misma razón de ser Código Penal el cuerpo jurídico de carácter general y supletorio en el ámbito penal, el artículo 10 N°2 señala como causal de exención de responsabilidad a los menores de 18 años, los que en virtud de la especialidad de la Ley 20084, será la que regule la responsabilidad penal de los menores de 18 años y mayores de 14 que cometen o participan como cómplices o encubridores en hechos sancionados penalmente.⁴⁹ Desde este punto de vista, el artículo 4 bajo el epígrafe de

⁴⁹ En el Anteproyecto de Código Penal para Chile, al menos, expresamente y para evitar erróneas interpretaciones en su artículo 6 señala que: "Están exentos de responsabilidad

“Regla especial para delitos sexuales” define en términos expresos cómo y en qué casos se resuelve la situación de los delitos sexuales entre adolescentes, según la edad y tipos penales que la misma disposición señala. En esta parte de nuestro trabajo, intentaremos plantear la razón del establecimiento de tal disposición y, en definitiva, la naturaleza jurídica de la exclusión de pena que ella misma contiene.

4.1. Alcance de la expresión “no podrá procederse penalmente...”.

El artículo 4 de la Ley 20084, utiliza primeramente la expresión “no podrá procederse penalmente...” respecto de los casos en que concurra cierta diferencia de edad entre el imputado y la víctima cuando se trate de hechos que se encuadren en los tipos penales que la misma disposición contiene. Esta fórmula elaborada en forma imperativa e inequívoca, puede interpretarse en un doble sentido: 1) Existiendo en el Código Procesal Penal, la obligación de denunciar para determinadas personas que en razón de sus funciones o cargos públicos, éstos deben acoger las denuncias relativas a hechos relativos a delitos sexuales, aun cuando concurren las hipótesis del artículo 4 de la Ley 20084, por cuanto es obligación de los organismos competentes del Estado conocer de todas las denuncias de delitos cometidos al interior de su territorio, de manera que éste define por la Constitución Política el organismo llamado a conocer, investigar y calificar si tales hechos constituyen delitos, como asimismo, adoptar las decisiones que la misma Ley precisa para casos especiales. En este sentido, la ley sólo obliga o faculta a determinadas personas para conocer e inmediatamente denunciar ante quien corresponda los hechos constitutivos de delitos, pero la calificación y decisión sobre el mismo no corresponde a los particulares, sino exclusivamente al Ministerio Público. Esta nos parece debe ser la interpretación correcta.

penal, por sus acciones u omisiones: N°3: El menor de catorce años. La responsabilidad del mayor de catorce años cumplidos y menor de dieciocho se regirá por lo dispuesto en las leyes especiales dictadas al efecto”. ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL CHILENO DE 2005, ELABORADO POR LA COMISIÓN FORO PENAL. Volumen I, N°1, Junio-Julio año 2006, Talca, CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE TALCA, POLITICA CRIMINAL, pp. 1-92, UNIVERSIDAD DE TALCA, www.politicacriminal.cl

2) Por otro lado, podría plantearse que tal expresión se refiere a una renuncia en el ejercicio de la acción penal, una vez verificados los elementos de juicio, aunque como se desprende, es sólo una consecuencia de la primera interpretación. En otras palabras, el Ministerio Público, y no los particulares o determinados funcionarios públicos, es el llamado a determinar específicamente en qué condiciones y de qué manera se ejercerá la acción penal pública, y en consecuencia, recibida la denuncia, sea de aquéllas que en forma obligatoria ha sido acogida, o en forma facultativa según los casos que el Código Procesal Penal también menciona en su artículo 53, en relación con los artículos 173 y 175 del Código Procesal Penal, es el órgano persecutor que, evaluados los antecedentes, o incluso, luego que la investigación fiscal haya sido ya iniciada, podrá decidir no proceder penalmente en los delitos sexuales entre adolescentes. La conclusión anterior, por lo demás, y por razones prácticas, es la correcta, por cuanto, la investigación de los delitos o su desestimación sólo puede estar radicada en un solo organismo, que por mandato constitucional concentra las políticas estatales sobre la persecución de los delitos, y no puede quedar ésta actividad sujeta a la apreciación previa de los súbditos.

4.2. Alcance de la Naturaleza Jurídica de Exclusión de Punibilidad.

Como se ha sostenido en páginas anteriores, el alcance sobre la imputabilidad y culpabilidad de los adolescentes debe ser abordada desde una perspectiva distinta al enfoque tradicional de la enseñanza de nuestras aulas universitarias. Y ha sido el mismo legislador quien a través de la regla del artículo 4 de la Ley 20084 recogió esta situación. Sin embargo, a nivel de dogmática penal falta determinar cuál es su naturaleza jurídica. Veamos a continuación algunos planteamientos sobre este tema.

4.2.1. Artículo 4 Ley 20084 y Causal de Atipicidad:

Uno de los aspectos fundamentales en el estudio del Derecho Penal es la que se refiere al Tipo Penal y la teoría de la Tipicidad. La propuesta original de Ernst von

Beling era que la conducta sancionada debía estar de tal manera objetivamente descrita que sólo fuera sancionada penalmente aquélla que cumplía con los requisitos y elementos que la ley (el tipo) contenía expresamente. Incluso proponía que su valoración debía estar ajena a todo tipo de elementos subjetivos, resultando en definitiva que era solamente la actividad intelectual de comparación entre la conducta material y la descripción de la conducta contenida en el tipo.⁵⁰

Siendo el tipo penal el referente para calificar la adecuación de la conducta material, los autores certeramente distinguen entre el injusto penal, tipo penal y Tipicidad. El acto que es objeto de análisis por su indicio de antijuridicidad, debe ser encuadrado inicialmente en el tipo penal, actividad que se llama Tipicidad. El Derecho Penal selecciona determinadas conductas como atentatorias del ordenamiento jurídico, cuya primera evaluación es establecer si la apariencia indiciaria del injusto cumple íntegramente los requisitos exigidos en el tipo penal. En términos sencillos, el tipo penal es la descripción legal, precisa y clara, de los elementos objetivos y subjetivos de la conducta que el Derecho Penal ha decidido sancionar por su carácter de injusto.⁵¹

Asimismo, es fundamental recalcar que el Estado a través de sus procedimientos de derecho interno, establece la forma de origen y la proyección de los fundamentos de su política criminal; de manera que como garantía de los ciudadanos frente a la intervención del Estado, el proceso intelectual de encasillamiento de las conductas en el tipo penal se hace en referencia a lo descrito clara y previamente en él, análisis que permite brindar seguridad jurídica en la convivencia de los miembros de la comunidad, tanto a las personas naturales y

⁵⁰ El concepto de tipo penal de Beling marcó una etapa fundamental en la evolución del Derecho Penal. El purismo objetivo planteado por Beling fue cuestionado en la medida que no podía desvincularse totalmente la subjetividad del autor del hecho, al punto que posteriormente Mezger sostendría que la tipicidad era un indicio de la Antijuridicidad del hecho. En otras palabras, sólo en la Antijuridicidad y luego en la Culpabilidad se puede valorar, entendido como juicio de valoración y luego de reproche, la tipicidad del injusto cuestionado, tanto de sus elementos objetivos como subjetivos. CURY Urzúa, Enrique, Op. cit. pp. 277-279.- LABATUT Glana, Gustavo, op. Cit., pp.87-90, POLITOFF Lifschitz, Sergio, Op. cit. 2000, pp. 219-224.

⁵¹ POLITTOF, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, op. cit., pág. 185

jurídicas como a la actividad del Estado hacia sus súbditos a través de sus órganos de gestión.⁵²

En definitiva, a través de sus órganos de creación de normas jurídicas, es el propio Estado que determina qué conducta es delito, y bajo que condiciones o modalidades se estimará será sancionada. Por lo mismo, sólo será sancionado conforme a lo dispuesto en el Código Penal, aquella acción cuyo despliegue se encuadre estrictamente a lo que cada tipo penal señale, constituyéndose en garantía de control del orden social y garantía de la intervención del Estado en las libertades de los ciudadanos.

Finalmente, el encasillamiento de la conducta en la descripción de cada una de las hipótesis del tipo penal, es el proceso objetivo de subsumir las acciones de la conducta en la descripción previa y certera hecha por el legislador; y de no ser así la conducta será penalmente atípica. La conducta resultará atípica, luego de observada y analizada la atipicidad por el analista del caso. Y como detrás de este proceso interesa establecer comparativa y objetivamente si la conducta cuadra con aquélla que es objeto de la prohibición, el ius puniendi sólo llega hasta que esa comparación resulta ser exacta y positiva; de lo contrario, el Derecho Penal no podrá intervenir en esa situación cuestionada por la atipicidad de la conducta.

Con razón, los autores concuerdan en precisar que el tipo penal es garantía y control del poder social del Estado, y es el primer y fundamental filtro que opera para definir la antijuridicidad y posteriormente el grado de culpabilidad del autor.⁵³

Hechas estas prevenciones generales, debemos concluir que el artículo 4 de la Ley 20.084 no es un tipo penal, independientemente que sí los contiene, pero su función es precisar la decisión de proceder penalmente cuando se cumplen los requisitos fácticos que ella contiene en relación a sólo y determinados tipos penales.

⁵² NOGUEIRA Alcalá, Humberto, op. Cit., pp. 191-194.

⁵³ ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit. pág. 210-213. POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op.cit., pág. 185. NOVOA Monreal, Eduardo, op.cit., pp. 294-297. WELZEL, Hans, op. cit. pp.73-77.

En otras palabras, según el concepto de tipo penal y tipicidad entregados anteriormente, en realidad técnicamente no se trata de determinar si la o las conductas cometidas por adolescentes según las edades requeridas se encuadran en los tipos penales de delitos sexuales a que hace referencia, aunque por cierto se entiende que corresponde hacer dicho proceso al Ministerio Público, sino que específicamente se refiere sólo y exclusivamente a comprobar si concurre la diferencia de edad, entiéndase de 02 y 03 años según los casos, entre el imputado y la víctima. Así, la diferencia de edad es la que determina si ha de procederse o no penalmente en la investigación y Acusación de los delitos sexuales cometidos por imputados adolescentes, con el objeto de lograr su sanción mediante sentencia definitiva de los Tribunales competentes. Si concurre o no la diferencia de edad entre la víctima y el imputado no es problema de tipos penales y tipicidad, puesto que deben aplicarse plenamente los respectivos elementos de los tipos penales en cuestión (artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal), si no más bien el problema consiste en considerar dicha diferencia de edad para definir si se procederá penalmente en contra del imputado, o sea, iniciar la investigación fiscal correspondiente.

4.2.2. Artículo 4 Ley 20084 y Causal de Justificación.

En el estudio de la llamada teoría del delito, si la tipicidad puede arrojar un indicio, debe entenderse literalmente que es en relación a algo, ya sea una cosa, concepto o elemento, que le sirve de referencia a un resultado final. En este sentido, los mandamientos del Derecho Penal en particular, siendo prescripciones que orientan la conducta de las personas en determinados sentidos, de hacer o no hacer ciertas acciones, siendo entonces típicas, concluyen en un resultado representado en una sanción, que en el Derecho Penal, puede incluso, limitar o coartar ciertos derechos fundamentales como la Libertad Individual.

Toda acción realizada contra los mandamientos del Derecho penal resulta en su Antijuridicidad, de tal forma que la conducta realizada por el sujeto activo ha de resultar, al menos inicialmente y como resultado del análisis de la Tipicidad, en

antijurídica (contraria al Derecho), si se hace lo contrario a lo dispuesto en el tipo penal y no concurren circunstancias que excluyen esa Antijuridicidad.

Este proceso de cotejo con lo prescrito en la norma legal puede ser entonces sólo formal.⁵⁴ Esa valoración social hacia determinados bienes jurídicos debe traducirse necesariamente en una reacción contra el riesgo o daño de los mismos bienes estimados de protección por el Derecho, aunque la sanción puede variar según la rama del ordenamiento jurídico a que se refiere el ámbito de dañosidad de la conducta. En otras palabras, la unidad del Derecho reacciona con los medios proporcionales e idóneos que cada rama o parte de éste ha creado para reprimir los daños del injusto en el orden jurídico, y en dicho sistema, el Derecho Penal resulta ser la reacción última pero pudiendo ser la más gravosa.

La Antijuridicidad en el Derecho Penal puede verse anulada por la concurrencia de circunstancias conocidas como Causales de Justificación. Son éstas las circunstancias cuya presencia autorizan al sujeto para actuar sin recibir la sanción punitiva contemplada para ese tipo de actuaciones. Son acciones en principios típicas, pero que estimadas bajo ciertas y determinadas modalidades, tienen por objeto excluir la antijuridicidad del acto principal. Así, ante una agresión ilegítima en el cual no ha habido provocación previa del ofendido y éste se defiende con medios racionales sólo para impedir dicha agresión ilegítima, si bien está realizando los elementos del tipo de lesiones o amenazas, según el caso, está facultado por el Derecho para actuar de esa manera excluyendo la antijuridicidad de su comportamiento (artículo 10 N°4 del Código Penal). De la misma forma actúa amparado por el Derecho quien para evitar un mal mayor, que es ya inminente, causa otro mal contra la propiedad ajena con los medios adecuados según el caso y que resulta ser menos perjudicial que aquél que se trata de impedir (artículo 10 N°7 del Código Penal).

⁵⁴ En este sentido, los autores en general distinguen entre la Antijuridicidad formal, si el injusto penal es por sí contrario al Derecho, que ya de por sí representa una carga de contrariedad con el Derecho; o Antijuridicidad material, en la medida que ese mismo injusto causa lesión a los bienes jurídicos tutelados por el Derecho. La lesión de bienes jurídicos es, en definitiva, el daño a la confianza de la comunidad en el respeto común hacia las cosas que se quieren mantener como elementos de la paz social. Véase: CURY Urzúa, Enrique Op. cit., pp. 353-363, y LABATUT Glenda, Gustavo, op. cit., pp. 91-92.

Sin embargo a pesar de las interesantes discusiones doctrinarias, para efectos pedagógicos a nuestro parecer la Tipicidad y la Antijuridicidad son estados distintos de un mismo, continuo, sucesivo e ininterrumpido proceso de análisis, esto es, si el injusto, compuesto por actos materiales de conducta de una persona, se encuadra inicialmente en la descripción del tipo penal es sólo el encasillamiento en el marco fijado por el tipo penal, si se quiere un acto puro y objetivo; en cambio, y acto seguido, la Antijuridicidad es el instante o momento de verificar si el encasillamiento de la conducta en el tipo penal es contraria a Derecho por no concurrir en su análisis una causal de justificación. Por lo mismo, si ambas instituciones son partes distintas que conllevan a un resultado común, compartimos con aquélla parte de la doctrina que concluye que si la tipicidad fuera de la esencia de la antijuridicidad se mezclarían elementos de ambas instituciones confundiendo sus propios objetivos. Por lo mismo, no pensamos que la causales de justificación sean parte del tipo penal, en cambio, seguimos la propuesta de llamarlos elementos negativos del tipo, pues surgiría el absurdo o tautología de resolver un asunto de distintos objetivos en un mismo instante a partir de un mismo momento.

Por algo, algunos autores afirman que mientras el tipo penal fija el marco para denominar una conducta como típica, en forma conceptual, en la Antijuridicidad, al contrario, el objetivo es verificar en términos concretos si se excluye el carácter espureo del injusto penal resultante de lo anterior, y por eso se hace en un instante posterior, mas no simultáneamente.⁵⁵

Por otro lado, se afirma que las fuentes de toda causal de justificación emanan principalmente ya sea de la Ausencia de interés, de la Presencia de un interés preponderante y el legítimo ejercicio de un derecho o deber. Para efectos de nuestro

⁵⁵ La literatura sobre el punto es abundante. Véase, ROXIN Claus, op. cit. Sección Cuarta, pp.554-574. CURY Urzúa, Enrique, op. cit., pp.353-383. ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., pp. 229-237. LABATUT, Gustavo, op. cit., pp.91-111. POLITOFF Liffschitz, Sergio, DERECHO PENAL, pp.255-257; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia, op. cit., pp. 211-216; NOVOA Monreal, Eduardo, op. cit., pp.311-321; y MUÑOZ Conde, Francisco, op. cit., pp. 299-309. WELZEL, Hans, op. cit. pp. 74-78.

trabajo, podría plantearse incluso que la regla fijada en el artículo 4 de la Ley 20084, sería una causal de justificación. Rechazamos esta propuesta.

En primer lugar, reiterar que tal hipótesis surgiría desde que se verifica la diferencia de edad exigida entre la víctima y el imputado para los distintos tipos penales en cuestión, y los demás requisitos copulativos de exclusión. Dicho lo anterior, nos parece que el fundamento para este caso no existe, ni está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico, ni aun apelando a causales supra legales de justificación. Nos parece insostenible encontrar en la analogía el camino para hallar el fundamento de esta regla de exclusión, pues como se reconoce en la comunidad jurídica, las reglas de interpretación en materia penal deben responder a un sentido estricto de Derecho, cuyo sentido y alcance nace de la ley misma.

En segundo lugar, y aun cuando respecto de los delitos sexuales tratados en la forma y alcance que señala el artículo 4 de la Ley 20084, pudiera sostenerse que estamos en presencia de un caso de Ausencia de Interés, tampoco será éste el fundamento de esta supuesta causal de justificación. Abogan a favor de nuestra conclusiones de dogmática penal que como hemos sostenido específicamente en el marco de la Ley 20084 el bien jurídico protegido en este tipo de delitos es la Libertad Sexual.⁵⁶ En consecuencia, no podría sostenerse que en estas situaciones haya ausencia de interés, máxime si en algunos de estos tipos penales como en la violación de menor de 14 años, se configuraría el delito con prescindencia absoluta del consentimiento de la víctima. Nuestra apreciación es que si bien la dimensión psicosocial del Bien Jurídico en los delitos sexuales es amparar la libertad de las personas para desarrollarse con autonomía sin ser objeto de agresiones que vulneren la disposición de la víctima, la ley 20084 marca una clara diferencia con la legislación penal en general en Chile.

Aunque existen pocos pronunciamientos expresos sobre el valor del consentimiento o el acuerdo respecto de los bienes jurídicos, en general, es básico

⁵⁶ Infra, pp. 33.

dimensionar el impacto social que puede producir la manifestación de voluntad de afectar bienes jurídicos. En este sentido, y considerando simultáneamente la imputabilidad especial en el caso de los adolescentes como la naturaleza del bien jurídico amparado, no podría concluirse entonces, que haya ausencia de interés de parte de la víctima, pues se trata de un bien jurídico de gran valoración social. En este caso, pues el fundamento de la regla especial de exclusión de punibilidad del artículo 4 de la Ley 20084 no es la ausencia de interés, puesto que como hemos concluido no puede haber siquiera consentimiento o acuerdo sobre su disposición, sino que su raíz arranca de la ley misma por razones de política criminal.⁵⁷

En el marco de las relaciones sexuales entre adolescentes la legislación debía hacerse cargo de esta realidad pero no de la forma cómo se abordan los delitos sexuales en el Código Penal, sino entendiendo que los sujetos son menores de edad y que no puede haber más diferencia de edad que aquella que exige el artículo 4 de la ley 20084. Por ello, si concurren todos los elementos fácticos de las hipótesis de esta disposición legal, no podrá procederse penalmente, esto es, el Estado renuncia al ejercicio de la acción penal respectiva. Lo anterior, no hace sino reforzar nuestro planteamiento, ya que la renuncia a que se hace mención no responde a la existencia o ausencia de la voluntad de la víctima, sino a proteger la libertad sexual cautelando su disposición bajo ciertos márgenes, a tal extremo que según el caso no puede procederse penalmente o iniciarse investigación fiscal.

4.2.3. Artículo 4 Ley 20084 y Excusa Legal Absolutoria.

A veces el legislador, resguardando ya intereses superiores, fija para ciertos casos la renuncia a la persecución penal de determinados delitos. En efecto, la comisión de un delito siempre es una infracción al ordenamiento jurídico, máxime si asumiendo que conforme a las reglas generales sobre la materia el imputado cuenta con la plena capacidad y conocimiento para entender el significado de su acto

⁵⁷ Véase el interesante trabajo de RIOS Arenaldi, Jaime, EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL, N°1, Santiago de Chile, POLITICA CRIMINAL, CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE TALCA, año 2006, pp. 1-37, en www.politicacriminal.cl

pudiendo comportarse de la manera que el Derecho le exige, de modo que el delito es un hecho que violenta el orden jurídico. Sin embargo, por razones de política criminal en función del acto en sí mismo y la calidad de las personas involucradas por el delito se estima que debe excluirse la punibilidad del hecho delictivo. Postulamos que la naturaleza jurídica de la regla del artículo 4 de la Ley 20084 es de aquellas que se conoce como Excusa Legal Absolutoria. En términos generales, se trata de una circunstancia, personal o material, cuya presencia derechamente excluye totalmente la punibilidad del acto. No se desconoce la existencia del delito y sus efectos; se renuncia a la punibilidad en sí aun a pesar de su existencia. Quizás esa sea la mayor diferencia con las llamadas Condiciones Objetivas de Punibilidad, las que en virtud de comprobarse, concurriendo de manera independiente al injusto penal de que se trata, hacen que en definitiva se produzca la punibilidad del acto principal. Si bien ambas instituciones guardan relación con la punibilidad del injusto penal, también en ambos casos éste debe cumplir con todos los requisitos que merecen reparo penal. La diferencia que queremos destacar es que mientras en ésta última nos enfrentamos a la restricción de la punibilidad, o si se quiere, a la condicionalidad en la ocurrencia o no de un hecho objetivo totalmente ajeno al injusto penal de que se trata, sin ser parte o requisito de los elementos que componen el tipo penal principal, y, por tanto, que no está cubierto tampoco por el dolo del sujeto activo, en la Excusa Legal Absolutoria hablamos más bien de exclusión de punibilidad por razones político-criminales, que en razón de las características personales del sujeto fueron tenidas en cuenta por el legislador para sancionar o no el delito principal.⁵⁸

Sin perjuicio de lo anterior, y como ya esbozamos anteriormente en este trabajo, la imputabilidad penal de los Adolescentes debe ser abordada de manera

⁵⁸ En general, los autores coinciden en señalar que la exclusión de pena debe tener un origen legal, por cuanto se renuncia al ejercicio de la acción penal, detentada por el único titular que es el Estado. Como vimos, tanto en la Excusa Legal Absolutoria como la Condición Objetiva de Punibilidad afectan la punibilidad del injusto penal, mas no su existencia y requisitos, aunque suponen que ha de producirse.- Interesante es el postulado del Profesor Roxin al calificar en general a éstas como una cuarta categoría del estudio del delito. ROXIN, Claus; op. cit., Sección Sexta, pp. 969-977. Entre los autores nacionales, CURY Urzúa, Enrique, op. cit., pp.468-469; POLITOFF Lifschitz Sergio, op. cit., pp.495-497; POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ, op. cit., pp. 209-210 y 363-365; y NOVOA Monreal, Eduardo, op. cit., pp. 567.

distinta a la de los adultos. En otras palabras, la ley 20.084 eliminando el trámite del Discernimiento estableció la plena responsabilidad penal en Chile a partir de los 14 años de edad, y regulada de manera especial hasta los 18 años, lo cual no significa que se apliquen de la misma manera e intensidad los elementos de la Culpabilidad para este grupo de personas, sino que a partir de los mismos objetivos y el espíritu de la Ley se esboce y desarrolle un derecho penal para los adolescentes idóneo para el cumplimiento de esos mismos fines.

CAPITULO V: CONCLUSIONES.

A través de las distintas secciones del presente trabajo hemos expuesto diversos aspectos de las características de la Ley 20084 exponiendo finalmente un pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica del artículo 4 del mismo cuerpo legal. Así, podemos señalar las siguientes conclusiones.

1. La Ley 20084 marcó una diferencia sustancialmente distinta con la realidad de los menores de edad y su contacto con el mundo judicial, antes de su entrada en vigencia. Se ha transformado en el primer cuerpo legal en tratar de manera más acorde con los Tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, brindando de manera original nuevas formas de satisfacer la respuesta del sistema judicial chileno frente a la participación de menores de edad en la comisión de faltas y delitos.

2. Las principales características de la Ley 20084 se orientan especialmente en dos áreas: 2.1. Delimita claramente la forma de hacer efectiva responsabilidad penal de los adolescentes menores de 18 años y mayores de 14, y 2.2. Fija procedimientos especiales que amparan de mejor forma la representación judicial de los menores imputados ante la actividad del Ministerio Público.

3. Al mismo tiempo, y como hemos señalado adolece de algunas deficiencias en relación a algunos puntos específicos, como:

3.1. Desde ya nos parece que si bien a partir de la Ley 20084 es posible implementar las bases de un derecho penal de los adolescentes, con sus características propias desde el punto de vista sustantivo y procesal, la regla de supletoriedad definida en el artículo 1 inciso segundo, genera un campo de conflicto entre el sistema nuevo que se pretende implementar y la tradición centenaria del código punitivo.

4. A consecuencia de lo anterior, la especialidad de la Ley 20084 se refleja, en principio, en dos aspectos fundamentales:

4.1. El principio de Culpabilidad, uno de los pilares del moderno Derecho Penal, debe ser abordado asimismo como un pilar fundamental de la Ley 20084, aunque de manera distinta. En efecto, sólo considerando las peculiaridades del proceso de la Adolescencia y sus distintas variables desde el punto de vista psicológico y físico, nos permite esbozar como principio que el espíritu mismo y sentido de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes está en fortalecer la responsabilidad penal pero según los fines que ella misma postula, como el interés superior del adolescente (artículo 2), el desarrollo personal e integración social como parte de determinadas sanciones como la Libertad Asistida (artículo 13), y, en general de las sanciones propias de la Ley (artículo 20), o el fortalecimiento del respeto del Adolescentes por los derechos de otras personas como regla de determinación de las sanciones a imponer en cada caso (artículo 24 letra f).

4.2. La Culpabilidad en la Ley 20084 adopta un rasgo en concreto con la regla de exclusión de punibilidad o Excusa Legal Absolutoria del artículo 4. El legislador, a través de una regla de exclusión de punibilidad, que como veíamos es técnicamente una Excusa Legal Absolutoria, reconoce la problemática puntual de ciertas conductas sexuales entre los Adolescentes, descartando la punibilidad de esas conductas, si concurriendo las hipótesis de diferencia de edad entre la víctima y el imputado y tratándose de los tipos penales de violación, sodomía, abuso sexual contra menor de

edad y exposición de persona menor de 14 años de edad o entre 14 y 18 años de edad a actos de significación sexual. La temprana actividad sexual entre los jóvenes menores de 18 años es una problemática que cubre distintos aspectos de carácter social que influyen en la política criminal específica. El reconocimiento de límite en los 14 años para consentir en materia sexual fija de inmediato un criterio objetivo desde el cual se proyectan dos principios: 1) este límite claro y preciso permite definir un punto a partir del cual la víctima puede disponer en ciertas y determinadas conductas de relevancia típicas sobre su propia sexualidad; y 2) la Libertad Sexual es el bien jurídico que trasciende a la regla del artículo 4 dando sentido a su texto. Es decir, el ejercicio de la voluntad manifestada en materia sexual, pero sólo restringida a las conductas de los tipos penales que la norma legal menciona taxativamente, es un reconocimiento a la capacidad de los adolescentes para disponer en esta materia, constituyéndose por eso esta Excusa legal Absolutoria es una exclusión de punibilidad en razón exclusivamente de la calidad de las personas en cuya consideración fue redactada.

Bibliografía:

1. ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL CHILENO DE 2005, ELABORADO POR LA COMISIÓN FORO PENAL. Política Criminal, Volumen N°1, N°1, Junio-Julio año 2006, en CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE TALCA, www.politicacriminal.cl
2. BERRÍOS Díaz, Gonzalo. DERECHOS DE LOS ADOLESCENTES Y ACTIVIDAD PERSECUTORIA PREVIA AL CONTROL JUDICIAL DE LA DETENCIÓN, Revista de Estudios de la Justicia, N° 7, Santiago de Chile, año 2006.
3. LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE COMO SISTEMA DE JUSTICIA: ANALISIS Y PROPUESTAS, Berríos Díaz, Gonzalo; Política Criminal, Volumen 06, N°11, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A6.pdf
4. BUSTOS Ramírez, Juan: UN DERECHO PENAL DEL MENOR. Editorial Jurídica Conosur Limitada. Santiago de Chile.- Año 1992.

5. CERDA San Martín, Mónica y Rodrigo: SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES. Editorial Librotecnia. 2ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2007.
6. COUSO, Jaime: LA ESPECIALIDAD EL DERECHO PENAL DE ADOLESCENTES, FUNDAMENTOS EMPIRICOS Y NORMATIVOS Y CONSECUENCIAS PARA UNA APLICACIÓN DIFERENCIADA DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO; Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°XXXVIII, Valparaíso, Primer Semestre, Año 2012.
7. CURY Urzúa, Enrique: DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Ediciones Universidad Católica de Chile. 7ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2005.
8. ETCHEBERRY, Alfredo: DERECHO PENAL. PARTE GNERAL. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión 3ª. Edición. Santiago de Chile. Año 1999.
9. FISCALIA NACIONAL MINISTERIO PUBLICO DE CHILE. COMPLEMENTA INSTRUCCIONES GENERALES Y CRITERIOS DE ACTUACION RESPECTO DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES INFRACTORES Y DETENIDOS, Oficio 401, Julio 8 de 2005, en REFORMA PROCESAL PENAL, OFICIOS DEL FISCAL NACIONAL, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Primera edición, año 2007.
10. HISTORIA DE LA LEY N° 20.084. ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, 07 DE DICIEMBRE 2005, BIOLETA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE.
11. HISTORIA DE LA LEY N° 19.927, MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL, 14 DE ENERO 2004, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE.
12. HISTORIA DE LA LEY N° 19.617 MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y OTROS CUERPOS LEGALES, EN MATERIAS RELATIVAS AL DELITO DE VIOLACIÓN, 12 DE JULIO 1999, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE.

13. HORVITZ Lennon, María Inés: DETERMINACION DE LAS SANCIONES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y PROCEDIMIENTO APLICABLE, Revista de Estudios de la Justicia, N°07, Santiago de Chile, año 2006.
14. LABATUT Glenda, Gustavo: DERECHO PENAL. TOMO I. editorial Jurídica de Chile. 9ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2002.
15. MENSAJE 68-347, DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, www.bcn.cl/historiadelaley
16. MUÑOZ Conde, Francisco, y GARCÍA Arán, Mercedes: DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. Editorial Tirant Lo Branch. 6ª. Edición. Valencia. España. Año 2004.
17. NOGUEIRA Alcalá, Humberto: DOGMATICA CONSTITUCIONAL, Editorial Universidad de Talca, Marzo de 1997, Talca, Chile,
18. NOVOA Monreal, Eduardo: CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 3ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2005.
19. POLITOFF Lifschitz, Sergio: DERECHO PENAL. TOMO I. Editorial Conosur Lexis Nexis. 2ª. Edición Actualizada. Santiago de Chile. Año 2000.
20. POLITOFF Lifschitz, Sergio: TEXTO Y COMENTARIO DEL CODIGO PENAL CHILENO. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2003.
21. POLITOFF, Lifschitz, Sergio; Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia: LECCIONES DE DERECHO PENAL CHILENO. Editorial Jurídica de Chile. 1ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2004.
22. REGLAMENTO DE LA LEY 20084 QUE ESTABLECE UN SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADOLESCENTES POR INFRACCIONES A LA LEY PENAL, Decreto 1378, Fecha Publicación Diario Oficial de Chile, Abril 25 de 2007, www.bcn.cl/decretos/reglamentos
23. RIOS Arenaldi, Jaime: EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL, Política Criminal, N°1, Santiago de Chile, CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, UNIVERSIDAD DE TALCA, Año 2006, pp. 1-37, en www.politicacriminal.cl

24. RODRÍGUEZ Collao, Luis. DELITOS SEXUALES. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión de 1ª. Edición. Santiago de Chile. Año 2004.
25. SOBRE LA REGULACION DE LOS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL EN EL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL, Rodríguez Collao, Luis, POLITICA CRIMINAL, N°1, A 1, Santiago de Chile, Junio 30 del año 2006, <http://www.politicacriminal.cl>
26. ROXIN, Claus: DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS DE LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO. Editorial Civitas S.A. Reimpresión. Madrid, España. Año 1999.
27. WELZEL, Hans, DERECHO PENAL ALEMAN, PARTE GENERAL, Editorial Jurídica de Chile, 11ª.Edición, Santiago de Chile, año 1970.