

Los delitos sexuales como objeto de regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (el artículo 4° y sus problemas).

Carrasco-Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco-Jiménez, Edison (2007). *Los delitos sexuales como objeto de regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (el artículo 4° y sus problemas)*. Artículo originalmente publicado en Revista Procesal Penal, 70, pp. 9-34, Lexis Nexis.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/47>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/pmAO/8d7>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/264935899>

Los delitos sexuales como objeto de regulación de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (el artículo 4° y sus problemas)

Article · April 2008

CITATION

1

READS

449

1 author:



Edison Carrasco-Jiménez

Universidad de Las Américas, Chile

26 PUBLICATIONS 30 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



El concepto "especial" en el derecho chileno [View project](#)

#Doctrina

LOS DELITOS SEXUALES COMO OBJETO DE REGULACIÓN DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE (EL ARTÍCULO 4° Y SUS PROBLEMAS)

Edison Carrasco Jiménez¹

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto exponer de forma sistemática, no sólo el contenido de la disposición 4ª de la “Ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal” N° 20.084 y los fundamentos tenidos en vista por el legislador para su dictación, sino también expresar los problemas que han surgido de la interpretación de ésta, tanto por la doctrina como de las interpretaciones jurídico-penales del órgano persecutor chileno. Se analizarán por el autor dichos problemas y se hará una toma de postura de cada uno de ellos. Además se expondrán otros problemas que se han presentado en la inteligencia y alcances del texto, que permiten tanto apreciaciones político-criminales como dogmáticas. Se concluye expresando las propuestas que de “lege ferenda” se pueden inferir del análisis de la normativa.

1. EXPOSICIÓN

Se cierce el artículo 4° de la “Ley que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes por infracciones a la ley penal” N° 20.084 (en adelante LRPA), como una introducción legal de interesante perfil y de novedoso rostro para nuestro derecho, cuestión que la doctrina española reclamaba una norma de semejanza², no sin aprehensiones en su redacción, ni críticas en su posterior entrada en vigencia. Tiene, sin embargo, antecedentes en el artículo 609 quater del Código Penal italiano, en el artículo 187 N° 2 del Código punitivo suizo y el § 207 del Código del ramo en Austria³. Es uno de los pocos tópicos regulados por la LRPA, ajenos al tema de la penalidad, centro de los prioritarios desvelos de este cuerpo normativo. El artículo tratado reza lo siguiente: *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 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.*

Este artículo fue originalmente iniciativa del Ejecutivo, el cual lo agrega con posterioridad, al primitivo proyecto que se encontraba en trámites de discusión en el Congreso. No constituía un artículo, sino más bien un inciso 3° añadido al antiguo

artículo 6° (5° del proyecto que tomó tal numeración al reacomodar el texto el Congreso después de las observaciones de éste), el cual se refería al concepto de infracción. Este inciso fue aprobado por el Legislativo, tal como propuso el Ejecutivo⁴. Las discusiones posteriores de este inciso lo llevarían por diversos periplos⁵, hasta su redacción definitiva.

Se pretende con esta disposición, dejar fuera del control penal ciertos delitos sexuales, considerados como tales para la justicia de adultos. Estos delitos sexuales son aquellos en cuya comisión no están presentes la fuerza o intimidación o el aprovechamiento de una circunstancia permanente o transitoria que afecte la libre comprensión del significado del acto o conducta sexual. En suma, su pretensión es descriminalizar los actos sexuales consentidos entre un sujeto pasivo menor de 14 años y un sujeto activo sometido al rango etario de la LRPA, esto es, entre 14 y 18 años.

2. UBICACIÓN SISTEMÁTICA

Una de las críticas señaladas en los procesos de discusión de la ley, fue la ubicación sistemática de este artículo en la LRPA, previendo como mejor lugar para hallar morada, las normas generales sobre causales de exención de responsabilidad criminal en el Código Penal⁶, cuestión igualmente motivo de crítica y en idéntico sentido que el sostenido en sesión de ley, por el Ministerio Público en sus instructivos⁷. Para éste, el fundamento ha de encontrarse en el conocimiento del tipo “integral”⁸, conocimiento del tipo que se ve obstaculizado por encontrarse en cuerpos normativos diferentes. Cualquiera que sea la posición doctrinaria al respecto⁹, lo cierto es que existe una inconveniencia de un tratamiento de este orden. Dos consecuencias involucran esta ubicación sistemática:

a) *La descodificación de las normas penales.* Si bien, en un intento de especializar los cuerpos normativos se producen procesos descodificatorios¹⁰, no sólo conduce a un caos legislativo lo que redundará en aumentar el desconocimiento de la legislación penal, aun en los operadores expertos del derecho (como lo que ocurre con la proliferación de leyes penales en Italia, ante su histórica no inclusión en el Código Penal “Rocco”). Aunque podemos discutir los contenidos normativos, el caso español ha sido más bien de nueva codificación¹¹, o a lo menos una apariencia de devolver algunas legislaciones penales particulares al Código Penal¹², cuestión producida con su legislación del ramo de 1995.

La descodificación en el sentido del artículo 4° LRPA, no es más bien hacia una norma especializada, sino lo que es peor, hacia la descentralización de temas nucleares y que deben corresponder al tronco de la legislación penal de un Estado, como es del caso de causales de exención de responsabilidad criminal. Lo cierto es que esta descodificación produce un peligro para el mejor conocimiento de la normativa penal sobre exención de la responsabilidad criminal del adolescente por los operadores del sistema, sobre todo cuando el derecho penal se presenta como solución a los casos más graves, donde inciden en conculcar o no los derechos nucleares y las garantías fundamentales y concretas del ser humano. Cabe agregar que las legislaciones comparadas italianas y suizas, como más adelante se tocarán, han decidido tratar esta exención directamente en sus códigos penales, y con ello,

disminuir los grados de asistematicidad.

b) *Mensajes preventivo generales poco claros*: Consecuencia de lo anterior, se pueden presentar los problemas de ser los mensajes preventivo generales descritos en el tipo, poco claros, al encontrarse esparcido en otro cuerpo normativo, la causal de exención de responsabilidad criminal adolescente del caso¹³.

Ahora bien, de acuerdo a la regulación de esta norma, la ubicación más precisa en el Código Penal sería en las disposiciones comunes a los delitos sexuales que se consigna en el párrafo 7° del actual Código. Permite, como el resto de su clase – demás excusas legales absolutorias, quienes la disponen en las diversas normas comunes en los tipos respectivos¹⁴– ser sistemáticamente mejor distribuidas y mejor colocadas en sus nichos típicos o cuerpos de descripciones del mismo género. Esta es, además, la opción de la normativa penal comparada italiana, suiza y austriaca.

Es una cuestión a considerar para los efectos, bien, de reforma del Código Penal, bien, de elaborar un nuevo Código Penal. En este último caso, podría considerarse su inclusión al “Anteproyecto de Código Penal chileno del 2005” elaborado por la Comisión Foro Penal, en las disposiciones comunes de su párrafo 4°.

3. ALCANCES DEL ARTÍCULO

a. Tipo de norma

Claro está que la norma en cuestión constituye una disposición que exime de responsabilidad penal. Desde el punto de vista jurídico-penal, si por tipo de normas hemos de referirnos, las leyes han de distinguirse por una naturaleza imperativa o permisiva¹⁵. Respecto de las permisivas, mientras los más las acogen para conceptuar las causas de justificación¹⁶, los menos las rechazan desde la categorización de las normas penales¹⁷. Ninguna de estas posturas es contradictoria si estimamos que efectivamente las normas penales son imperativas o prohibitivas, miradas o elaboradas desde el seno de la vida civil, y de allí hasta el legislador (la ley penal no permite conductas de la vida civil). La descriminalización de una conducta la hace simplemente volver a la vida civil, sin ser aquélla una norma permisiva. Sin embargo, respecto de aquellas normas donde el núcleo conductual y típico no desaparece del ordenamiento jurídico-penal, sino que se mantiene, pero se levanta la incriminación y la pena en subespecies de aquella conducta, entonces sí que podemos hablar de normas permisivas. Esto sucede, por ejemplo, con las causas de justificación, y sucede también, con las excusas legales absolutorias.

La norma así del artículo 4°, es sin duda, una norma de carácter permisiva. Esto que parece obvio y sin necesidad de hacer la mención, puede ser confundido y necesario de aclarar, ante una interpretación equivocada que pueda hacerse de esta norma y su naturaleza permisiva, realizada por alguna doctrina relacionada sobre este punto como es del caso del distinguido autor Nicolás Oxman¹⁸. En primer lugar, este afirma un discurso ideológico garantista y liberal, respecto al ejercicio de la sexualidad por los menores y su relación con el derecho penal. En efecto, las primeras aproximaciones que efectúa es su crítica a la intromisión del Estado y al control de éste en pro de una moralización de conductas sexuales entre jóvenes,

ante que lesivas y efectivamente dañosas a bienes jurídico-penales, moralización que sería el aspecto oculto de la norma¹⁹. Así, y según Oxman, lo “*prohibido o permitido* depende de la comunicación e interacción con los demás”²⁰ y no de “discursos que intentan normativizar conductas sexuales mediante el Derecho Penal”²¹, e “imponer valoraciones de la sexualidad mediante el uso de la ley penal”²². Entonces, la norma del artículo 4º vendría a cumplir dichos parámetros, donde, por ejemplo, “nuevamente se criminaliza la sodomía por la sola circunstancia de la diferencia de edad”²³, concluyendo en relación a lo inferido de la norma “que no es posible afirmar que se tenga conocimiento exacto de lo que el legislador ha querido *sancionar*, ni mucho menos parece estar justificada en este caso la racionalidad de la intervención penal”²⁴ [el resaltado es nuestro].

Efectivamente podría ser cierto, aun compartiendo toda la argumentación de base, si la norma del artículo 4º fuese una norma prohibitiva o imperativa, o aún incluso, una nueva norma prohibitiva o imperativa que reformula las bases de una predecesora. Sin embargo, el artículo 4º ni prohíbe ni impone conductas, ni impone penas. El legislador con esta norma no ha querido ni criminalizar ni “ha querido *sancionar*” nada, sino eximir de responsabilidad penal por las razones que habremos de exponer. Por ende, su naturaleza, como causal de exención de responsabilidad penal, es ser una norma permisiva, que como tal, y dentro del esquema jurídico penal, descriminaliza ciertas conductas (dejando la conducta núcleo de la violación intacta), y retrae su acción punitiva respecto de aquellas conductas²⁵.

Los argumentos del autor, si pudiesen ser sostenidos, deberían ser conducidos en relación al sistema general de los delitos sexuales, en especial, a las normas del Código Penal, las cuales, sí que contienen prohibiciones o imperativos. Pero la norma del artículo 4º nada tiene que decir al respecto, porque al contrario, busca consagrar zonas de no intervención penal. Por ende, los argumentos para la desestimación del artículo 4º por el autor, por esta vía, estarían fuera de lugar, por confundir los planos básicos de la catalogación normativa sobre normas prohibitivas, imperativas y permisivas, y con ello, las categorías de intervención y retraimiento punitivo expresado en el código binario criminalización/descriminalización. Ya luego la afirmación del autor que el artículo 4º en comento, “*castiga* el pecado” por punir “el ejercicio libre de la sexualidad”²⁶ de los adolescentes, viene a añadir aún más, el grado de confusión referido.

Si desestimado esto como fundamento, igualmente la aserción de una posible inconstitucionalidad del precepto alegado por el autor. En efecto, como fundamento normativo señala la disposición del artículo 19º N° 3, inc. 7º, ya que “la descripción legal de la conducta punible no sólo carece de la determinación clara y precisa, sino además adolece de una considerable ambigüedad típica, de tal manera que no garantiza certeza de la función de motivación”²⁷. Necesario es aclarar que es el artículo 19 N° 3 inc. 8º quien establece la exigencia de determinación legal de la conducta, y no el inc. 7º, siendo más bien este referido al establecimiento previo de la pena, al delito al cual se asocia. Con lo cual existe un equívoco del autor al respecto, si de determinación legal y de inconstitucionalidad – donde tanto los fundamentos jurídicos esgrimidos como las normas invocadas deben ser coherentes y sustentables- se habla para su relación específica. Aún si se centrara en el artículo

19 N° 7 inc. 8°, no sería procedente, por no ser la norma de aquellas que establecen conductas típicas y descripciones legales que incriminen conductas.

b. “No se procederá criminalmente”

En primer lugar establece el artículo que *no se procederá criminalmente*, con lo cual es improcedente la acción penal respecto de estas conductas, quedando exento de responsabilidad criminal, el sujeto activo adolescente comitente. Al señalar la norma “no se procederá criminalmente”, el Ministerio Público afirma que siendo una norma penal, se utiliza una fórmula de redacción procesal, lo cual le quita claridad a la norma²⁸. Con ello comparte similitudes con disposiciones como la del artículo 369 inciso 4° del Código Penal, que pese a su ubicación, y aunque posee más bien una redacción procesal también es una norma penal e involucra y entraña, al igual que este artículo 4° según lo veremos, una excusa legal absolutoria²⁹.

c. Sujeto activo de la conducta favorecido con la eximente

En virtud de la ubicación de la norma dentro de la LRPA, entendemos que existe un sujeto especial, que es el adolescente infractor, cuestión que ni se menciona directamente en el artículo 4°, aunque podría deducirse de él por las diferencias de edad cronológica, si bien con no toda la amplitud de rango etario coincidente con el señalado por el artículo 3° de la LRPA (14-18), como se verá. Ahora dentro del ámbito de los delitos sexuales, es indiferente el sexo del agente, salvo tal vez para el caso del sujeto activo y de propia mano del delito de violación quien, y de acuerdo a nuestra opinión expresada en estudios anteriores, entendemos como único capaz de satisfacer el tipo penal a un hombre³⁰, aun cuando la diferencia en el caso en comento, sea irrelevante para efectos penales³¹.

d. Conductas objeto de la eximente

Los actos típicos que, eximiéndolos la LRPA, son tipificados en el Código Penal, serían:

- La violación impropia³², es decir, a menor de 14 años (art. 362).
- La relación sexual entre varones siendo uno menor de 18 años (art. 365).
- El abuso sexual de un menor de 14 años (art. 366 bis).
- Exposición de un menor a actos de significación sexual (art. 366 quáter).

Ahora bien, estos hechos cometidos por un adolescente necesitan ser efectuados sin alguna de las circunstancias señaladas en los artículos 361 y 363, esto es, sin:

- Fuerza.
- Intimidación.
- Privación de sentido.
- Aprovecharse de la incapacidad del sujeto pasivo de oponer resistencia.

- Abuso de la enajenación o trastorno mental del sujeto pasivo.
- Abuso de una anomalía o perturbación mental menor en entidad que la anterior.
- Abuso de una relación de dependencia del sujeto pasivo.
- Abuso del grave desamparo del sujeto pasivo.
- Engaño al sujeto pasivo abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

Ahora bien, el sujeto pasivo de esta conducta sería una menor de 14 años, con la salvedad que hace la parte final del artículo 4º de la LRPA, esto es “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”.

La primera cuestión que surge es la diferencia o “asimetría de edad”³³ entre el sujeto pasivo y activo para la delimitación de la exención de responsabilidad criminal, la cual se expresa en dos rangos etarios asimétricos. Existe diferencia, con la legislación comparada del ramo, donde, por ejemplo, el artículo 609 quáter inciso 2º del Código Penal Italiano³⁴, sólo establece un rango asimétrico de no más de 3 años de diferencia³⁵, o en el artículo 187 Nº 2 del Código penal Suizo, en el cual igualmente se consigna un rango de 3 años, en las infracciones contra la integridad sexual³⁶. No vemos razón, y aún en la revisión de los fundamentos de las conductas que suponen descriminalizarse, para establecer dos rangos asimétricos distintos, debiendo haberse utilizado, como en las legislaciones comparadas y como se hizo ver en sesión de ley³⁷, sólo un rango estándar.

En la primera sección el legislador expresa su intención de hacer efectiva esta exención cuando el sujeto activo tuviese una diferencia de edad menor a dos años con la del sujeto pasivo en los casos en que exista *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal*, o sea, la conducta típica del delito de violación. Así el sujeto activo adolescente que tiene relaciones sexuales con un menor de 14 años sin las circunstancias ya señaladas, y teniendo el sujeto activo una diferencia menor a dos años con aquél como mínimo, se encuentra exento de responsabilidad criminal.

El legislador hace uso de la frase “a lo menos” lo cual entendemos se refiere que debe existir una diferencia no mayor de dos años, interpretación que tiene sentido en relación con la equiparidad en las inexperiencias del sujeto activo y pasivo, y por ende, lejana al abuso de la inexperiencia del sujeto pasivo por parte del activo, criterio considerable en las figuras penalizadoras de la conducta sexual y aun en la exculpación jurisprudencial vía error de prohibición³⁸. De cualquier forma la redacción es accidentada y poco llana³⁹, sobre todo en este punto, pudiendo haber utilizado formas menos ásperas y más comprensibles, como la descripción italiana y la suiza, donde ambas son expresadas en la fórmula “no será punible si la diferencia de edad es”. Aquí se parte de la exención de responsabilidad criminal, afirmando su no procedencia (que ya es una excepción a la regla general dentro de la técnica legislativa penal), para luego negarla si se dan ciertos eventos (o sea, excepción de la excepción: la regla general), lo cual nos parece confusa y literariamente retorcida.

La segunda sección de esta parte es la frase “o de tres años en los demás casos”. ¿A qué se refiere con los demás casos? Con la primitiva redacción del artículo donde sólo hacía referencia genérica a los delitos *contemplados en los párrafos 5º y 6º del Título VII del Libro II del Código Penal*, se suscitó la crítica sobre la defectuosa y errónea redacción del inciso, sobre el verdadero alcance y sentido del texto legal⁴⁰. Al agregar la Comisión la referencia precisa a los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal, la cuestión pareció haberse zanjado. Debido a ello, los otros casos habrán entonces de referirse a todos lo que contemplados en el artículo 4º, no sean de aquellos señalados en el artículo 362. Por tanto, se refiere a aquellos casos de sodomía (365), abuso sexual de un menor de 14 años (366 bis), exposición de un menor a actos de significación sexual (366 quáter), en los cuales el sujeto pasivo sea un menor de 14 años y el sujeto activo un menor de 18 mayor de 14, siempre que exista una diferencia de edad no mayor a tres años⁴¹.

Según la doctrina italiana, se dificulta en la práctica la determinación de la edad, en un primer momento, ya que la partida de nacimiento determina si es punible o no el hecho⁴². Lo cierto es que en Chile bastaría el certificado de nacimiento, o si el Fiscal lo requiere, aun cuando más engorroso, la partida de nacimiento del menor. El problema se suscita, puesto que una de las finalidades del sistema penal adolescente, es la desjudicialización del menor. Sin embargo, a través de las pesquisas sobre la edad, tanto del supuesto sujeto pasivo como del activo, sino una judicialización a lo menos arroja la percepción de los adolescentes que su situación efectuó una entrada al sistema criminal, lo que por vía indirecta, se desvirtúa una de las aspiraciones del sistema. Sobre esta materia, no resta sino a los operadores del sistema (policía, Fiscales) una actuación rápida y con el mayor tacto posible.

3. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL EN LA DESCRIMINALIZACIÓN DE LA CONDUCTA

No es un misterio que la iniciación sexual de los jóvenes cada vez se ha hecho más prematura en la sociedad chilena, y así lo demuestran estadísticas, estudios y opiniones sea de la sicología⁴³, de la medicina⁴⁴, la sociología⁴⁵ o la educación⁴⁶. La ley no puede ser ajena a dicho fenómeno, ni desconocer una situación ya producida socialmente. Interesante es presenciar el debate que se originó en la discusión de la ley N° 19.927, en relación al aumento de edad de 12 a 13 años originalmente rechazado, pero que, como sabemos, posteriormente se acogería elevar el límite aún a 14 años como aparece luego modificado el Código Penal por el artículo 6º de la ley N° 19.927. Las opiniones vertidas en dicho debate, con una sola excepción⁴⁷, eran opuestas al incremento del margen etario. Tenían éstas por fundamento casi unánime, el rechazo a la intromisión del derecho penal en la libertad sexual de los adolescentes quienes se relacionasen en ese plano, sin que obviamente existieren las circunstancias propias de la violación del artículo 361, ni las del artículo 363 del delito de estupro.

Es así como el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en segundo trámite constitucional, consigna la opinión del Director del Instituto de Criminología, Elías Escaff, quien manifiesta la realidad de esta precocidad en las relaciones sexuales, pero por otro lado, “hizo ver la necesidad

de permitir a los jóvenes que determinen con libertad el inicio de su sexualidad, ya que restringirla constituiría el reconocimiento de que son incapaces de adoptar sus propias decisiones y asumir las consecuencias de su conducta (...) se requiere darles responsabilidad, evitando medidas paternalistas o autoritarias. Podría producir efectos muy graves penalizar las relaciones sexuales con personas de 13 ó 14 años, que pueden ser “pololos”, especialmente si se tiene en cuenta la sanción asignada a esa conducta”⁴⁸. En sentido similar se pronunció el Senador Espina, el entonces Ministro de Justicia Luis Bates, los representantes de CONASIDA, y el profesor de derecho penal Héctor Hernández, para el cual el elevar el límite de edad “significaría criminalizar de manera excesiva” conductas que incluso, un sector de la población consideraba normales⁴⁹.

Es decir, y como se ha de notar, las opiniones no se conducían tras el límite de edad en sí mismo y como barrera criminal, sino más bien por la inconveniencia de la penalización, ante el claro hecho de las relaciones sexuales “consentidas” que se producían entre adolescentes.

Dado al aumento del límite de edad que posteriormente se produce, no quedan sin sentido las discusiones de la Ley referida, viniendo a recaer los argumentos captados por dicho debate y que reflejaban la opinión generalizada de la comunidad legal y científica sobre el respecto, en los fundamentos tenidos en vista por la ley N° 20.084.

En efecto, no es en el proyecto enviado en el Ejecutivo donde se contenga una norma que recoja el debate anterior, sino más bien en una indicación del Ejecutivo al primitivo artículo 6° del proyecto que regulaba el concepto de infracciones de la ley en discusión⁵⁰, con el fin de adicionar un inciso que es semejante al que aparece hoy en el artículo 4° de la ley. Las razones esgrimidas para su inclusión no fueron diversas de las que se sostuvieron con motivo del debate ya aludido de la ley N° 19.927. Es así como las relaciones consentidas entre adolescentes son la principal preocupación de la propuesta, estableciendo sí una diferencia de edad mínima entre ambos sujetos (activo/pasivo), para que no se entienda que ha existido algún grado de aprovechamiento por parte del sujeto activo y mayor en edad que la del sujeto pasivo en la conducta. Sin reparos la norma fue aprobada. Así la norma es entendida en los debates de la LRPA, como correctiva a “los problemas que introdujo la última reforma a los delitos sexuales”⁵¹ y que aumentó la edad del artículo 362 del Código Penal.

Estimando lo examinado, ciertamente se tenía en mente una suerte de “consentimiento”, o, como dice Carlo Moro, “válido consenso en el acto sexual”⁵² entre los sujetos de la relación, en especial del sujeto pasivo, ya que no existía ninguna de las circunstancias que suponen burlar o forzar la voluntad que da base al consentimiento. De ahí la razón de fijar diferencias estrechas de edad entre sujeto pasivo y activo: por estimar que existe un acto sexual consentido, donde el posible victimario no se aprovecha de la inexperiencia de su posible sujeto vulnerable, sino que ambos son más bien, iguales víctimas de la inexperiencia. Por ende, no es considerada una relación de necesaria verticalidad en la interacción sujeto activo por sobre el sujeto pasivo, sino más bien una horizontalidad en la

interacción y en el desarrollo de las conductas: ambas no son contradictorias, sino complementarias. La consideración es a la no existencia de una asimetría de edad ni una asimetría de poder, puesto que según Sánchez López, cualquiera de ellas que concurra afecta la “actividad sexual común”⁵³ por la diferencia en los grados de madurez biológico, psicológico y de experiencia, viciando “toda posibilidad de relación igualitaria”⁵⁴. Así sentencia Suarez en España estimando que “es político-criminalmente inadecuado penalizar las relaciones sexuales entre menores por su nula interferencia en su desarrollo personal, al no existir una ventaja mental de uno sobre otro, salvo casos extremos en la diferencia de edad”⁵⁵.

Puestas las cosas de este modo, el acto en cuestión, puede ser reprochable moralmente, pero de acuerdo al principio de mínima intervención, el derecho penal ha querido extraer dichas conductas del campo penal⁵⁶, estimando, como pondera la doctrina italiana, la irrelevancia social del hecho⁵⁷.

4. RAZÓN DOGMÁTICA DE LA EXENCIÓN

Cómo habría de traducirse dogmáticamente, el fundamento de política-criminal sostenido por el legislador, en la exención de responsabilidad ya expresado. Para nosotros, y como ya había sido manifestado anteriormente⁵⁸, la *ratio legis* se encuentra en que constituye una *excusa legal absolutoria*, del mismo modo que lo expresado por el Ministerio Público⁵⁹. En efecto, el legislador, como se desprende de la historia tanto de la ley N° 19.927 y de la propia ley N° 20.084 como ya se expuso, manifestó la inconveniencia de criminalizar tales conductas, puesto que en último término, se estaría penalizando la relación sexual consentida entre adolescentes, uno de los cuales es menor de 14 años y el otro mayor a esa edad.

Por ende, más por una “conveniencia político-social”⁶⁰ y por “estrictas razones de utilidad”⁶¹, se exime de responsabilidad penal al sujeto activo de este delito y se excusa por la ley dicha conducta, dado a que la ventaja penal en no criminalizar la conducta es mayor a la desventaja⁶² ventaja consistente en la desjudicialización del hecho y de su autor, traducido en menos costes personales al sujeto activo (incluyendo, como señala el italiano Ricciotti, el perjuicio para la exigencia educativa por el sometimiento al proceso penal⁶³) y a la supuesta víctima (costes penales, procesales, sociales y psicológicos), menos costes al Estado en la activación judicial y su sostén procesal; desventaja consistente en que a través de la penalización de la conducta se generen señales contradictorias del sistema al considerarlos delincuente y víctima a sujetos menores que consintieron en el acto (sobre todo si el fundamento para ellos ha sido el amor), costes personales y del Estado ya señalados.

Ahora bien, no obstante esta causal de exclusión penal, no puede, en todo caso, desconocerse, la conflictividad del Estado en el pesaje de estas conductas. Como lo ha señalado alguna doctrina italiana, la norma sacrifica el derecho a la intangibilidad sexual del menor sujeto pasivo para realizar una oportuna tutela del autor del hecho⁶⁴. Para nosotros cierto es el sacrificio del legislador, ponderación que efectúa como fundamento de la exclusión de penalidad, pero no en la dirección de la tutela del autor, dado a la no existencia de las tutelas omisivas. Donde el derecho penal se retrae, o aún el mismo derecho general, no podemos hablar que el sector desregulado se tutele. La finalidad del sistema para este caso es simplemente

descriminalizar la conducta por estimar el asenso entre los partícipes del acto, no para proporcionar de tutela al actor, ya que la descriminalización no supone tutela, ya que supondría que cada forma descriminalizadora implicaría dicha tutela. De cualquier forma si existe tutela, esta es más bien centrada en el sujeto pasivo. Ahora bien, más que solo sacrificio, y por ende abandono, es más bien consideración de una situación, integrando la consideración de la indemnidad sexual del sujeto pasivo. Esto porque si estimamos que el sujeto pasivo ha vencido amorosamente su voluntad al acto sexual con un par igualmente inexperto e involucrado sentimentalmente, libramos de castigo al adolescente sujeto activo, pero igualmente de victimización al sujeto pasivo. Ya la judicialización del conflicto no significa sólo castigar (y culpabilizar moralmente) a alguien que no considera su actuar delictivo, ni inmoral, sino igualmente, castigar y reprochar el “hacer el amor” imprimiendo en el sujeto pasivo y en el sujeto activo, señales contradictorias por el sistema, y generando, en el más puro sentido nietzscheano, una nemotécnica del dolor: la pena penal ha de recordarles que ese acto particular es reprochable jurídicamente, pero aun el acto en sí y en forma general, inmoral. Además se produce en el sujeto pasivo una victimización etiquetada, es decir, no por consecuencia del delito figurar como víctima, debido a que no siente ni que hubo un hecho delictivo (negativo, dañino, inmoral en último término) ni se siente víctima, pero que el sistema la trata y rotula de ese modo.

Según lo último dicho nuestro juicio es que se ha considerado entonces y como forma prioritaria de regulación la *relación penal* entre sujetos activo/pasivo, ya que no es simplemente la perspectiva del sujeto activo, esto es, el adolescente penalmente responsable, quien es motivo de central preocupación. Tampoco y simplemente el enfoque del sujeto pasivo es meollo del artículo, que quedaría en deuda si así fuese, por las implicancias victimológicas de la figura de la violación impropia y por el *principio de intervención protectora*⁶⁵. Por lo demás, si la descriminalización se centra sobre una suerte de consentimiento o válido consenso, desde la óptica del sujeto pasivo no es concebible, desde que la presunción *iure et de iure* elimina las consideraciones de una supuesta anuencia de la víctima al acto sexual, siendo el sistema (si se considera sólo esta óptica) incongruente.

Dado a la consideración de ambos *sujetos penales*, el énfasis está puesto en la *relación penal*, sostenida por el binomio jurídico-penal: el sujeto activo (el adolescente infractor según la ley N° 20.084) y el sujeto pasivo (menor víctima de violación según el 362 del Código Penal). Los vínculos personales (que suponen relaciones consentidas e incluso afectivas) y la consideración a la mínima diferencia de edad, son cuestiones que sin duda explican de mejor forma el fundamento de política criminal sostenido por el legislador.

5. CASOS ESPECÍFICOS DE LA EXENCIÓN: EL ART. 362 Y LOS “DEMÁS CASOS”

a. Situación del “consentimiento” o válido consenso en el acto sexual (relación con los artículos 362 del Código Penal).

La ley presupone un cierto “consentimiento” en el acto sexual o un válido consenso. Sin embargo, el tenor de la ley no lo expresa, lo cual podría dar lugar a

preguntarse si en vista de este motivo del legislador para descriminalizar la conducta, debería concurrir en la práctica un tipo de evaluación sobre el efectivo “consentimiento”, como a lo menos la doctrina italiana manifiesta, al señalar que la ley no exonera de responsabilidad criminal al autor, si el sujeto pasivo ha prestado su “consentimiento” de forma inocente, inconsciente o inexperta⁶⁶.

Lo cierto es que de la historia fidedigna de la LRPA en su artículo 4º, se infiere la intención del legislador de eximir las conductas en razón a diversos criterios, tales como la existencia de vínculos afectivos, el entendimiento, por parte del sujeto pasivo, de la normalidad en el acto sexual (por ende, no extraño, ni ajeno, ni irruptor), y un grado de responsabilidad en el actuar sexual. Más aún, la jurisprudencia nacional, para los casos de violación impropia, ha tomado en consideración, para absolver al acusado, el grado de madurez en el entendimiento del vínculo sexual del sujeto pasivo del acto, sus grados de desarrollo sexual, y la relación afectiva sostenida con el autor⁶⁷, cuestiones igualmente posibles de extensión para el caso.

Sin embargo tropezamos con un obstáculo no menor, y es que la ley sólo exige para la exclusión de penalidad, encontrarse en los rangos asimétricos y etarios determinados por la ley. ¿Cabe entonces hacer examen de este tipo de exigencias para liberar la conducta del hechor?

El problema estriba en el texto legal, en la descripción efectuada por el legislador, dado a que el artículo señala que no se procederá criminalmente, salvo que exista la diferencia de edad allí señalada, sin agregar nada más al respecto. Esto supone sólo la comprobación de la diferencia de edad, en cuanto no mayor de los rangos allí precisados, para determinar la exclusión de pena. En todo caso, el hecho que la norma haga un señalamiento de otras normas del sistema penal, las cuales no deben concurrir con su descripción típica en la subsunción del hecho (normas sobre la conducta de violación propia y estupro) para eximir de responsabilidad, supone que necesariamente se indague sobre el hecho, para comprobar si efectivamente no existieron las circunstancias que conformarían la responsabilidad penal. Por esta vía, tendrían lugar en forma implícita, los criterios señalados en la historia fidedigna y la jurisprudencia mencionada. Ello porque, para saber que no existe un abuso de la ignorancia o inexperiencia sexual, es necesario, fuera del desvalor de la acción del sujeto activo, entrar a determinar las circunstancias personales del sujeto pasivo, y la relación de éstas con las del sujeto activo, traducidas finalmente en la relación penal producida entre ambos. Con ello, son evaluadas las cuestiones que inciden sobre el “consentimiento” o válido consenso, que se encuentran finalmente inscritas en la historia fidedigna de la LRPA, y que la doctrina italiana demanda para su derecho.

b. Situación de “los demás casos” y problemática en su exención penal (art. 365, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal).

Sin embargo, nos parece que presenta algún tipo de problema la exención de la conducta vía este fundamento “en los demás casos”.

- *Situación del artículo 365 del Código Penal.*

El artículo 365 describe como conducta típica el acceso carnal a un menor de 18 años, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Para la exención se requiere una asimetría etaria de tres años, según el artículo 4° en comento. Sin embargo, el artículo 4° habla de menor de 14 años, para la exención de responsabilidad criminal, siendo que el artículo 365 incrimina en los casos en que el sujeto pasivo disponga entre 14 y 18 años. Así, y como bien señala el Ministerio Público⁶⁸, nunca podría darse la situación descrita en el artículo 4° de la LRPA, siendo una disposición superflua y sin sentido. Si pretenden incluirse las conductas del 365, debería eliminarse esta referencia a la menor edad, pero claro, aun si se considerase, sólo quedaría exento de responsabilidad el sujeto activo de 17 años, claro está, si entendemos que la situación del artículo 365 involucra al menor de 18 años como sujeto activo.

- *Situación del artículo 366 bis del Código Penal.*

El artículo 366 bis, sancionaría, por exclusión, los abusos sexuales. Siendo así parece de mayor fundamento y justificación que en la conducta de violación, su exención, de toda vez que son más frecuentes los tocamientos.

- *Situación del artículo 366 quáter del Código Penal.*

La situación del artículo 366 quater ya nos parece ser de sumo problemática. Nos centraremos en el análisis del inciso 1° y 2°, dado que el inciso 3°, como bien previene el Ministerio Público de la simple lectura del texto legal⁶⁹, excluye a los sujetos pasivos mayores de 14 años. Y aunque así hubiese sido, de todas formas no procedería, al incluir el artículo 4° comentado como presupuesto de su exención, la exclusión de las conductas realizadas bajo las circunstancias de los artículos 361 y 363 del Código Penal, circunstancias que son base para la tipificación del inciso 3° del art. 366 quáter.

El artículo 366 quáter contempla una sola conducta objeto de reproche: el acto de significación sexual que no medie contacto corporal (por ende, distinto del abuso sexual). Con esto se excluye tanto el acceso carnal como los abusos sexuales. Pero como objeto de reproche no sólo basta un acto de significación sexual sino es necesario que en la esfera de producción de dicho acto, se encuentre involucrado un menor de 14 años, en los casos descritos por el tipo respectivo. Así, el tipo presenta una sola acción (actos de significación sexual), y como acción, a realizar por alguien. Es en este punto donde es definido el sujeto pasivo, el que puede ser el destinatario de la acción, o bien, su ejecutor. El verbo “realizar” utilizado por la descripción típica marca no el verbo rector, sino el verbo de la acción en el sentido naturalístico. Por ello, el menor sujeto pasivo puede, bien presenciar los actos de significación sexual (ver u oír), o bien realizarlos él mismo (hacer). Desde la esfera del sujeto activo del delito: en un caso, la descripción típica castiga a quien realiza estos actos ante el menor, o bien, dispone que los presencie de otros que los realizan (pornografía, espectáculos vivos); en otro caso, dispone que el menor sea quien los realice.

Ahora bien, si el fundamento de la descriminalización de la conducta es el válido consenso de los actos sexuales, con clara exclusión de situaciones de abuso o

fenómenos corruptivos del menor, ciertas situaciones descritas en este tipo reñirían con el sano desenvolvimiento sexual del menor. Para apreciar las situaciones descritas por el 366 quáter como eximentes, debería tenerse en consideración el contexto en que las conductas han de producirse. Si la realización de actos de significación sexual por el sujeto activo, habría de tener lugar, en el contexto de un válido consenso con el sujeto pasivo (fundamento de la descriminalización) en la exploración sexual entre ambos, parece un tanto más explicable. Por ende, un acto desinvolucrado de esta premisa, como que el sujeto activo las realizara a su antojo y con el fin de provocar un nicho propicio actual o futuro en el sujeto pasivo que lo determine luego a disponer de su cuerpo sea para actos de significación sexual, sea para efectuar tocamientos o para ceder ante el acto sexual, es un hecho que vulnera el sano desarrollo sexual del sujeto pasivo y violenta su normalidad psicológica. Esto parece del todo repudiable, siendo sospechosa, por no decir inadmisibles, la exención de la conducta. En este caso, el contexto tiene relevancia esencial para evaluar la exención, fundado en los presupuestos que dispone el artículo 363, y que sirven para excluir la exención.

La conducta de determinar actos de significación sexual al menor, ya supone, según nuestro juicio, una acción valorada, y no simplemente una acción causal. Esto es, no una acción que propicia un actuar de otro sujeto, sino que subyace en él, algo de dominio en el menor, de manipulación, y por ende, cae dentro de los presupuestos de abuso y engaño del 363. Salvo que siendo sometida una conducta donde el sujeto pasivo estuviese realizando actos de significación sexual ante otro sujeto menor, habría de comprobarse que prácticamente la determinación del sujeto activo es casi una proposición, donde el sujeto pasivo cede con una total anuencia, dificultad que topa con la falta de experiencia y los pudores propios del menor sujeto pasivo.

El hacer ver y oír material pornográfico o espectáculos al menor, nos parece que en ningún caso debería servir para eximir la conducta. Si se expone a un menor a actos de significación sexual, haciendo uso de imágenes, no se ve fundamentalmente a menores teniendo relaciones (que puede ser –con lo cual es más réprobo el hecho– pero no se da en la mayoría de los casos), sino a adultos teniendo sexo, en formas desligadas de afectividad alguna, y en muchos casos sólo centrado en el coito con formas extremas o no naturales de comportamiento sexual. Lo mismo, si la exposición es a espectáculos vivos, aunque sean aparentemente de menor entidad, como en el caso de los *striptease*, los cuales no son acciones que importen sólo y simplemente despojarse de ropa. Dicha exposición a los tiernos años de la adolescencia pueden causar graves perjuicios psicológicos que distorsionará su realidad sexual, llevando incluso a enfermar su mente, o bien lo hará motivo de formas futuras de asociaciones sexuales espurias. Así como la memoria ha de retener con facilidad y por mayor tiempo en las horas primeras de la madrugada, así la memoria retendrá más en los primeros años y por más tiempo.

Ahora bien, donde exista un “otro” en las acciones de significación sexual que señala el tipo del 366 quáter, ya escapa a todo argumento en pro de la descriminalización, y subvierte groseramente todos los fundamentos en vista para la exclusión de pena.

En resumen y como corolario: el caso nos resulta enojoso, tratándose de la exposición del menor a actos de significación sexual, ya que éste que al parecer del legislador (o a lo menos es lo que logramos atisbar) como de menor gravedad en cuanto al desvalor del resultado, supone un efecto corruptor diferente a los casos del 362 que trata la LRPA. En efecto, para la existencia de un encuentro sexual, sean las caricias o derechamente el coito, se presentan una serie de barreras mutuas, tanto psicológicas como biológicas, que han de vencerse o superarse para llegar al acto sexual, lo cual exige necesariamente la voluntad del sujeto. En la especie, ambos adolescentes suponen, bajo las razones político-criminales, consentir en el acto, venciendo las barreras antedichas, con lo cual la voluntad del sujeto pasivo se encuentra involucrada en la realización de la conducta y no excluida (por su falta de voluntad) de ella. En cambio, en la exposición a actos de significación sexual, no necesariamente indica la existencia de consentimiento del sujeto pasivo, y en la mayoría de las veces puede efectivamente no existir. Si un sujeto de 16 años comienza a masturbarse frente a un adolescente de 13 años, puede no ser consentido, con lo cual se agrede a un niño de manera incluso más grave que un acto físicamente consentido. De igual forma si este sujeto de 16 años hace ver sobre todo material pornográfico, cuestión que es tremendamente vejatoria ya que afecta para toda una vida la forma de comprender el significado del acto sexual. Con lo cual, y como bien lo ha señalado ya el Ministerio Público, no responde a las mismas razones de política-criminal que en los casos de descriminalización de la violación impropia y el abuso sexual⁷⁰.

Por ende, creemos, salvo las excepciones ya manifestadas y susceptibles de ser contextualizadas, que este es un hecho que no puede ser relegado sólo a un reproche moral, siendo necesario un reproche igualmente penal, más aún si consideramos que ni siquiera es un reproche penal de adultos, sino de un sistema especializado, con sanciones que miran a la resocialización y la educación del joven, sobre todo si una de las finalidades de la pena en la LRPA, es la prevención positiva, donde se puedan inculcar valores ético-sociales, y de paso evitando que se sucedan en el futuro situaciones de similar perfil, con un retraimiento en la actividad delictiva con la clara evitación de consecuencias en posibles víctimas futuras. Por lo demás, al encontrarse en sede penal tales conductas, podrían procurarse formas reparatorias ya presentes en las respuestas penales de la LRPA, con el fin de costear la debida ayuda psicológica a la víctima, cuestión que queda a trasmano, si pensamos en los sistemas llamados por la sociología, de control informal. En este punto la LRPA requiere, a nuestro juicio, una reforma urgente, en aras de una intervención protectora del menor. No olvidemos que en el otro extremo de la relación para este caso, existe igualmente un menor como sujeto pasivo y víctima. El sistema no puede desviar la vista sobre este punto.

6. PROBLEMAS CON LA DIFERENCIA O ASIMETRÍA ETARIA

La doctrina italiana resalta el punto de los problemas de la asimetría etaria. Señalan que aún, como así establece su legislación, tres años de diferencia en la pubertad constituyen una divergencia notable que nunca pone a las dos personas sobre un plano de sustancial paridad⁷¹.

Si reflexionamos sobre lo dicho, lo cierto es que aquí puede existir una paradoja hasta cierto grado imperceptible, con el *principio de la autonomía progresiva*, puesto que aquélla declara a grandes rasgos, que la legislación debe reconocer cada etapa o período dentro de la adolescencia como una etapa diferente, debiendo ajustarse a esta progresividad del joven en desarrollo, respetando una autonomía de aquél por cada período vivido. De otro modo dicho, existen diferencias notables de desarrollo entre una etapa o edad, en relación a otra del mismo sujeto. Si es así, si cada etapa, aún más, si cada año de vida dentro de este período supone un mundo de características y relaciones internas diferentes en un mismo sujeto, mayor aún será, si se pone en conjunto dos sujetos, dos “autonomías progresivas” en interacción. Las diferencias en sus relaciones internas puestas en conjunto y en un acoplamiento estructural, como diría Humberto Maturana, serán aun mayores y diversas en sus procesos y distancias. Por ende, la ley, que debiendo estar atenta a estos cambios progresivos y autónomos del sujeto adolescente, de *lege lata* no lo está, al definir un rango etario de asimetría.

Los rangos etarios son soluciones prácticas de la legislación: ni necesariamente adecuadas, ni necesariamente ideales. Si por adecuadas e ideales se habrían de plantear soluciones a este problema jurídico social, habría de optarse por informes psicológicos y sociales sobre la situación de cada uno de los adolescentes, sobre sus experiencias y relaciones internas y, de acuerdo a ello, la recomendación de los especialistas al juez acerca de la existencia o no de una suerte de aprovechamiento del sujeto pasivo por el sujeto activo, y de la indefensión, desvalimiento o engaño del sujeto pasivo. Esto supondría dos cosas: una percepción de culpabilizar moralmente y judicializar el hecho por los adolescentes y familiares de éstos; un costo de recursos al Estado, tanto económicos como de tiempo.

Tal vez por hoy, la solución que otorga la ley sobre la asimetría etaria, fuera de ser práctica, sea la solución más “adecuada” aunque, claro está, no ideal.

7. ALCANCE RELATIVO A LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY EN RELACIÓN AL ARTÍCULO

El Ministerio Público en su momento, planteó los problemas de aplicación temporal de este artículo, en razón de diferirse la entrada en vigencia de la ley en relación con su publicación⁷². Significaba en consecuencia, plantear la pregunta sobre qué ley habría de aplicarse para un caso subsumible al artículo 4º y producido en el ínterin. La solución del Ministerio Público fue la de distinguir entre los sujetos activos menores de 16 años y mayores de edad, en razón de las distinciones que la ley N° 16.618, efectuaba. Así, no existían problemas con los menores de 16, puesto que éstos eran irresponsables bajo la antigua ley, y por ende exentos de pena, tanto si se aplicaba la antigua como la nueva ley. En el caso de los menores que serían declarados con discernimiento, habría de aplicarse la nueva ley por ser más favorable, ya que la declaración los sometía al sistema penal general de adultos.

Esta es una parte de una cuestión más amplia en relación con la aplicación de la LRPA en la fase intermedia, las cuales fueron levemente discutidas por la doctrina, en sentidos diversos⁷³. Lo cierto es que en la praxis no se presentó prácticamente el problema de aplicación temporal del artículo 4º en comento, lo que además se suma

con que las Cortes no aplicaban por regla general la LRPA en el período intermedio, habiendo sido los Juzgados de Garantías más bien receptivos a la discusión jurídica en torno a las aplicaciones temporales de la LRPA.

De cualquier manera este es ya un problema superado en el hoy, siendo sólo mencionado con fines jurídico-historiográficos.

8. IDEAS CONCLUSIVAS

Lo que resta señalar, a modo de conclusión, son más bien las cuestiones que habrían de ser materia de *lege ferenda*, es decir, las modificaciones que podrían efectuarse a la norma estudiada. Así se podría dar otra ubicación sistemática al referido artículo, situándolo en forma más precisa, en la normativa referida a las disposiciones comunes de los delitos sexuales, párrafo 7º del Código Penal. También se aprecia de mejor manera, estandarizar el margen etario, sean éstos 2 ó 3 años (aunque nuestra inclinación es por los 3 años, donde al menos existe algún tipo de asimetría). Fuera de esto, se requiere precisar las conductas del 366 quáter a que estarían dentro de la exención. Además se podría, no obstante la existencia de una norma estándar, crear una cláusula legal que permita al juez que en aquellas situaciones donde exista mayor diferencia o asimetría etaria, pero donde la edad del sujeto activo no sea superior a 17 años (y 11 meses y 30 días), pueda apreciar el juzgador la falta de los presupuestos que tornarían la conducta en típica. Así existirían consideraciones más abiertas al juzgador para renunciar a la punición de la conducta, tanto por fundamentos penales, como criminológicos. Penales, ya que, en primer lugar, por razones de política-criminal, esto es, en el marco de la función preventivo-especial, la pena vendría a ser una medida contraindicada más que conveniente; en segundo lugar, sería perjudicial su punición, ya que transforma un hecho de consecuencias poco dañosas, en un conflicto, y más aún, en un conflicto penal, con lo cual el derecho penal se maximiza, más que minimizarse; Criminológicos, puesto que la judicialización de un hecho que para los sujetos no era un conflicto, trae de la mano un reproche moral inadecuado, produciendo una moralización en sede penal, y con ello, la culpa moral por razón del derecho. Además, en esta misma vía criminológica –y sobre todo de la criminología crítica– la judicialización consigue la rotulación del sujeto activo como delincuente sexual y violador, y la del sujeto pasivo como víctima de un delito sexual. Todo lo dicho es resumible en los tres aspectos de la diversificación que señala ALBRECHT: evitar estigmatizar al menor, humanizar el derecho penal con controles innecesarios, sobrecargar a la justicia⁷⁴.

BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, Peter-Alexis (1990), *El Derecho Penal de Menores*, 1ª Edición, [trad. Juan Bustos Ramírez], Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, España.

Ambrosini, Giangiulio, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, il diritto attuale, N° 24, Utet, Torino, 1997.

Bajo Fernández, Miguel y Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 3ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A., España, 1995.

Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, (3ª edición aumentada, corregida y puesta al día), Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989.

Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989.

Carlo Moro, Alfredo, *Manuale di diritto minorile*, (seconda edizioni), Zanichelli, Bologna, 2004.

Carrasco Jiménez, Edison, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, Año 13, N° 2, 2007, pp. 137-155.

Carrasco Jiménez, Edison, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, Año 13, N° 2, 2007, pp. 137-155, [Disponible on line: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200007&lng=en&nrm=].

Carrasco Jiménez, Edison, “Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la responsabilidad penal adolescente”, en *La Gaceta Jurídica*, Año 2007, diciembre, N° 330, Editorial LexisNexis, 2007, pp. 28-30.

Carrasco Jiménez, Edison, “Especificaciones sobre el delito de violación del menor de edad. Estudio de las relaciones penales y la óptica victimológica”, en *Revista Procesal Penal*, Lexis-Nexis, N° 61, Julio 2007.

Carrasco Jiménez, Edison, “Vacancia de la Ley de responsabilidad penal juvenil”, en *La Semana jurídica*, Editorial LexisNexis, sección doctrina, (año 7), (333), semana del 26 marzo al 1° de abril, 2007, pp. 6-7.

Codice Penale E Norme Complementari, Decima edizione, Dott A. Giuffrè editore, Milano, 1997.

Donoso, René y Marfan, Julia, *Sexualidad: Es hora de asumir el desafío*, Revista de Educación, Gobierno de Chile, Ministerio de Educación [mineduc], (junio-julio), (313), 2004, pp 10-15.

Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

Florenzano Urzúa, Ramón, *El adolescente y sus conductas de riesgo*, 2ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal, Parte General*, (Tomo I), (2ª edición), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

Guzmán Dalbora, José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en Gómez Urrutia, *Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código*, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales N° 6, Santiago de Chile, 2002, pp. 160-198.

López Sánchez, Félix, *Prevención de los abusos sexuales de menores y educación sexual*, Amarú Ediciones, Salamanca, 1995.

Matus Acuña, Jean Pierre & Ramírez Guzmán, M^a Cecilia (2002), *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, (Segunda edición), serie de textos docentes, Editorial Universidad de Talca.

Ministerio Público, Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084 (oficio N° 736), *Comentarios sobre el artículo 4° de la ley 20.084 que establece un nuevo sistema de justicia penal para adolescentes*, (preparado por Silvia Peña W., y María Elena Santibáñez T.).

Oliver Calderón, Guillermo, “aplicarse la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes antes de su entrada en vigencia?”, en *La Semana jurídica*, Editorial LexisNexis, sección doctrina, (año 5), (304), semana del 4 al 10 de septiembre, 2007, pp. 9-10.

Oxman Vilches, Nicolás, “Consideraciones críticas en torno al artículo 4° de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil”, en *Revista de la Justicia Penal*”, Editorial Librotecnia, (2), (abril), 2008, pp. 31-52.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, y Ramírez, M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2^a edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Rodríguez Collao, Luis, *Delitos sexuales*, (1^a edición), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000.

Tamarit Sumalía, José María, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de Menores, Aranzadi Thomson Company, 2^a edición, Navarra, 2002.

Vidal Pollarolo, Paulina, “Juventud chilena y derechos en sexualidad”, en *Revista Polis*, de la Universidad Bolivariana, sede Santiago, (Vol.1), (4), 2003, pp. 425-429.

¹ Doctorando en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, España. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Chile.ecarrasj@hotmail.com

² Bajo Fernández, Miguel y Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 3^a edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres, S.A., España, 1995, pp. 238 y 239.

³ Ya había hecho la mención sobre las legislaciones que recogían esta exención el jurista Guzmán Dalbora (Guzmán Dalbora, José Luis, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en Gómez Urrutia, *Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código*, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales N° 6, Santiago de Chile, 2002, pp. 160-198; p. 182).

⁴ El mencionado inciso rezaba lo siguiente: “No podrá procederse penalmente respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5° y 6° 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, tres años de edad tratándose de la conducta descrita en el artículo 362 o de dos años en los demás casos”. Finalmente, la Comisión señaló que debía precisarse en el inciso los delitos sexuales en los cuales no se procedería penalmente, es decir señalar expresamente los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater del Código Penal, y luego procedió a redactar el inciso como un artículo independiente, quedando por tanto, como hoy se lee (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (Boletín N° 3021-07-1/16 de julio del 2004)).

⁵ En segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en segundo trámite constitucional del 22 de agosto del 2005, se formularon sugerencias y observaciones varias. El entonces Fiscal Nacional sugirió dar una nueva redacción al inciso, especificando los casos de violación impropia del artículo 362 del Código Penal para su no persecución penal. Por lo mismo propone suplantar la frase *respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5º y 6º del Título VII del Libro II del Código Penal*, por la frase *respecto del delito contemplado en el artículo 362 del Código Penal* (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (Boletín N° 3021-07-1/16 de julio del 2004)).

⁶ En opinión del entonces representante de la Defensoría Pública, Sr. Berríos (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal). (Boletín N° 3021-07-1/16 de julio del 2004).

⁷ Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084 (oficio N° 736), *Comentarios sobre el artículo 4º de la ley 20.084 que establece un nuevo sistema de justicia penal para adolescentes*, (preparado por Silvia Peña W., y María Elena Santibáñez T.), p. 1.

⁸

⁹ La sostenida por la opinión del Ministerio pareciera ser la de los elementos negativos del tipo.

¹⁰ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *De la codificación a la descodificación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005; Werth Wainer, Francisca, *Las leyes misceláneas, un signo del proceso de descodificación de nuestro derecho: análisis para el proceso de descodificación del derecho y la crisis del positivismo legal*, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, PUC, Santiago de Chile, 1998; Castañeda Muñoz, José, “Avatares del Código Civil en el último tercio del siglo. Historia de la propia descodificación”, en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Servicio de publicaciones UCM, Madrid, (5), 1995, pp. 33-68; en su significación civilista; Mantovani, Ferrando, “Sobre la perenne necesidad de codificación”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología*, (N° 1), 01, 1999, [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-01.html] en su significación penal. Todas opiniones diversas sobre el fenómeno general de la descodificación.

¹¹ Y no en el sentido material de nuevo código, sino más bien en la dirección de entender un nuevo proceso codificadorio, a las viejas usanzas de inspiración napoleónicas.

¹² Sentido que, en todo caso, parece contrastar con la Exposición de Motivos del Código Penal Español, quien reconoce la relegación penal de ciertas materias a leyes especiales. Sin embargo, no puede desconocerse que muchos tipos penales se incorporaron al Código, que lejos de representar relegación, representan inclusión a su corpus normativo, lo que nos lleva a afirmar esta suerte de nueva codificación.

¹³ Esto, sin embargo, es muy del ideal jurídico-penal del conocimiento de las disposiciones penales por la ciudadanía, cuestión ilusoria y, si se trata de conocer el contenido y sistematización de las normas, aún compleja para los propios operadores del sistema. Este argumento satisface más bien, la teoría armónicamente construida y sustentada tradicionalmente del conocimiento de los mensajes de la ley penal, más como un mote jurídico que una realidad social perfectamente así entendida.

¹⁴ La violación conyugal y concubinal del artículo 369 inciso 4º, ciertos delitos contra la propiedad del artículo 489, ambos del Código Penal.

¹⁵ Señala Etcheberry: “los actos para el derecho penal se dividen en penados y no penados. Los actos penados son siempre contravención a leyes prohibitivas o imperativas” (Etcheberry, *Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, p. 79).

¹⁶ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal chileno*, Parte General, pp. 166 y 233; Garrido Montt, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, pp. 14, 15, 24, 25, 101, 122.

¹⁷ Etcheberry señala que si debatiéndose las leyes penales en imperativas o prohibitivas, no cabe la permisión y sólo queda considerar a los actos no englobados en dichas normas, como penalmente irrelevantes (Etcheberry, op. cit., pp. 79 y 93).

¹⁸ Oxman Vilches, Nicolás, “Consideraciones críticas en torno al artículo 4º de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil”, en *Revista de la Justicia Penal*, Editorial Librotecnia, (2), (abril), 2008, pp. 31-52.

¹⁹ Ibíd., p. 39.

²⁰ Ibíd., p. 38.

²¹ Ibíd., p. 39.

²² Ibíd., p. 40.

²³ Ibíd., p. 43.

²⁴ Ibíd., p. 44.

²⁵ En sesión de ley, el profesor Bullemore sostuvo que este inciso era inaceptable puesto que transformaba conductas típicas y por ende ilícitas bajo el prisma del Código Penal, convirtiéndolas en lícitas (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (Boletín N° 3021-07-1/16 de julio del 2004). Con lo cual, si su preocupación era la descriminalización, no cabe duda que su fórmula es descriminalizadora, y en el contexto planteado, permisiva.

²⁶ Oxman Vilches, op. cit., p. 45.

²⁷ Ibíd., p. 44.

²⁸ Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084, p. 2.

²⁹ Sobre lo dicho vid. Rodríguez Collao, Luis, *Los delitos sexuales*, p. 294.

³⁰ Vid. Carrasco Jiménez, Edison, “El problema del sujeto activo del delito de violación y sus posibles vacíos legales”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, Año 13, N° 2, 2007, pp. 137-155.

³¹ Eso claro porque si considerásemos el hombre como único sujeto activo o tanto al hombre como la mujer, la mujer quedaría igualmente excluida de cualquier responsabilidad criminal bajo estos supuestos, sea porque su conducta sería constitutiva de abusos sexuales para algún sector de la doctrina, y por ende, también exenta según el artículo 4, bien, porque la conducta es impune por vacío legal (según nuestra opinión). Si estimamos comprendida a la mujer como sujeto activo, entonces se aplica el artículo 4. En todos los casos queda excluida su responsabilidad penal.

³² Matus y Ramírez reservan esta nomenclatura para este tipo de violación (Matus y Ramírez, *Derecho Penal*, Parte Especial, p. 81). En similar forma Politoff, Matus y Ramírez (Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*, p. 248). En forma posterior Rodríguez Collao (Rodríguez Collao, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, N° 1, A1, 2006, [www.politicacriminal.cl], p 11), considerando que no acogió dicha terminología en su libro *Delitos sexuales*. Labatut, (Labatut, *Derecho Penal*, II, p. 138) y Garrido Montt (Garrido Montt, *Derecho Penal*, III, p. 362 [sólo curioso y anecdótico, que el número de página coincida con el número del artículo que el autor analiza]), por el contrario la reservan para designar aquellas circunstancias N°s. 2 y 3 del artículo 361. Igualmente que estos últimos autores en España Antón y Rodríguez (*Derecho Penal*, Tomo II, Parte Especial, 1949, p. 263).

³³ Concepto utilizado por López Sánchez como criterio delimitador, junto con la “asimetría de poder”, para entender cuando estamos en presencia de un abuso sexual, cuestión a tomar en consideración aquí para estos efectos (López Sánchez, Félix, *Prevención de los abusos sexuales de menores y educación sexual*, p. 28), cuestión que, en todo caso, hace aplicación de estos criterios y en el sentido estudiado por nosotros en Tamarit Sumalía, *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*.

³⁴ “Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell’articolo 609 bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni” (Codice penale e norme complementari).

³⁵ Impugnado por Tamarit Sumalía, en razón de la diferencia de 5 años sostenida por la doctrina criminológica (Tamarit Sumalía, op. cit., p. 40). López Sánchez hace mención de estos 5 años como criterio propio, aunque deja en claro que no existe unanimidad en los criterios sobre la diferencia etaria.

³⁶ “L’acte n’est pas punissable si la différence d’entre les participants ne dépasse pas trois ans”.

³⁷ El profesor Álvaro Fernández señaló que la norma era necesaria debido a los problemas de aumento de edad del 362 del Código Penal, sobre el consentimiento sexual, pero la diferencia de edad que señalaba, debía estandarizarse en 3 años de diferencia de edad para todo delito, sin distinción alguna (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (Boletín N° 3021-07-1/16 de julio del 2004).

³⁸ Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso del 18 de julio del 2006, en causa RUC N° 0500065915-2, RIT N° 91-2006, caso “Ministerio Público contra Ojeda Ojeda”, en *Revista Procesal Penal*, LexisNexis, (49), (julio), 2006; Sentencia del Juzgado de Garantía de Puerto Montt del 4 de octubre del 2005, en procedimiento abreviado, RUC N° 0400337233-8, RIT N° 3486-2004, en el caso *Ministerio Público contra Ochoa Zambrano*, en *Revista Procesal Penal*, Editorial LexisNexis, (40), (octubre), Santiago de Chile, 2005.

³⁹ Al decir de Oxman como “torturante redacción del precepto que dificulta su comprensión” (Oxman, op. cit., p. 42).

⁴⁰ El profesor Bullemore, en las sesiones de discusión de la ley, presentó las dificultades de comprensión, señalando que podía colegirse tal redacción, como comprensiva de la violación de una menor de 14 años concurriendo las circunstancias del artículos 361 y 363, porque éstos serían los otros casos que quedan fuera de la descripción típica del artículo 362, o bien la violación con fuerza o intimidación de una mayor de 14 años. Para él, el único sentido más coherente que aún le parecía insatisfactorio, sería el de estimar que se refiere a los otros delitos contra la libertad sexual, como el abuso sexual o la producción de material pornográfico abusando de una menor, lo cual rechaza en todo caso. (Segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, del 22 de agosto de 2005 (Boletín N° 3.021-07).

⁴¹ En opinión del profesor Bullemore en las sesiones de la comisión, aun este sentido de la norma es rechazable (Ídem).

⁴² Carlo Moro, *Manuale de diritto minorile*, p. 356.

⁴³ Florenzano señala esta precocidad, aunque sí manifiesta que la sexualidad entre jóvenes en Chile es más tardía que en el resto de la región (Florenzano Urzúa, Ramón, *El adolescente y sus conductas de riesgo*, 2ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 139-141 y 145). Sostiene Florenzano (2002) en Chile la iniciación sexual es más tardía que en otros países de la región. Que por tardía no significa inexistente, señalando algunas razones por las cuales existe vulnerabilidad que posibilita precocidad sexual: desinterés en el futuro educacional, presión de los pares, baja autoestima, tendencia a la impulsividad, familias uniparentales, familia de bajos ingresos, familia de bajo nivel educacional, familia con tendencia a la permisividad, vecindarios pobres de alto índice de desempleo. Señala además que existe una correlación entre la precocidad sexual y el consumo de drogas, y que la tensión familiar es un factor asociado a la mayor frecuencia en las relaciones sexuales adolescentes. Advierte sí que existe en la sociedad chilena una permisividad cultural en el trato de la sexualidad, donde la delincuencia y el consumo de drogas son mirados como muy reprobables en el adolescente, pero no así la sexualidad prematura. “En el caso de la conducta sexual –dice el autor– la visión “progresista” ha llevado a plantear que el derecho a la sexualidad forma parte inherente de la felicidad humana” (Florenzano Urzúa, Ramón, *El adolescente y sus conductas de riesgo*, p 16). Sin embargo es necesario “un desarrollo pautado, en etapas, y con un control cuidadoso de conductas tempranas o impulsivas, sobre todo en los preadolescentes” (Ídem), donde la prevención primaria sea “el retraso del comienzo de las relaciones sexuales hasta que el adolescente esté listo para responsabilizarse por las consecuencias de su conducta (Íbid., p. 15). Y esto nos lleva, en último término, al tema de la responsabilidad. En otros países no se difiere esta situación. Señalan Papalia y Wendkos (1997), desde la perspectiva estadounidense, que ha existido desde 1940, sobre todo desde 1960, un cambio en la forma de enfocar la sexualidad aceptando mayor actividad sexual, admisión de relaciones prematrimoniales y relaciones sexuales a más temprana edad. Además se ha producido lo que llaman una disminución del “doble patrón”, por el cual permite igualdad en las libertades sexuales entre hombres y mujeres. Este cambio se ha producido en parte por los medios de comunicación social que han presentado una visión distorsionada del sexo. Señalan que no existe coherencia entre lo que hacen y dicen los adolescentes ya que creen que la sexualidad debe iniciarse en una época más madura, sin embargo inician su práctica más temprano, siendo las razones de esta maduración prematura, fundamentalmente, la presión social, en segundo lugar por la curiosidad, en tercer lugar por los deseos, y por amor en último lugar. Dorn y South (Bustos, 1992), desde la visión británica del problema,

entienden que la sexualidad, sobre todo masculina, se ha distorsionado, lo cual provoca problemas ulteriores. Según ellos, se puede rastrear esta deficiencia en la concepción sexual adolescente en algunos aspectos: Uso del *lenguaje del abuso sexual*, visión de las mujeres como provocadoras y perversas, irresponsabilidad frente a su sexualidad y frente al daño que puede provocar en las mujeres (dado que son provocadoras, la sexualidad irresponsable es una forma de ataque a la sexualidad femenina). Todo esto no sólo provoca un riesgo en el contagio de enfermedades de transmisión sexual, sobre todo el sida, o embarazos prematuros, sino en la violencia sexual, donde se legitima a los hombres jóvenes el abusar física o verbalmente de las mujeres.

⁴⁴ Vigil y otros, quienes fijan la edad de 12 años como margen de iniciación (VIGIL *et al*, “Teenstar: una opción de madurez y libertad: Programa de educación integral de la sexualidad, orientado a adolescentes”, en *Revista Médica*, Chile, [on line], (octubre), (vol.133), (N° 10) [citado 19 septiembre 2007], pp. 1173-1182. Disponible en la World Wide Web: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872005001000006&lng=es&nrm=iso.

⁴⁵ Vidal marca la edad de 15 años como inicio sexual (Vidal Pollarolo, Paulina, “Juventud chilena y derechos en sexualidad”, en *Revista Polis*, de la Universidad Bolivariana, sede Santiago, (Vol.1), (4), 2003, pp.425-429; p. 430).

⁴⁶ Por su parte, el Estado en materia de educación en Chile reconoce lo prematuro en las relaciones sexuales entre adolescentes: “Llama la atención que las generaciones más jóvenes se inician sexualmente a más temprana edad, a diferencia de lo que ocurría hace una década, lo cual levanta un desafío para la familia y los educadores de orientarles desde pequeños respecto de proveerles de una educación sexual oportuna y veraz” (Donoso, René y Marfan, Julia, *Sexualidad: Es hora de asumir el desafío*, en Revista de Educación, pp. 13-14). Es en relación a esta realidad que las políticas gubernamentales en materia de educación, coetáneas a las políticas criminales reflejadas en la dictación de la LRPA, propenden hacia una mayor, mejor y más transparente educación e información sobre materias sexuales, asumiendo su carácter tutelar en la educación sexual donde “el Estado, en su rol de garante de educación de calidad, adopta lineamientos y prácticas en materia de educación sexual” (Comisión de evaluación sobre Política de Educación en sexualidad del Ministerio de Educación, *Plan de educación en Sexualidad y afectividad*, p. 4), en función de “colaborar con la familia en la educación de sus hijos”, cumpliendo un rol proactivo. Garantiza, por un lado la libertad de pensamiento y conciencia sobre estas materias, pero además propende su educación en los adolescentes al establecer que “la educación sexual es parte de los objetivos fundamentales de nuestro currículo (transversales y verticales)”, con la finalidad de entregar “las herramientas necesarias para la adquisición y desarrollo de competencias requeridas para un crecimiento armónico y sano de la afectividad y la sexualidad de niños, niñas y jóvenes” (Ídem.). En relación a lo anterior Donoso y Marfan, profesionales del Mineduc, señalan que en el subsector de orientación en 7° y 8° básico, la transversalidad de la educación sexual se demuestra en la entrega de conocimientos acerca de la habilidad para tomar decisiones en materia sexual y “resistir a la presión, relaciones afectivas entre hombres y mujeres.” (Donoso, René y Marfan, Julia, op. cit., p 12); en el subsector de Lenguaje y Comunicación “el entrenamiento de los adolescentes en estas habilidades posibilita la *capacidad de decir que no*, de *postergar el inicio de las relaciones sexuales*” (Ídem.) [el resaltado es nuestro]. Esto además posibilitaría el abordar temas como la violencia intrafamiliar o la discriminación de género, por ejemplo. De allí que emparentado con la justicia penal juvenil, considera la educación como relevante para generar una concepción de responsabilidad en el adolescente, teniendo como principio orientador para los años 2006 en adelante que los jóvenes “asuman *responsablemente* su sexualidad” (Comisión de evaluación sobre Política de Educación en sexualidad del Ministerio de Educación, op. cit., p. 8), y donde se logre formar “estudiantes con actitudes, habilidades, valores y conocimientos desarrollados para asumir una sexualidad sana, plena y *responsable*” (Ibid., p. 12, en relación a la Fase III de resultados esperados en la educación para el año 2009-2010) [el resaltado es nuestro]. “Educar para una sexualidad sana y *responsable* –señala el Ministerio de Educación– significa formar personas reflexivas, dialogantes y tolerantes, capaces de *identificar* conductas de riesgo y de *elegir cursos de acción*, anticipando las consecuencias de sus acciones, para sí y los demás. Significa, en definitiva, formar personas conscientes de su individuación y dispuestas a generar modos de relación *respetuosos en las comunidades*” (Ibid., p. 4) [el resaltado es nuestro]. En completa exposición queda (de este texto que representa las directrices de las políticas gubernamentales en educación), la concepción de sujeto responsable en sexualidad, de conocimiento en la significación del acto sexual, de libertad sexual y de respeto. Esto último, entendemos, sea dirigido a la comunidad (cuerpo social) o al otro, a *alter*, con lo cual se desprenden consecuencias penales, como la formación de la persona para evitar o entender el concepto de no vulneración o indemnidad de otra persona. Subrayamos igualmente la idea de libertad sexual (*elegir cursos de acción*), integrado por el conocimiento previo de situaciones en materia sexual (de lo contrario no podría optar, contenido básico de la libertad), el *sé*, para su posterior elección del curso de acción en sexualidad, el *quiero hacerlo*. De acuerdo a ello, es más fácil emparentar la visión gubernamental y criminal esbozada en el proyecto y en la iniciativa de introducción de este artículo (que sabemos se inició como un inciso), con la visión educacional, como bien lo señalan Donoso y Marfan: “Por otra parte, hay nuevos temas en la agenda pública,

que demandan a la familia y al sistema escolar respuestas concretas y oportunas: la intimidad, la comunicación en la pareja, la vida sexual gratificante y responsable, la nueva ley de matrimonio civil; otros se mantienen y requieren de una mayor profundización o de un avance en las estrategias empleadas enfermedades de transmisión sexual, la violencia sexual e intrafamiliar...” (Donoso, René y Marfan, Julia, op. cit., p. 14). Todo lo cual supone no sólo la necesaria unidad de concepción frente al fenómeno como el claro reconocimiento de situaciones que comenzaron a darse en la práctica en el mundo adolescente, y la construcción de objetivos educacionales para restaurar y dirigir en el sentido del conocimiento, autodeterminación y responsabilidad sexual. Consideremos en todo caso, que las políticas educativas funcionarán mejor siempre que los jóvenes se mantengan dentro del sistema educacional, puesto que existe una gran deserción del sistema educacional. Pero no sólo el fenómeno de la deserción se encuentra sino además el de la falta de capacidad o interés de las instituciones para detener la deserción. Según la Presentación General del Proyecto P.I.A. Llequén Ñuble, Octava Región 2005, de un universo de 191 adolescentes infractores, un 30,3 % desertaba del sistema educacional, lo que para este proyecto “refleja la escasa motivación de los jóvenes y la incapacidad y/o interés de las unidades educativas por retener a estos alumnos” (p. 20). Sin perjuicio, en todo caso, de señalar que los propios P.I.A. efectúan una labor educativa en el seno de dichas instituciones.

47 Que en este caso era la del Senador Sr. Moreno quien estaba por acoger la modificación.

48 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materias de delitos de pornografía infantil (Boletín N° 2906-07).

49 Idem.

50 Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (Boletín N° 3021-07-1).

51 Opinión del profesor Álvaro Fernández en Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. (Boletín N° 3021-07).

52 Carlo Moro, Alfredo, op. cit., p. 356. Dicho consenso Ambrosini la hace derivar, entre otras cosas, del tenor del artículo 609 quáter del Código Penal italiano, el que expresa “con un minorene”, donde la palabra “con” supone, a lo menos, el acuerdo del menor sujeto pasivo en el acto (Ambrosini, Giangiulio, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, p. 39).

53 López Sánchez, op. cit., p. 28.

54 Ibíd., p. 29.

55 Suárez, Carlos, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, p. 267.

56 Más aún, cuando el porcentaje de delitos sexuales, respecto de los jóvenes, es bastante menor al de otros delitos, como los robos y hurtos. En muestreo del período agosto 2003 a marzo 2004, de un universo de 191 jóvenes infractores en la provincia de Ñuble, entre edades de 14 a 18 años, los delitos sexuales entre los únicos que se cuentan los abusos sexuales y la violación, en conjunto no superaban el 5,2 %, siendo los sujetos activos en su totalidad menores de 15 años.. En el año 2005 en la misma institución, de un universo de 271 jóvenes atendidos, sólo 7 de ellos que corresponde al 3,43 % ingresó por delitos sexuales y sólo 1 joven por el delito de violación, siendo la supuesta víctima de edad 32 años, encontrándose ambos en estado de ebriedad, siendo sorprendidos por el marido de aquélla, denunciándolo éste por otras razones que las estrictamente criminales. Siempre, en todo caso se debe considerar la llamada “cifra oscura”. (Datos proporcionados por el Programa de Libertad Asistida, Llequén, Chillán).

57 Así Alfredo Carlo Moro quien lo señala expresamente para el caso de la asimetría etaria (Carlo Moro, op. cit., p. 356); Romano Ricciotti lo señala como fórmula general para el sistema penal del menor (Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, pp. 40-46). Para efectos de la asimetría etaria, y según lo descrito por Ricciotti, las claves son la intensidad de hecho y el perjuicio para la educación del menor por el ulterior curso el proceso.

58 Carrasco Jiménez, Edison, “Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la responsabilidad penal adolescente”, en *La Gaceta Jurídica*, Año 2007, diciembre, N° 330, Editorial LexisNexis,

2007, pp. 28-30.

⁵⁹ Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084, p. 2.

⁶⁰ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, 3° edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, p. 253.

⁶¹ *Ibid.*, p. 252.

⁶² Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 9.

⁶³ Que el autor, como ya se expresó utiliza como criterio para la irrelevancia del hecho (Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, p. 44).

⁶⁴ Carlo Moro, *op. cit.*, p. 356.

⁶⁵ Carrasco Jiménez, Edison, “Especificaciones sobre el delito de violación del menor de edad. Estudio de las relaciones penales y la óptica victimológica”, en *Revista Procesal Penal*, LexisNexis, N° 61, julio, 2007.

⁶⁶ Ambrosini, *Le nuove norme sulla violenza sessuale*, p. 39.

⁶⁷ Vid. Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso del 18 de julio del 2006, en causa RUC N° 0500065915-2, RIT N° 91-2006, caso “Ministerio Público contra Ojeda Ojeda”, en *Revista Procesal Penal*, LexisNexis, (49), (julio), 2006; Sentencia del Juzgado de Garantía de Puerto Montt del 4 de octubre del 2005, en procedimiento abreviado, RUC N° 0400337233-8, RIT N° 3.486-2004, en el caso *Ministerio Público contra Ochoa Zambrano*, en *Revista Procesal Penal*, Editorial LexisNexis, (40), (octubre), Santiago de Chile, 2005, en cuanto a los criterios adoptados para optar por la absolución del acusado. Véase también, el comentario a estas sentencias y sus relaciones a este presupuesto en Carrasco Jiménez, Edison, “Especificaciones sobre el delito de violación del menor de edad. Estudio de las relaciones penales y la óptica victimológica”.

⁶⁸ Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084, p. 4.

⁶⁹ Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084, p. 5.

⁷⁰ Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084, p. 5.

⁷¹ Carlo Moro, *op. cit.*, p. 356.

⁷² Instructivo N° 2 de la ley N° 20.084, p. 6.

⁷³ Sobre el particular Vid. Carrasco Jiménez, Edison, “Vacancia de la Ley de responsabilidad penal juvenil”, en *La Semana jurídica*, Editorial LexisNexis, sección doctrina, (año 7), (333), semana del 26 marzo al 1° de abril, 2007, pp. 6-7; Oliver Calderón, Guillermo, “aplicarse la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes antes de su entrada en vigencia?”, en *La Semana jurídica*, Editorial LexisNexis, sección doctrina, (año 5), (304), semana del 4 al 10 de septiembre, 2007, pp. 9-10.

⁷⁴ Albrecht, *El derecho penal del menor*, pp. 50-51.