

En Mario Verdugo Marinkovic y Domingo Hernández Empanza, *Doctrinas Esenciales, Tomo I. Gaceta Jurídica*. Santiago (Chile): Thomson Reuters.

Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la responsabilidad penal adolescente.

Carrasco-Jiménez, Edison.

Cita:

Carrasco-Jiménez, Edison (2007). *Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la responsabilidad penal adolescente*. En Mario Verdugo Marinkovic y Domingo Hernández Empanza *Doctrinas Esenciales, Tomo I. Gaceta Jurídica*. Santiago (Chile): Thomson Reuters.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/28>

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



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/265050443>

Fundamento de la descriminalización del delito de violación en la responsabilidad penal adolescente

Article · January 2007

CITATIONS

2

READS

95

1 author:



Edison Carrasco Jiménez

24 PUBLICATIONS 18 CITATIONS

SEE PROFILE

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



Manual de Derecho Penal Económico. 4 Tomos. [View project](#)

#Doctrina

FUNDAMENTO DE LA DESCRIMINALIZACIÓN DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE

Edison Carrasco Jiménez¹

Resumen: El autor analiza los fundamentos dogmáticos que se estiman como base del artículo cuarto de la ley de responsabilidad penal adolescente en relación con la violación impropia, para su particular regulación, y en especial, la razón específica por la cual las conductas aludidas en la norma, están siendo descriminalizadas por el legislador.

1. EXPOSICIÓN

De la ley Nº 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente (en adelante LRPA), es su artículo 4º quien hace referencia a uno de los pocos asuntos de dogmática tratados por aquélla y que sean ajenos a la penalidad, a las formas rituales del enjuiciamiento criminal y a la ejecución de la pena, problemas todos estos que constituyen fundamentalmente su *desiderátum*. El asunto regulado es relativo a los delitos sexuales. Esta norma exime penalmente las conductas señaladas en el artículo y que constituyen diversos tipos penales, relativos a su vez, a distintos delitos sexuales, en los cuales pudiera actuar como sujeto activo un adolescente, entendiéndose por tal, aquel que como objeto de regulación por la LRPA, es una persona entre los 14 y 18 años de edad, que ha cometido una infracción penal (arts. 1º y 3º, LRPA). Se cierra este artículo 4º como una introducción legal de interesante perfil y de novedoso rostro para nuestro derecho, cuestión en que la doctrina española reclamaba una norma de semejanza², pero que tiene antecedentes en el artículo 609 *quater* del Código Penal Italiano, el artículo 187 del Código punitivo Suizo y el § 207 del Código del ramo en Austria, como bien apunta Guzmán Dálbora³.

Así y para entender las cosas, el artículo 4º de la LRPA reza lo que sigue: “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”.

Entre las conductas signadas, detendremos nuestro análisis en aquella que corresponde al tipo penal del artículo 362, esto es, la violación de un menor de edad de 14 años, también denominada *violación impropia*⁴. Esto trae aparejado de forma inequívoca, el problema de determinar los fundamentos dogmáticos que se estiman ser base de la norma para su particular regulación, y en especial, la razón específica por la cual las conductas aludidas en la norma, están siendo descriminalizadas por el legislador.

2. LA BÚSQUEDA DE LA RATIO LEGIS EN LA HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEGISLACIÓN

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 psicología⁵, de la medicina⁶, la sociología⁷ o la educación⁸. 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 Nº 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 aun a 14 años como aparece luego modificado el Código Penal por el artículo 6º de la ley

Nº 19.927. Las opiniones vertidas en dicho debate, con una sola excepción⁹, 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”¹⁰. En sentido similar se pronunció el Senador Espina, el entonces Ministro de Justicia Luís 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 normales¹¹.

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 queda 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 discusión¹², 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”¹³ y que aumentó la edad del artículo 362 del Código Penal.

Estimando lo examinado, ciertamente se tenía en mente una suerte de “consentimiento” 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 vulnerado, sino 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. El acto puede ser reprochable moralmente, pero de acuerdo al principio de mínima intervención, el derecho penal ha querido extraer dichas conductas del campo penal¹⁴.

3. FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS

Ahora cuáles serían las razones dogmáticas para comprender que se eximan de responsabilidad a los adolescentes sobre los 14 años que incurran en las conductas descritas por el tipo penal del artículo 362 del Código Penal, esto es, la relación sexual con un menor de 14 años.

Para nosotros, la *ratio legis* se encuentra en que constituye una *excusa legal absolutoria*. Imposible verlo como causal de justificación, puesto que no existen bienes jurídicos en contienda o colisión, donde el legislador haya de preferir uno sobre otro, sino que existen, más bien, fundamentos de política criminal para excusar la conducta del adolescente sujeto activo.

En efecto, el legislador, como se desprende de la historia tanto de la ley 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”¹⁵ y por “estrictas razones de utilidad”¹⁶, 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 desventaja¹⁷: ventaja consistente en la desjudicialización del hecho y de su autor, traducido en menos costes personales al sujeto activo 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.

Fuera de lo dicho, ¿cuál sería, para nosotros, uno de los aspectos argumentales que sirven de base a la excusa absoluta? Nuestro juicio es que se ha considerado además 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). 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.

Todo lo dicho obviamente, se reproduce con idénticos resultados para los otros delitos sexuales contemplados en el analizado artículo 4° de la LRPA.

¹ Profesor de Derecho Penal, Universidad Bolivariana (sede Chillán), licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

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

³ Guzmán Dálbora, 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 Matus y Ramírez reservan esta nomenclatura para este tipo de violación (Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, M^a Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, Segunda edición, serie de textos docentes, Editorial Universidad de Talca, 2002, p. 81). En similar forma Politoff, Matus y Ramírez, Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, M. Cecilia, *Lecciones de derecho penal*, Parte especial, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 248). En forma posterior Rodríguez Collao (Rodríguez Collao, Luis, “Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal”, *Política Criminal*, N° 1, A1, [http://www.politicacriminal.cl], 2006, pp. 1-19; p. 11), considerando, eso sí, que no acogió dicha terminología en su libro *Delitos sexuales*. Lo mismo Labatut, (Labatut Glenna, Gustavo, *Derecho Penal*, 9ª edición, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002) y Garrido Montt (Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 362), por el contrario, la reservan para designar aquellas circunstancias N° 2 y 3 del artículo 361. Igualmente que estos últimos autores en España Antón y Rodríguez, (Antón Oneca, J. y Rodríguez Muñoz, J.A, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo II, Madrid, España, 1949, p. 263).

⁵ 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*, 2° edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 139-141 y 145).

⁶ 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, [online], (octubre), (vol. 133), (Nº 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.

⁷ 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).

⁸ Entre otros Donoso y Marfán quienes señalan: “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 Marfán, Julia, “Sexualidad: Es hora de asumir el desafío”, en *Revista de Educación*, Gobierno de Chile, Ministerio de Educación [mineduc], (junio-julio), (313), 2004, pp. 10-15; pp. 13-14).

⁹ Que en este caso era la del Senador Sr. Moreno quien estaba por acoger la modificación.

¹⁰ 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 Nº 2906-07).

¹¹ Ídem.

¹² 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 Nº 3021-07-1).

¹³ 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 Nº 3021-07).

¹⁴ 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 aquella, 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).

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, 3º edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, p. 253.

¹⁶ *Ibid.*, p. 252.

¹⁷ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal*, Parte general, Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 9.