

LA FACULTAD DE CORRECCIÓN DE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS E HIJAS COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-PENAL CHILENO

The Power of Correction of Parents with Respect to Their Childrens as A Cause of Justification in The Chilean Legal-Criminal System

Christian SCHEECHLER CORONA*

Constanza ASTUDILLO MEZA**

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v12i24.454/cj.v12i24.458>

Sumario:

I. Introducción II. El marco normativo del denominado “derecho de corrección” III. Modificaciones al artículo de 234 del CCch IV. Alcances en la legislación penal chilena V. Conclusiones

Resumen: En el presente artículo se revisa y analiza la facultad de corrección de los padres respecto de sus hijos, prerrogativa reglamentada en el Código Civil chileno y desarrollada en cuanto a su interpretación por el Comité de Derechos del Niño, y su eventual aplicación como causal de justificación de responsabilidad prevista en el artículo 10 N° 10 del Código Penal chileno. El análisis de esta relación se realiza a la luz de los planteamientos de Claus Roxin, a propósito de la dictación el año 2005, en Alemania, de una ley para la proscripción de la violencia en la familia.

Palabras clave: Corrección paterna; antijuridicidad; violencia intrafamiliar; lesiones; maltrato.

Abstract: This paper reviews and analyzes the correctional parents' faculties, about to their children, a prerogative regulated in the Chilean Civil Code, and developed in terms of its interpretation by the Committee on the Rights of the Child and its possible application as grounds for justification of liability under Article 10 No. 10 of the Chilean Criminal Code. The analysis of this relationship is carried out in the light of Claus Roxin's proposals, regarding the enactment in 2005, in Germany, of a Law for the proscription of violence in the family.

Keywords: Parental Correction; Against the Law; Domestic Violence; Injuries.

* Abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, España. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: cscheechler@ucn.cl.

** Abogada, Magíster en Derecho, Universidad Católica del Norte. Profesora de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Correo electrónico: castudillom@santotomas.cl.

I. Introducción

La obra de Claus Roxin es, sin duda, la más trascendente del siglo XX en la literatura jurídico penal, particularmente en cuestiones de la parte general, así como de política criminal, esto sin obviar que su obra también abarcó el derecho procesal penal. Pero a pesar de escribir sobre los asuntos más trascendentes de la disciplina, también dejó espacio en su obra para asuntos que, en el contexto general, pudieran considerarse “menores”, aunque en lo absoluto sea así. Entre ellos, los alcances de las facultades paternas para educar y corregir a sus hijos también merecieron la atención del profesor, lo que pretendemos revisar en este trabajo, que toma algunos de sus conceptos para explicar el estado de la situación en la legislación penal chilena, previo vistazo al derecho civil, desde donde se nutre el contenido de dicha facultad.

II. El marco normativo del denominado “derecho de corrección”

La facultad de los padres de corregir a sus hijos menores de edad se encuentra regulada en el artículo 234 inciso 1° del Código Civil chileno (en adelante CCch), que dispone:

Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta regla ha sido actualizada en virtud de variadas reformas que tuvieron por objeto, ajustar la normativa chilena a los tratados internacionales en esta materia. De este modo se buscó que la legislación chilena estuviese en armonía con la Convención Internacional sobre Derecho del Niño (en adelante CIDN). En este sentido, originalmente esta facultad se reguló en el artículo 233 del CCch, y su contenido era diverso, pues la norma incluía la potestad de castigo. Así se indicaba que: “Los padres tendrán la facultad de corregir y castigar moderadamente a los hijos y si esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional”.

Como podemos observar, el contenido de esta potestad de corrección era sumamente amplia, pues no solo incluía el castigo físico sino también la posibilidad de que el padre pidiera la detención del hijo o hija que se pretende disciplinar, para que ingrese a un establecimiento correccional. Lo anterior fue modificado en el año 1928, disponiendo el Código en su nueva redacción, la sustitución del poder del padre “de mandar a detener por un breve tiempo a su hijo, por una nueva potestad de un nuevo actor, el tribunal de menores, de determinar sobre la vida futura de éstos, hasta los veinte años”¹.

Sin embargo, el contenido original del texto indicado, que data del CCch del año 1855, y que fue incorporado por la Comisión Revisora del año 1853, fue modificado por la Ley 19.585, denominada Ley de Filiación, en la que se estableció en el artículo 234 que: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”. Con esta nueva disposición la potestad de castigo evoluciona a una facultad de corrección, lo que resulta un avance y una delimitación al ejercicio de ésta. No obstante, lo anterior “la difi-

¹ Couso Salas, Jaime, “La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno”, *Colección de Informe de Investigación*, año 5, núm. 15, junio de 2003, pp. 321-357, https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/15_laotraviolencia_JaimeCouso.pdf

cultad de definir cuándo se menoscaba la salud o desarrollo personal, generaba una tolerancia jurídica al maltrato al ser posible sostener que este estaba justificado cuando se enmarcaba en la facultad de corrección y no estaba probado el menoscabo o aquel era insignificante”².

En conclusión, con la modificación introducida por la ley 19.585 tenemos una norma que otorga una facultad de corrección expresa para los padres, pero que implícitamente conduce a la admisión de castigos físicos, pues va asociada a procurar que la corrección no genere menoscabo, resultando ser este último un concepto abierto e indeterminado. Lo anterior fue advertido por el Comité de Derechos del Niño, que manifestó en sus recomendaciones al Estado de Chile que “enmiende el artículo 234 del Código Civil y haga cumplir leyes que prohíban explícitamente todas las formas de castigos corporales a los niños sea donde fuere, incluso en el hogar”³.

Cabe destacar que el camino de cambio legislativo, tal como indicamos, se inicia con la ratificación del Estado de Chile de la CDN que instaura un nuevo paradigma en el cual, los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) dejan de ser solo objeto de protección, y pasan a ser concebidos como sujetos de derecho; fundamentándose este instrumento internacional “en la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen, asumiendo, de igual modo, las responsabilidades inherentes al cumplimiento de deberes, es decir, les otorga el ejercicio paulatino de la ciudadanía”⁴.

El nuevo enfoque acerca de los NNA, vino acompañado del rol del Comité de Derechos del Niño, que es un órgano perteneciente a la Organización de Naciones Unidas, encargado de hacer seguimiento al avance e implementación de los Estados parte en cuanto al cumplimiento de la CDN. Asimismo, “proporciona orientación sobre su interpretación por medio de la emisión periódica de Comentarios Generales sobre artículos y temas, y convoca también a días de debate general”⁵. En el contexto de esta función, se emitió la observación general N°8 en el año 2006, que versa sobre el maltrato a los NNA. Este comentario reflexiona sobre la eliminación de los castigos corporales y otros tratamiento degradantes o humillantes, lo que no se opone “en modo alguno al concepto positivo de disciplina”⁶. De este modo, el Comité “insiste en que la elimina-

2 Acuña San Martín, Marcela, “Corregir no es castigar”, *Mercurio Legal*, abril de 2019, <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907369&Path=/oD/D8/#:~:text=Correcci%C3%B3n%20y%20castigo%20son%20cosas,de%20la%20relaci%C3%B3n%20paterno%2Dfilial>.

3 Comité de Derechos de los Niños, “Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención”, Naciones Unidas, abril de 2007, pp. 1-19, <https://www.unicef.org/chile/media/2616/file> (consultada 18 de septiembre de 2023).

4 Freitas Barros, Luisa Mercedes, “La convención internacional sobre los derechos del niño: Apuntes básicos”, *Educere*, año 12, núm. 42, julio–septiembre de 2008, p. 432, <http://ve.scielo.org/pdf/edu/v12n42/arto2.pdf> (consultada 18 de septiembre de 2023).

5 Retamal Retamal, Alejandra y Salinas Suárez, Carolina, “Avances y desafíos a la luz de las observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a Chile”, en Domínguez Hidalgo, Carmen (coord.), *Convención Internacional De los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019, pp. 19-29.

6 Comité de Derechos del Niño, “Observación General”, Naciones Unidas, núm. 8, 2006, pp. 1–16, <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5FovF1b6rTFNjw4eY3W5adlOuDmaWHHv5SI%2fmE3GtxI2oVC8%2fAhrUwKZgQib6Ip%2b%2bhiHI%3d> (consultada 18 de septiembre de 2023).

ción de los castigos violentos y humillantes de los niños mediante una reforma de la legislación y otras medidas necesarias es una obligación inmediata e incondicional de los Estados Partes”⁷.

Resulta importante tener presente que el Comité destaca que el castigo físico no puede ser sinónimo de disciplina, aludiendo, creemos, a la concepción de crianza de antaño, en el que la facultad de castigo físico era entendida como parte del derecho-deber de educar a sus hijos⁸ “y en el ejercicio de esta esencial misión, a los padres debe dotárseles de la autoridad suficiente”⁹. Bajo la justificación de este derecho-deber la violencia con los hijos e hijas no solo fue tolerada socialmente, sino admitida por el derecho, específicamente en la legislación civil. Sin perjuicio de aquello, en esa época se habló de un “poder penal doméstico”¹⁰, pues tal como indicamos precedentemente, hasta el año 1928, el padre podía solicitar la detención de su hijo, si la corrección no resultaba suficiente.

Asimismo, contribuye en el nuevo enfoque de crianza y corrección, alejado del castigo físico, la dictación de normativa que sanciona la violencia intrafamiliar. Así las cosas, en Chile, en el año 1994 se reconoce por primera vez que la “violencia intrafamiliar es una conducta merecedora de reproche social”¹¹. Lo anterior se materializa con la Ley N°19.325, que tiene una orientación terapéutica y apunta a la reeducación del ofensor y a la recomposición del vínculo familiar, más no a la sanción penal. En consecuencia, no es hasta el año 2005, con la promulgación de la Ley N°20.066, que hay un cambio de criterio. Esta normativa tipifica la conducta de maltrato habitual como un delito, y permite la intervención de la justicia de familia y penal. Dentro de las razones de política criminal que justifican y fundamentan la dictación de esta nueva legislación sobre violencia intrafamiliar, y que permiten justificar la inclusión del delito de maltrato habitual, se encuentran las connotaciones de este fenómeno, “que la distinguen de los delitos comunes como, por ejemplo, el vínculo existente entre agresor y ofendido, o la habitualidad de la conducta”¹².

En este sentido, es importante resaltar que la Ley 20.066 incluye, dentro de los sujetos pasivos de las conductas tipificada por la norma, a una serie de parientes que menciona el artículo 5°. La norma indica en su inciso 2°: “también habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familia”.

Los motivos político-criminales de la incorporación del delito de maltrato habitual, y de la sanción en general de todo maltrato en el contexto de la familia, se hallan en la vulnerabilidad,

7 *Ibidem*, p.7.

8 Rodríguez Pinto, María, “Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos”, *Ius et Praxis*, año 16, núm.1, 2010, pp. 55-84.

9 Baraona, Jorge y Tapia, Mauricio, “Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm.1, abril de 2008, pp. 211-215.

10 Couso, Jaime, *op. cit.*, pp. 321-357.

11 Casas Becerra, Lidia y Vargas Pavés, Macarena, “La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar”, *Revista de Derecho*, vol. 24, núm. 1, julio de 2011, p. 134.

12 Villegas Díaz, Myrna, “El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado”, *Política criminal*, vol. 7, núm. 14, diciembre de 2012, p. 278.

que entiende el legislador chileno, en que se encuentran los NNA, cuando sus adultos responsables incurren en actos u omisiones que afectan su dignidad e integridad física y psíquica, pues terminan siendo agredidos por quienes están llamados a protegerlos y contenerlos. Los motivos anteriores pueden ser replicados para la Ley N° 21.013 del año 2017, que tipifica “un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial¹³”, estableciendo los artículos 403 bis y 403 ter en el Código Penal chileno (en adelante, CPch)¹⁴.

Podemos advertir, que los avances legislativos introducidos por la CDN, leyes 20.066 y 21.013, son armónicos al concretar la consideración de los NNA como sujetos de derechos y de persona en desarrollo, “dejando atrás la concepción de que el menor era un simple destinatario de acciones sociales o un mero objeto de sus padres y del Estado o un sujeto pasivo de medidas de protección”¹⁵, tal como ya hemos indicado en los párrafos precedentes.

III. Modificaciones al artículo de 234 del CCCh

De acuerdo con lo expuesto, la norma contenida en el artículo 234, si bien derogó la facultad de castigar a los hijos e hijas, su redacción permitía implícitamente otros tipos de correctivos, que podían conducir a situaciones de maltrato. Esto provocó la presentación de varias iniciativas que tenían por objetivo modificar el texto legal, que ya había sido sustituido por la ley 19.585, en cuanto a eliminar el castigo físico, aunque la disposición seguía siendo ambigua.

En este sentido, se presentó una moción parlamentaria que contenía un proyecto de ley con un solo artículo, en el siguiente tenor: “Los padres tendrán la facultad de corregir a sus hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. En ningún caso podrán golpearlos”. En la misma dirección se presentaron otras iniciativas, pero prosperó el proyecto de ley presentado por el poder ejecutivo, que tenía por objeto, introducir modificaciones a la Ley N°19.968 que crea los tribunales de familia. Su finalidad fue mejorar la implementación de la reforma a la justicia de familia, y la modificación de algunas leyes especiales, normas del Código Orgánico de Tribunales y del CCCh.

En lo atinente al tema de este trabajo, con la dictación de esta ley se reforma el artículo 234, prohibiendo todo tipo de castigo físico a los niños, y señalando a la Convención de Derechos del Niño como carta de navegación. En resumen “la evolución culmina en el año 2008 cuando la Ley N°20.286 modifica el artículo 234 del CCCh, y le da su actual fisonomía, se mantiene la fa-

¹³ Carreta Muñoz, Francesco y Barcia Lehmann, Rodrigo, *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*, Santiago, DER Ediciones, 2021, p. 159.

¹⁴ El artículo 403 bis del Código Penal, prescribe: que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la Ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad. El que, teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a este.

¹⁵ Gómez de la Torre, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay “Dámaso Antonio Larraña”*, año 14, núm.18, diciembre de 2018, p. 118.

cultad de corrección, pero se agrega que ella excluye toda forma de maltrato físico y psicológico, y que debe ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶.

En consecuencia, y en relación con lo indicado, cuando hacemos referencia al castigo, hacemos alusión a la aplicación de un estímulo negativo para reducir o eliminar una conducta determinada. En este sentido “hay dos tipos de castigo típicamente empleados con niños: el que incluye reprimendas verbales y desaprobación y el que produce dolor físico¹⁷. La actual disposición, del artículo 234 del CCch proscribire el castigo físico, y va en concordancia de las observaciones generales del Comité de Derechos del Niño, y de las recomendaciones realizadas al Estado de Chile, lo que no obsta a eliminar la facultad de corrección que es inherente a los padres. Por lo anterior, cabe preguntarse entonces, cuál es el tipo de corrección validada y admitida por el derecho, pues los castigos corporales no son admisibles, y además cualquier uso de la violencia atenta contra la dignidad humana, valor del que también están dotados los NNA.

Por lo tanto, siguiendo las recomendaciones de la Observación General N°8, el contenido esencial de la facultad de corrección de los padres consiste en construir una disciplina positiva, la que “consiste en reforzar los valores de la dignidad del niño/a, de sus capacidades y participación social, el desarrollo de su autodisciplina y carácter¹⁸. Es importante considerar que lo anterior debe ser materializado mediante políticas públicas que tengan por fin la prevención de todo tipo de violencia y promoción de los derechos de los NNA. Del mismo modo se justifican las reformas legislativas que apuntan a sancionar penalmente el maltrato, aun cuando se cometa al interior de la familia. Por lo tanto “la responsabilidad de los padres lleva aparejadas la dirección y orientación adecuadas de los hijos sin ninguna forma de violencia¹⁹.”

IV. Alcances en la legislación penal chilena

El maestro Roxin, homenajeado en esta obra colectiva, se había referido a esta cuestión en el año 2005, a propósito de la entrada en vigor de una nueva ley en Alemania para la proscripción de la violencia en la familia, que en lo sustantivo declaraba ilícitos los castigos corporales, las lesiones síquicas y otras medidas degradantes, dando una última palada al derecho de corrección paterna en ese país, al menos en la forma en que se concebía clásicamente (al igual que en Chile)²⁰.

30

Como relata el profesor de la Universidad de Múnich, la evolución en el derecho penal alemán fue, desde un reconocimiento al derecho de corrección del padre (progenitor varón), que incluía los castigos físicos, hasta la aparente prohibición de estos en el año 2005, junto a las lesiones síquicas y otros tratos degradantes. Se refleja en este tránsito un espectro cada vez más

16 Acuña San Martín, Marcela, *op. cit.*, p. 1.

17 Saucedo-García, Juan Manuel, *et al.*, “El castigo físico en la crianza de los hijos: Un estudio comparativo”, *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, Vol. 63, núm.6, noviembre-diciembre de 2006, p. 383, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmim/v63n6/v63n6a4.pdf> (consultada 18 de septiembre de 2023)

18 Calderón Gamboa, Jorge, “El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un desafío internacional”, *Isonomía*, núm. 31, octubre de 2009, p. 89, <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n31/n31a5.pdf> (consultada 18 de septiembre de 2023).

19 Comité de Derechos del Niño, “Observación General...”, *op. cit.*, p. 13.

20 Roxin, Claus, “La calificación jurídico-penal de la corrección paterna”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 16, 2005, pp. 233-242, <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24984/19837> (consultada 18 de septiembre de 2023)

amplio de sujetos titulares del derecho de corrección (incluyendo a la madre, los padres adoptivos y los tutores), con una reducción en el contenido de dicha facultad²¹.

De acuerdo con lo anterior, el derecho de corrección paterna en Alemania, como causal de justificación, estaría reducido a cualquier forma de educación correctiva que no implique el castigo corporal (con total prescindencia de la magnitud), la lesión síquica y otras vías de educar que impliquen un trato degradante para el o la menor.

Roxin señala que la literalidad de la norma alemana solo podría establecer una única interpretación válida, que es la que prohíbe incluso las actuaciones físicas que podrían considerarse irrelevantes (es decir, no degradantes), en la medida que, por ser físicas, son humillantes para los NNA, a pesar de no constituir maltratos. Esta interpretación, como señala el autor, no solamente excluye el castigo físico que pudiera considerarse “educativo”, sino que en general toda aplicación de fuerza física sobre los menores, las que podrán ser subsumidas a título de lesiones, según su legislación²².

El problema planteado, totalmente extensible a la situación chilena, se manifiesta en cómo lograr el equilibrio entre el cuidado y protección de los menores de edad en el contexto familiar, y la mínima intervención del derecho penal en las dinámicas familiares de educación. No estamos hablando aquí, como señala el homenajeado, de aquellas situaciones de violencia intrafamiliar permanente, donde la posibilidad de excluir responsabilidad penal, de lege lata y de lege ferenda, parecen nulas (y bien que así sea), sino de los casos en que los NNA viven en condiciones de educación positivas dentro de su entorno familiar. Pues en estos, pese a la falta aparente de problemas, basta para la intervención penal una situación compleja que lleve a uno de los padres a aplicar una bofetada o, como se dice en Chile, un “coscorrón”, para corregir al hijo. Roxin considera que una reacción así es “humanamente comprensible”²³.

Ahondando en esto, la postura del maestro es que la sobre-criminalización, al menos en el escenario recién planteado, sería infinitamente más perjudicial que la tolerancia (penalmente admisible) de una intervención física de uno de los padres sobre los NNA, generando una crisis de confianza y una estigmatización allí donde no lo había, cuestiones que podemos entender como de difícil reparación. En palabras de Roxin, “El daño resultante para la paz familiar y para el desarrollo ulterior del hijo puede ser inmensamente mayor que si tras una bofetada -aunque ilícita- todo vuelve a estar bien”²⁴.

Desde nuestra perspectiva, esta visión, si bien razonable, podría implicar una cierta mirada discriminatoria, quizás más notoria en Chile que en Alemania. Las familias cuyo entorno suelen ser pacíficos, es decir, sin situaciones permanentes de violencia, serán mucho más comunes allí donde una serie de necesidades básicas están cubiertas (salud, educación de calidad, transporte) e incluso aquellas consideradas aún en nuestro país como un lujo (ocio, turismo, deportes), y menos comunes donde la expectativa razonable de alimentarse, descansar, reír o disfrutar son más ilusorias que reales. Lo primero representa a las clases sociales más acomodadas, mientras

²¹ *Ibidem*, p. 234.

²² *Ibidem*, pp. 237-238.

²³ *Ibidem*, p. 240.

²⁴ *Ibidem*, p. 241.

lo segundo, como máximo, a la clase media (media-media y media baja, entendiendo que las clasificaciones socioeconómicas son múltiples), produciéndose la perpetuación de la intervención penal por hechos violentos en determinados sectores de la sociedad²⁵.

En Chile, las figuras típicas que podrían aplicarse a un menor de edad por un castigo físico o verbal y que eventualmente podrían justificarse por el artículo 234 del CCch, serían las lesiones menos graves, del artículo 399, los delitos de maltrato físico relevante y trato denigrante, de los artículos 403 bis y ter, todos del Código Penal chileno (en adelante CPch), a lo que se suma el delito de maltrato habitual en contexto intrafamiliar, de la Ley N° 20.066 y el de injurias, de los artículos 416 y siguientes. Otras figuras, como las lesiones leves, del artículo 494 N° 5, lesiones simplemente graves y graves gravísimas, del artículo 397, deberían ser descartadas.

Tal descarte se explicaría, en el primer caso, por la restricción explícita que hace el legislador en el citado artículo, que señala que no podrán calificarse como tales “[...] las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, ni aquellas cometidas en contra de las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 403 bis de este Código”. Es decir, aunque por su naturaleza una lesión causada a un menor de 18 años sea constitutiva de lesiones leves, estas deberán reconducirse al artículo 399 y castigarse como lesiones menos graves²⁶. El caso del simple ejercicio de la fuerza que sea considerado maltrato corporal estaría subsumido en el tipo correspondiente, y su eventual justificación será abordada *infra*.

Para las lesiones simplemente graves y graves-gravísimas, la exclusión se entiende pues la magnitud de dichas lesiones (enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días, o bien efectos permanentes como quedar demente o impedido de un miembro importante), son en absoluto conciliables con el uso de una fuerza medida o mínima para aplicar un castigo correctivo físico y, por tanto, estarían materialmente fuera de una justificación por derecho de corrección²⁷. A diferencia del Código Penal alemán, en nuestro cuerpo normativo la causal de justificación aplicable usualmente a los casos de lesiones a hijos o hijas es genérica, y se trata de la contenida en el artículo 10 N°10, conocida como el ejercicio legítimo de un derecho, en este caso, el derecho de corrección paterna²⁸. Este derecho estaría contenido en el artículo 234 inciso primero del CCch ya reproducido, cuyos márgenes son los que permitirían justificar una conducta típica de los artículos 397, 403 bis o 403 ter, ya mencionados.

Siguiendo los parámetros establecidos por Roxin, la norma facultativa chilena es menos restrictiva que la alemana, pues dejaría un margen a la aplicación de castigos mientras se cumplan dos condiciones: que los castigos no sean considerados “maltratos” y que no menoscaben la

25 Al respecto, aunque de manera más amplia, véase: Marinucci, Giorgio y Dolcini, Emilio, «Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 9, 2002, pp. 147-168.

26 Van Weezel de la Cruz, Alex, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 2, agosto de 2008, pp. 223-259, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n2/arto2.pdf> (consultada 18 de septiembre de 2023)

27 Matus Acuña. Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia, *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 4ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021, p.123.

28 Según Matus/Ramírez, refiriéndose al sistema alemán, no sería necesario por la unidad del orden jurídico. Ver: *Ibidem*, p. 355.

salud y desarrollo personal de los NNA. Todo matizado por el cumplimiento de la legislación nacional y especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

En este último instrumento, el artículo 19 establece como deber de los Estados Parte proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos y explotación, incluido el abuso sexual. Esta idea de violencia se amplía al considerar otras normas de la Convención, como los artículos 11 o 33, por ejemplo, que dan al concepto una naturaleza amplia²⁹, comprehensiva de formas de violencia contra los menores que no impliquen, necesariamente, el uso de la fuerza física o moral³⁰.

Bórquez considera que la violencia que se ejerce contra NNA, es una expresión que engloba “el conjunto de actos y omisiones, intencionados o no, que son capaces de dañar la supervivencia, la integridad, la salud o el desarrollo de un niño, y en todo caso, su dignidad”³¹. La amplitud de esta definición, en la línea de la CDN, permite incluir lo que tradicionalmente se entiende por violencia (un uso intenso de la fuerza física o moral³²), pero también otras formas más solapadas o invisibles, como la violencia por negligencia o descuido, o la violencia que implica ignorar sistemáticamente a la víctima, o los supuestos indicados en el párrafo anterior, sobre drogas o traslados ilícitos al extranjero³³.

Siguiendo en esto a Bórquez, los alcances del concepto de violencia contra NNA en la Convención, sería inclusiva para toda conducta que tienen la potencialidad de afectar significativamente el bienestar y el desarrollo de hijos o menores sometidos a guarda, en ocasiones incluso de manera irreversible³⁴. Esto es concordante con el tenor del artículo 234 del Código Civil,

29 Espejo Yaksic, Nicolás, “El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile”, en Bórquez, Blanca (coord.), *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2015, pp. 28-29.

30 Lampert Grassi, María Pilar, “Caracterizando la violencia sexual contra la infancia”, en Bórquez, Blanca (coord.), *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2015, p. 59.

31 Bórquez Polloni, Blanca, “Presentación”, en Bórquez, Blanca (coord.), *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2015, p. 17.

32 El concepto de violencia es posible de graduar de acuerdo con su intensidad, lo que puede depender del mismo receptor. Couso lo explica a propósito del verbo rector del delito del artículo 341, que es “acometer”, expresión que por sí misma implicaría el uso de fuerza física. Para el autor, la figura calificada por el uso de violencia solo se explicaría si la intensidad del ataque físico es mayor al de la figura básica, que necesitaría solo un mínimo despliegue de aquella. Couso Salas, Jaime, “Arts. 340 a 341”, en Couso Salas, Jaime y Hernández Basualto, Héctor (dirs.), *Código penal comentado. Parte especial. Libro Segundo. Título VI (Arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019, p. 563. En similar sentido, a propósito de amenazas y coacciones, Maldonado establece que ambas formas comisivas se entienden comprendidas por la expresión “violencia”. Maldonado Fuentes, Francisco, “Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno”, *Revista Política Criminal*, Vol. 13, núm. 25, julio de 2018, pp. 15- 16.

33 Como bien reconoce la autora, estas formas de violencia pueden llegar a producir daños irreversibles en contra de quien se ejerce, de la misma manera que la fuerza física o verbal. Bórquez Polloni, Blanca, *op. cit.*, p. 17. No parece haber dudas respecto a la inclusión de las omisiones como forma de manifestación de violencia contra menores. Lampert Grassi, María Pilar, *op. cit.*, p. 54.

34 Bórquez Polloni, Blanca, *op. cit.*, p. 17.

pues se alinea en la consideración excluyente de los maltratos físicos y psicológicos, junto con la ausencia de menoscabo a la salud y el desarrollo personal de NNA.

Por lo tanto, el contenido de la facultad de corrección paterna como causal de justificación ajustable al artículo 10 N° 10 del Código Penal chileno, seguiría manteniendo un pequeño margen excluyente de responsabilidad, en la medida que el castigo físico sea de una entidad tal, que no pueda ser considerado maltrato, y que no cause menoscabo a la salud o desarrollo del menor. Sin embargo, a pesar de lo recién expuesto, en la práctica el problema (o la solución) ya no es en sede de antijuridicidad, sino de tipicidad.

Lo anterior se explica por lo siguiente: si estamos frente a un delito de lesiones, de cualquier tipo, ya se presenta un menoscabo a la salud o a la integridad física del menor, por enfermedad o incapacidad para el trabajo exigido en la faz objetiva del artículo 399. Si no existe resultado típico, pero sí fuerza física, derivamos a la figura del artículo 403 bis, que exige un maltrato corporal, pero que además sea relevante, excluido de la facultad de corrección del artículo 234 del CCch, de forma similar a la exigencia de maltrato habitual, del delito contenido en el artículo 14 de la Ley N° 20.066. Por su parte, si estamos frente a una injuria, la estructura típica exige una expresión o acción con ánimo de deshonrar, desacreditar o menoscabar a otra persona (sujeto pasivo que incluye a NNA), lo que también es incompatible con los márgenes de la facultad de corrección paterna.

Con estos “filtros” de tipicidad, ya sería imposible de cumplir con el ejercicio “legítimo” (justificado) del derecho de corregir y educar que poseen los padres y encargados de la custodia del menor. El único supuesto de castigo que no cumpliría con los alcances de uno de estos tipos sería uno de fuerza moral (castigo verbal), que no alcance la intensidad para ser considerado maltrato, pero que tampoco sea repetitivo, para escapar del delito de maltrato habitual en contexto intrafamiliar, ni genere menoscabo a la salud síquica o altere el desarrollo personal del menor. Pero en este hipotético caso, ya no estaríamos frente a una conducta típica, por lo que la eventual justificación se vuelve irrelevante.

34

En este escenario, no queda más que compartir lo expuesto por Matus/Ramírez, en cuanto a que se encontraría suprimida la corrección paterna en los términos ya expuestos³⁵. De *lege ferenda*, para la legislación alemana, Roxin propone la creación de una causa personal de exclusión de punibilidad, que beneficie a cualquiera que sea titular de la guarda de los NNA (padres biológicos, adoptivos, tutores), como una forma de compensar el merecimiento de la pena por un injusto penal culpable, con la necesidad de no aplicación de la pena en un caso concreto, logrando así la proscripción de la violencia sin quebrantar a la familia con la intervención del derecho penal.

Esta propuesta, desde nuestra perspectiva, tiene un problema importante: la exclusión de la pena por una causa personal implica la judicialización de la causa, con la participación de los organismos pertinentes del Poder Judicial u otros de la administración, propios del cuidado de NNA. Si esto ocurre, por mucho que no exista cumplimiento de una pena para el hechor, ya se habrá quebrantado la armonía familiar y se habrá producido la estigmatización, resultado del

35 Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia, *Manual de derecho penal chileno. Parte especial...*, op. cit., p.123.

sometimiento al proceso de los involucrados. La propuesta del maestro no logra evitar lo que él mismo esperaba aislar.

En el marco de nuestro derecho penal, las únicas defensas posibles serían en sede de culpabilidad, con mayor o menor probabilidad de éxito, pero que ya escapan de la facultad paterna de corregir y educar, en los términos del CCch. Así, un eventual error de prohibición por inexistencia de la causal de justificación, una pérdida temporal de razón, una fuerza irresistible o un estado de necesidad exculpabilizante, no vendrían sino a reafirmar que el derecho de corrección paterna tiene un margen muy reducido de acción, y que cualquier eximente de responsabilidad, ya no vendría dado por el contenido de injusto, sino por el reproche (o falta de este) personal del imputado.

VI. Conclusiones

Lo razonado por el maestro Roxin respecto a la posibilidad de excluir la responsabilidad penal de padres y encargados de la custodia de un menor, por los castigos que infrinjan a los NNA, es perfectamente aplicable a la realidad chilena, de lege lata y de lege ferenda. Así como en Alemania se excluye del derecho de corrección cualquier castigo corporal, lesión síquica u otras medidas correctivas degradantes, en Chile tales facultades están limitadas por la exclusión de maltratos corporales o síquicos, que afecten la salud del menor o menoscaben su integridad, limitando en ambos casos los medios de educación, castigo y/o corrección.

En el ordenamiento jurídico-penal chileno, los tipos penales que podrían captar razonablemente las medidas correctivas, como las lesiones menos graves, el maltrato físico relevante, el trato degradante, las injurias y el maltrato habitual en contexto intrafamiliar, por su estructura típica, se vuelven incompatibles con la posibilidad de ser justificados en el marco del artículo 10 N° 10 del CPch, por cualquier castigo que implique violencia o maltrato, físico o verbal. Superando la barrera de la tipicidad, queda un nulo ámbito de aplicación al derecho de corrección paterna consagrado en el CCch como eximente de responsabilidad penal, por no poder considerarse como ejercicio legítimo de dicha facultad.

Bibliografía citada

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, “Corregir no es castigar”, *Mercurio Legal*, Santiago, abril de 2019, <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907369&Path=/oD/D8/#:~:text=Correcci%C3%B3n%20y%20castigo%20son%20cosas,de%20la%20relaci%C3%B3n%20paterno%2Dfilial>.

BARAONA, Jorge y TAPIA, Mauricio, “Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm.1, abril de 2008, pp. 211-215.

BÓRQUEZ POLLONI, Blanca, “Presentación”, en Bórquez, Blanca (coord.), *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2015, pp. 17-24.

- CALDERÓN GAMBOA, Jorge, “El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un desafío internacional”, *Isonomía*, núm. 31, octubre de 2009, pp. 73-95, <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n31/n31a5.pdf>.
- CARRETA MUÑOZ, Francesco y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Convención de derechos de niños, niñas y adolescentes en el contexto judicial*, Santiago, DER Ediciones, 2021.
- CASAS BECERRA, Lidia y VARGAS PAVÉS, Macarena, “La respuesta estatal a la violencia intrafamiliar”, *Revista de Derecho*, vol. 24, núm. 1, julio de 2011, pp. 133-151.
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Observación General”, *Naciones Unidas*, núm. 8, 2006, <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5FovF1b6rTFNjw4eY3W5adlOuDmaWHHv5SI%2fmE3GtxI2oVC8%2fAhrUwKZgQib6Ip%2b%2bhiHI%3d>.
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, “Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención”, *Naciones Unidas*, abril de 2007, pp. 1-19, <https://www.unicef.org/chile/media/2616/file>.
- COUSO SALAS, Jaime, “La otra violencia. Poder penal doméstico sobre los niños en el Derecho chileno”, *Colección de Informe de Investigación*, año 5, núm. 15, junio de 2003, pp. 321-357, https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/15_laotraviolencia_JaimeCouso.pdf.
- _____, “Arts. 340 a 341”, en Couso Salas, Jaime y Hernández Basualto, Héctor (directores), *Código penal comentado. Parte especial. Libro Segundo. Título VI (Arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019, pp. 561-566.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás, “El desafío de superar la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en Chile”, en Bórquez, Blanca (coord.), *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2015, pp. 25-52.
- FREITES BARROS, Luisa Mercedes, “La convención internacional sobre los derechos del niño: Apuntes básicos”, *Educere*, año 12, núm. 42, julio–septiembre de 2008, pp. 431-437, <http://ve.scielo.org/pdf/edu/v12n42/arto2.pdf>.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz, “Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay “Dámaso Antonio Larraña”*, año 14, núm.18, diciembre de 2018, pp. 117-137.
- LAMPERT GRASSI, María Pilar, “Caracterizando la violencia sexual contra la infancia”, en Bórquez, Blanca (coord.), *Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*, Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2015, pp. 53-91.
- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio, «Derecho penal “mínimo” y nuevas formas de criminalidad», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 9, 2002, pp. 147-168.

- MALDONADO FUENTES, Francisco, “Amenazas y coacciones en el Derecho Penal Chileno”, *Revista Política Criminal*, vol. 13, núm. 25, julio de 2018, pp. 1-41.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Manual de derecho penal chileno. Parte general*, 2ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
- _____, *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 4ª Ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2021.
- RETAMAL RETAMAL, Alejandra y SALINAS SUAREZ, Carolina, “Avances y desafíos a la luz de las observaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas a Chile”, en Domínguez Hidalgo, Carmen (coord.), *Convención Internacional De los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019, pp. 19-29.
- RODRÍGUEZ PINTO, María, “Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos”, *Ius et Praxis*, año 16, núm.1, 2010, pp. 55-84.
- ROXIN, Claus, “La calificación jurídico-penal de la corrección paterna”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 16, 2005, pp. 233-242, <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24984/19837>.
- SAUCEDA-GARCÍA, Juan Manuel, *et al.*, “El castigo físico en la crianza de los hijos: Un estudio comparativo”, *Boletín médico del Hospital Infantil de México*, vol. 63, núm.6, noviembre-diciembre de 2006, pp. 382-388, <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmim/v63n6/v63n6a4.pdf>.
- VILLEGAS DÍAZ, Myrna, “El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado”, *Política criminal*, vol. 7, núm. 14, diciembre de 2012, pp. 276-317.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, “Lesiones y violencia intrafamiliar”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, núm. 2, agosto de 2008, pp. 223-259, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v35n2/arto2.pdf>.

