

SEMINARIO N° 1 DELITOS SEXUALES

1. Respecto a la jurisprudencia adjunta (I): ¿Cuál es a su juicio la solución correcta frente a los hechos acreditados en ambas sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Valparaíso? Fundamente.
2. En relación a los delitos sexuales cometidos contra *menores púberes (entre 14 y 18 años de edad)* –y de acuerdo al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos como criterio de legitimación de la intervención punitiva del Estado- argumente a favor de una de las siguientes opciones:
 - a. El bien jurídico protegido es la *indemnidad sexual*.
 - b. El bien jurídico protegido es la *libertad sexual*.
3. Si en la pregunta anterior argumentó a favor de la *indemnidad sexual* responda sólo la letra (a); si optó por la *libertad sexual* responda sólo la letra (b).

(a) Indemnidad sexual.

De acuerdo a las siguientes afirmaciones de Rodríguez Collao:

“[E]l objeto de tutela [de los delitos sexuales] es *el derecho de las personas a no verse involucradas en un contexto sexual, en atención al daño –físico, psíquico o emocional- que tal experiencia puede ocasionar en el común de los seres humanos*” (124);

“[L]o que la ley considera y desvalora (...) [es] la mera potencialidad de afectación que asigna a las distintas hipótesis conductuales que sanciona” (126);

“[E]l parámetro de la *indemnidad sexual* sin duda ofrece una solución mucho más acorde con (...) la opción legislativa de castigar (...) en atención a la lesividad intrínseca de cada comportamiento, y no en atención a si es más menos intenso el ataque a la capacidad de autodeterminación de la víctima.” (129)

- ¿ Tratándose de “un bien jurídico perfectamente disponible”(128), es posible legitimar el tratamiento punitivo diferenciado entre interacciones homosexuales y heterosexuales consentidas por menores púberes en virtud de la supuesta “potencialidad corruptiva” (129) de las primeras? ¿Por qué?

(b) Libertad sexual.

De acuerdo a las siguientes afirmaciones de Oxman Vilches:

“[M]uchos de los tipos penales esconden la intención política de normativizar conductas sexuales. Es decir, ocultan la imposición instrumentalizada, institucionalizada y formalizada de modos o esquemas de comportamiento genérico que se suponen interiorizados por la generalidad de la población, como juicios de valor que motivan las actuaciones individuales en el ejercicio de la sexualidad...” (79);

“El Estado (...) no puede buscar la intangibilidad sexual absoluta de los jóvenes, porque la sexualidad es un proceso de interacción comunicativa y como tal ha de aceptarse que la misma puede estar expuesta a ciertos peligros propios de la vida diaria.” (83)

- ¿Cómo justificaría la punición de situaciones en que no existe un constreñimiento a tolerar una interacción de significación sexual respecto menores de edad si no es en base a un juicio de valor que suponga la intangibilidad sexual de los mismos? ¿Qué explicaría su mayor gravedad en comparación a las restricciones genéricas de la libertad?

4. Respecto a los Proyectos de Ley adjuntos (II): ¿Cuál es el denominador común entre ellos? ¿Por qué podría resultar problemática la justificación de las medidas propuestas?

Formalidades:

- *Extensión:* Máximo 6 planas.
- *Tamaño de papel:* Carta.
- *Letra:* Times New Roman, tamaño 12.
- *Interlineado:* 1,5.
- *Márgenes:* Superior e inferior 2,5 cm., izquierda y derecha 3 cm..
- *Párrafos:* Justificados.
- *Números de página:* En parte inferior (pie de página).
- *Citas:* A pie de página o al final del documento (no cuenta para efectos de extensión.)
- *Referencia bibliográfica:* Al final del documento en orden alfabético (no cuenta para efectos de extensión).
- Se descontarán hasta *0,5 puntos* por incumplimiento de formalidades.

I. JURISPRUDENCIA

(a) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 05.11.2003. Rol I. C. N° 23.952 01.

Valparaíso, cinco de septiembre de dos mil tres.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada, de fecha veintisiete de agosto de dos mil uno, escrita de fs. 209 a 213 vuelta de autos, previa introducción en ella de las siguientes modificaciones:

- A) En el encabezamiento del considerando primero, se reemplaza la expresión "dedos" por "de dos";
- B) En el párrafo 5 del fundamento primero se sustituye "fs. 57" por "fs. 52";
- C) En el párrafo final del motivo primero, se reemplazan los términos "en el coito bucal que éste realizó a los menores", por los que siguen: "en la succión que el tercero realizó a los penes de dichos "menores".
- D) Se eliminan los motivos segundo, cuarto, sexto, octavo, noveno y duodécimo;
- E) En las citas legales se sustituye la mención del artículo 363 N° 4 del Código Penal, por las de sus artículos 365 y 369 bis, y se elimina la indicación del artículo 482 del Código de Procedimiento Penal, y

Teniendo en su lugar y además presente:

Primero. Que en relación a los hechos que sirven de fundamento a la acusación de oficio de fs. 128, obran en el proceso los siguientes elementos probatorios de especial relevancia para su comprobación:

- a) Declaración extrajudicial prestada a fs. 24 por el menor cuyo nombre tiene las iniciales Ph.B.G., individualizado en el certificado de nacimiento de fs. 77, donde expresa que hace aproximadamente 5 años atrás (declara el 29 de octubre de 1999), comenzó una amistad con un tercero, de sexo masculino, con quien, en un principio, se juntaba en casa de éste a ver películas pornográficas, masturbándose ambos; agrega que, con el tiempo, la confianza se fue acrecentando, por lo que dicho tercero le "succionaba el miembro" y se masturbaban mutuamente, sin que nunca hayan llegado a concretar una relación sexual. Agrega que otro menor, al que individualiza con el nombre de Matías, fue también invitado por dicho tercero y "todos nos masturbábamos y nos succionábamos los miembros", dice que lo realizaban de común acuerdo, y que ello está muy claro en una de las filmaciones que ese tercero les hacía. Señala que los actos referidos han venido ocurriendo hasta el mes de septiembre de 1999, donde nuevamente realizaron lo mismo.
- b) Declaración extrajudicial prestada a fs. 26 por el menor cuyo nombre tiene las iniciales O.A.S.C., individualizado en el certificado de nacimiento de fs. 229, donde expresa que un tercero, al que dice conocer hace varios años, comenzó a llevarlo a su pieza para ver películas pornográficas; dice que, encontrándose el declarante en la edad de la pubertad, comenzaron a gustarle todas estas cosas, por lo

que cada vez que veía este tipo de películas se excitaba, llegando a masturbarse delante de dicho tercero, sin mantener nunca una relación homosexual, pero sí dejaba que lo filmara mientras el declarante se masturbaba; agrega que esto viene pasando hace muchos años a la fecha (declara en octubre de 1999), y que, aunque sabía que era malo, para él era una diversión. Señala que una vez ese tercero lo invitó con otro menor, que indica por su apodo de "el Pitu", y que, estando en la cama, comenzaron a masturbarse y luego dicho tercero le succionó el pene al declarante. Dice que todas las veces que hacía esto llegaba a eyacular, lo que para él era placentero. Agrega que él no era el único que hacía estas cosas con el mencionado tercero, sino que hay varios menores involucrados en este hecho, a los que indica por sus apodos, a los que vio en los videos que en varias oportunidades le mostró esa persona.

c) Declaración judicial prestada a fs. 52 por el mismo menor de iniciales O.A.S.C., en la que ratifica su deposición de fs. 26, y explica que cuando tenía como *doce o trece años* el tercero de que se trata le enseñó a masturbarse; que entre los *catorce a quince años* comenzó a practicar la masturbación delante de ese tercero, sin haber nadie más presente. Dice que en septiembre de 1999 el tercero los invitó, al declarante y a otro menor que individualiza como "el Pitu", y que entraron a su pieza, donde el tercero puso películas pornográficas, por lo que el declarante se excitó y el tercero "me succionó y el Pitu al vernos se masturbaba". Explica que en un principio sabía que era malo lo que estaba haciendo, pero que, pasado el tiempo, se fue acostumbrando, ya que para el declarante todo era normal. Indica que lo único que no le aceptó al tercero era mantener una relación homosexual con él.

d) Declaración extrajudicial prestada a fs. 28 por el menor cuyo nombre tiene las iniciales M.A.R.V., en que expresa que a principios de 1999 fue a casa de un tercero, cuyo nombre indica, con un amigo que individualiza por su apodo de "el Pitu", indicando que ellos empezaron a masturbarse, y que dicho tercero le succionaba el pene al Pitu, mientras el declarante miraba. Agrega que, con más confianza y habitualidad, y menos vergüenza, él también siguió ese juego y comenzó a masturbarse con ellos aproximadamente en unas 8 oportunidades, la mayoría de las veces en casa del tercero. Indica que en una oportunidad fueron al cerro, se masturbaron y el referido tercero le chupó el pene "al Pitu". Señala que en una oportunidad, que aparece filmada en un video, se encontraban como siempre el tercero, el "Pitu" y el declarante en la cama y el tercero comenzó a masturbar al "Pitu", este último al declarante "como también a succionar el miembro", precisando que ésta fue la única vez que dejó que le hicieran esto.

e) Declaración extrajudicial prestada a fs. 22 por el menor cuyo nombre tiene las iniciales A.F.G.I.F., en que expresa que en una oportunidad, se encontró en la calle con un tercero, quien le mostró videos en su cámara filmadora, en donde salían los amigos del declarante cuyos nombres tienen las iniciales L., Ph. y M., los que se masturbaban y también se chupaban el pene.

Carece de influencia el material videográfico y fonográfico agregado a los autos, por no haber sido sometido a pericias que permitan determinar a quiénes corresponden las imágenes y sonidos que allí aparecen; tampoco la tiene la documentación acompañada a la contestación de la acusación, por tratarse de documentos privados carentes de firma, no ratificados, y, por ende, sin valor probatorio.

Segundo. Que de la declaración prestada a fs. 49 vta. por el menor de iniciales Ph. M.B.G., individualizado en el certificado de nacimiento de fs. 77, consta que él responde al apodo de "el Pitu", lo que se corrobora con los dichos de los menores de iniciales A.G.I. a fs. 21; G.A.M. a fs. 30, y G.A. a

fs. 32, lo que también se desprende de los dichos del tercero en cuestión a fs. 18.

Tercero. Que el mérito de los elementos probatorios precedentemente expuestos, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permite establecer que un tercero, de sexo masculino, en un período de tiempo comprendido entre 1997 y septiembre de 1999, procedió en varias ocasiones a succionar con su boca los penes de los menores de iniciales Ph.M.B.A. y O.A.S.C., individualizado en sus certificados de nacimiento de fs. 77 y 229, quienes, a la sazón, de acuerdo a esos respectivos certificados de nacimiento, contaban con más de *catorce* años de edad y menos de dieciocho.

Cuarto. Que en su declaración extrajudicial de fs. 17 el encartado Miguel Angel Villarroel Pereira reconoce que logró tener más afinidad con los menores de iniciales O.S. y Ph. o "Pitu", que residen en las cercanías de la casa donde él vive, quienes lo visitan para ver películas de sexo "aprovechando los momento de calentura de mi parte para chuparles el pene, situación que en el último tiempo se hizo reiterativa." En su indagatoria de fs. 47, Villarroel ratifica "el parte policial en todas sus partes."

Quinto. Que las declaraciones del encartado configuran una confesión que reuniendo los requisitos legales y unida al mérito de los antecedentes probatorios expuestos en los motivos primero y segundo precedentes, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permiten establecer la participación de autor que correspondió a Miguel Angel Villarroel Pereira en los actos descritos en el fundamento tercero de este fallo.

Sexto. Que las conductas indicadas en el considerando tercero precedente, quedaban subsumidas, en la época de su ejecución, en la figura delictiva de abusos deshonestos que contemplaba en el artículo 366 del Código Penal, en su texto vigente hasta el 11 de julio de 1999, en que se produjo, a contar del 12 del mismo mes y año, su derogación por la ley N° 19.617 que sustituyó, entre otras normas, los preceptos contenidos en los párrafos 5 a 7 del título VII del Libro II de dicho Código.

Por consiguiente, procede examinar si los actos que eran sancionados como delitos de abusos deshonestos por el antiguo artículo 366 del Código Penal, continúan siendo castigados penalmente por la nueva legislación y, en caso afirmativo, si la pena que reciben actualmente es o no más favorable para el encartado para los efectos que contempla el artículo 18, inciso 2°, del Código Penal. La misma labor de subsunción cabe efectuar respecto de las conductas de que se trata ejecutadas bajo el imperio de la ley N° 19.617.

Séptimo. Que la conducta descrita en el fundamento tercero de este fallo no puede subsumirse en ninguno de los casos contemplados en el actual artículo 363 del Código Penal. En efecto, no resultan atinentes los descritos en sus números 1° a 3°, ni se encuentra acreditado en el proceso que el hechor haya engañado a los menores, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual, que es el caso previsto en el N° 4 de esta norma. Señala la doctrina respecto de este punto, que el engaño supone la falta de conocimiento que detenta la víctima sobre el contenido y alcance de una relación de carácter sexual, y que tal engaño radica en la posibilidad de incidir en la representación que el adolescente tenga respecto del hecho, para alterar la comprensión natural del significado de una cópula sexual, lo que no podrá ocurrir si éste ya comprende el sentido y alcance de tales actos (no puede ignorar o detentar una falsa noción respecto de algo que ya conoce o comprende). (Mario Garrido M. Derecho Penal, tomo III, pág. 390, Edit. Jurídica de Chile 2002). El nivel socioeconómico, educacional y edad de los menores,

que reconocen haber concurrido voluntariamente a ver películas pornográficas en casa del encartado, excluyen la hipótesis de que no estuvieran, en su desarrollo psíquico y personal, en condiciones de comprender el significado de los actos de succión bucal de sus penes de que fueron objeto.

Octavo. Que las conductas de que se trata quedan, en cambio, encuadradas en el actual texto del artículo 365 del Código Penal. En efecto, se trata de actos de acceso carnal ejecutados por vía bucal con menores de 18 años que tenían más de 14 años de edad, del mismo sexo que el hechor. Explica el mismo autor citado que el concepto de "acceso carnal" que utiliza esta norma, es el mismo que se emplea en el artículo 361 respecto del delito de violación, y, tratando de este último, señala que en la voz "acceder" se comprende, en realidad, cualquier clase de acceso que sea carnal (se descarta por lo tanto el empleo de objetos o instrumentos), siempre que ese acceso esté dirigido a lograr el orgasmo sexual de alguno de los que interviene corporal y personalmente en el hecho, siendo suficiente el sentido direccional del comportamiento, aunque no es necesario que el orgasmo se concrete. Agrega que, puede ser sujeto activo de violación tanto un hombre como una mujer indistintamente, lo que respalda con argumentos basados tanto en el texto del artículo 361 del Código Penal como de la historia de su establecimiento. Agrega que las expresiones empleadas por dicho artículo 361 no limitan la acción a la penetración del órgano viril mediante una conducta activa del varón, sino que la extiende, entre otros casos, a la de una mujer que introduce ella misma el referido órgano a su vagina, ano o "boca." (M. Garrido M., obra citada, págs. 351, 353 y 432). Estas precisiones relativas al sentido y alcance de los términos "acceso carnal" que forman parte de la descripción típica del delito de violación, son aplicables al caso del delito contemplado en el artículo 365 del Código Penal, estructurado en torno al mismo verbo rector "el que accediere carnalmente". En consecuencia, cabe calificar como actos de acceso carnal los que se imputan al encartado de autos, descritos en el considerando tercero de este fallo. No obsta a tal conclusión el hecho de que, a diferencia del artículo 361, el artículo 365 del Código citado no especifique la vía de acceso carnal (vaginal, bucal o anal), pues, como concluye el autor antes citado, es obvio que este precepto, por el contexto de las disposiciones, se refiere a todas esas alternativas y su repetición puede haberse considerado redundante (M. Garrido M., obra citada, pág. 432).

El precepto en examen, artículo 365 del Código Penal, exige, además, para la configuración de este delito, que no medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Ya hemos visto, respecto del estupro, que no concurre en la especie la circunstancia del engaño prevista en el N° 4 del artículo 363, y en lo relativo a las del artículo 361, no están configurados en autos de fuerza ni de intimidación que el hechor haya ejecutado sobre los menores para obtener el acceso carnal. Las amenazas de contar lo ocurrido a sus padres, que relata el joven de iniciales Ph.B.G., no pueden calificarse como actos de intimidación, para estos efectos, pues como dice Garrido Montt, "la intimidación consiste en la presión psicológica de obra o de palabra que se ejerce sobre la víctima mediante la amenaza de verse expuesta a sufrir un mal próximo", y tales amenazas carecen de la entidad, gravedad y fuerza para ser calificadas como constitutivas de la intimidación concurrente en el delito de violación. Por ende, se cumple en el caso de autos con el otro requisito exigido por el artículo 365 en examen, de que en el acceso carnal a los menores no medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro.

Noveno. Que el delito de abusos deshonestos que contemplaba el artículo 366 del Código Penal, en su texto vigente a la fecha en que entró a regir la ley 19.617, estaba castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados, en tanto que el actual artículo 365 de dicho Código sanciona al delito que allí

describe con reclusión menor en su grados mínimo a medio, pena que es más favorable, por lo que, de conformidad a lo prescrito por el artículo 18, inciso 2º, del mismo Código, deberá ajustarse a la norma vigente el juzgamiento de las conductas imputadas al encartado.

Décimo. Que de todo lo razonado se concluye que el encartado Miguel Angel Villarroel Pereira tuvo participación de autor en los ilícitos de que se trata, que configuran dos delitos previstos y penados en el actual artículo 365 del Código Penal, cometidos en las personas de los menores de iniciales O.A.S.C. y Ph.B.G. individualizados, respectivamente, en los certificados de nacimiento de fs. 229 y 77.

Decimoprimer. Que la condena que registra su extracto de filiación de fs. 105 impide reconocer en favor del encartado la minorante de su irreprochable conducta anterior. En cuanto a las agravantes del artículo 12 N° 5, 6 y 7 del Código Penal, que hace valer el querellante particular en su acusación de fs. 131, cabe desecharlas por no constar de autos las circunstancias de hecho que las configurarían.

Duodécimo. Que por ser más favorable al acusado, se le sancionará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, en lugar de lo establecido en el art. 74 del Código Penal, y como no concurren modificatorias de su responsabilidad, corresponde imponerle la pena de reclusión menor en su grado mínimo, aumentándola en un grado por la reiteración, quedando, en consecuencia en quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, más las accesorias correspondientes.

Decimotercero. Que en cuanto a la acción civil, cabe tener presente que no se encuentra acreditado el daño emergente que se cobra en la demanda contenida en el primer otrosí de fs. 131, y en cuanto al daño moral, se demanda únicamente el ocasionado al padre del menor de iniciales Ph.B.G., por lo que, conforme al mérito del proceso, cabe regularlo prudencialmente en la suma de \$ 2.000.000.

Decimocuarto. Que en los términos precedentemente expuestos, esta Corte disiente de la opinión manifestada por el Sr. Fiscal Judicial en su informe de fs. 226, en cuanto estima que procede confirmar en lo penal el fallo apelado que impone al encartado dos penas de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, y

Atendido lo dispuesto en los artículos 514 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se confirma la sentencia apelada, de fecha veintisiete de agosto de dos mil uno, corriente de fs 209 a 213 vuelta, con declaración de que Miguel Angel Villarroel Pereira queda condenado a la pena única de quinientos cuarenta y un días de reclusión menor en su grado medio, suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, y pago de las costas de la causa, como autor de dos delitos previstos y penados en el artículo 365 del Código Penal, cometidos en la Ciudad de Viña del Mar entre los años 1997 y 1999, en la persona de los menores antes singularizados.

Por reunirse los requisitos legales, se concede al condenado el beneficio de la reclusión nocturna, debiendo computarse una noche por cada día de la pena privativa de libertad que se le impone, debiendo cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 18.216, con exclusión del requisito de pago de la indemnización civil. Si se le revocare el beneficio y tuviere que cumplir efectivamente la pena impuesta, se le abonarán los días en que estuvo privado de libertad en esta causa, entre el 29 de octubre de 1999 y el 2 de junio de 2000 y entre el 19 y 29 de mayo de 2001, según consta de fs. 11, 122, 197 vta.

y 204 vta. En lo relativo a la acción civil, se confirma igualmente el fallo de primer grado, con declaración de que dicha acción civil se acoge únicamente en cuanto se condena a Miguel Angel Villarroel Pereira a pagar al actor de fs. 231 la suma de \$ 2.000.000, como indemnización del daño moral sufrido a consecuencias del ilícito que afectó a su hijo de iniciales Ph.B.G., con intereses corrientes para operaciones no reajustables a contar desde el día en que el obligado se constituya en mora, con costas.

Se hace presente al Juez de la causa que en lo sucesivo deberá dar estricto cumplimiento a lo previsto en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal en delitos de la especie de autos.

Acordada con el voto en contra del Ministro don Julio Miranda quien fue de parecer de revocar la sentencia en estudio, y absolver al procesado Miguel Villarroel Pereira, por no encuadrarse la conducta descrita en el proceso en ninguna de las disposiciones contenidas en el párrafo sexto del Título Séptimo del Libro II del Código Penal, toda vez, que la norma por la cual la mayoría de los jueces condenan en este fallo, supone el acceso carnal que es la penetración del miembro viril en la boca del menor y no la succión del pene del menor por parte del procesado tampoco es aplicable en la especie lo dispuesto en el artículo 366 del Código Penal vigente a la época de los hechos atendido lo dispuesto en el artículo 18 del cuerpo legal citado.

Conste que se hizo uso de lo dispuesto en el artículo 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Carlos Oliver Cadenas y del voto disidente, su autor.

No firma la Ministro Sra. Mónica González Alcaide, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo de mayoría, por encontrarse ausente.

Regístrese y devuélvanse junto con los antecedentes en custodia.

Pronunciado por los Ministros Titulares de la Il'tma. Corte señor Julio Miranda Lillo, señora Mónica González Alcaide y Abogado Integrante señor Carlos Oliver Cadenas.

Rol I.C. 23.952 01.

(b) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 05.06.2004. Rol I. C. N° 9.683 03.

Valparaíso, cinco de julio de dos mil cuatro.

Vistos: se reproduce la sentencia consultada, de fecha 21 de agosto de 2003, escrita de fs. 122 a 130 de autos, previa introducción en ella de las siguientes modificaciones:

A) En la parte expositiva: a) párrafo 4º: se sustituye la voz "llamea" por "llamé a"; los términos "el señale" por "le señalé", y el grafismo "As|i" por "Así"; b) párrafo 5º: se reemplazan las palabras "de l menor" por "del menor"; c) párrafo 6º: se sustituye "invito" por "invitó"; d) párrafo 8º: se reemplazan los vocablos "jamás a tenido" por "jamás ha tenido"; e) párrafo 9º: se sustituye "se conviviente" por "es conviviente", y "su conviviente abusado" por "su conviviente ha abusado"; I) párrafo 17º: se reemplaza el grafismo "m|medico" por "médico";

B) En el encabezamiento del motivo primero, se reemplaza el nombre propio "Critofer" por "Cristofer";

C) Se reemplazan en el segundo párrafo del acápite signado con la letra b del considerando primero, la voz "llamea" por "llamé a", y la forma verbal "señalo" por "señaló";

D) En el acápite signado con la letra e del considerando primero, se sustituye la palabra "fina" por "final";

E) Se reemplaza el considerando segundo por el siguiente: "Segundo. Que apreciados conforme a las reglas de la sana crítica los antecedentes probatorias expuestos en el motivo primero precedente de conformidad a lo prescrito por el art. 369 bis del Código Penal, se establece que un varón mayor de edad, a partir del año 2001 y por un lapso de dos años, procedió en fechas no determinadas a succionar el pene del menor cuyo nombre tiene las iniciales C.A.M.S., nacido el 12 de octubre de 1987, contando con su consentimiento";

F) Se eliminan los considerandos tercero, quinto, séptimo y octavo;

G) El considerando cuarto pasa a signarse con el ordinal tercero; el sexto, pasa a ser el considerando cuarto;

H) Se prescinde, en las citas legales, de la mención de los arts. 11 N° 6, 30, 68, 363 N° 3, 366 N° 2 y 366 ter del Código Penal; se agrega la cita del art. 369 bis de este Código; y se elimina la indicación de los arts. 1, 76 y siguientes (sic), 111, 424, 447, 482 y 485 del de Procedimiento Penal, y

Teniendo, en su lugar y, además, presente:

1º. Que la conducta descrita en el considerando segundo del fallo que se revisa, reemplazado por el presente fallo en la forma que precedentemente se consigna, no puede subsumirse en ninguna de las descripciones típicas que contienen los arts. 361 a 366 bis del Código Penal. En efecto, los arts. 361, 362, 363 y 365, de ese cuerpo legal, están contruidos en torno al verbo rector "acceder carnalmente". Según el Diccionario de la Real Academia, "acceder" significa, en su acepción pertinente, "entrar en un

lugar o pasar a él", y "carnalmente" quiere decir "con carnalidad", término este último que, a su vez, significa "vicio y deleite de la carne", y "carnal" tiene el significado de "lascivo o lujurioso", "perteneciente o relativo a la lujuria". El acceso carnal previsto por las citadas normas legales, debe hacerse "por vía vaginal, anal o bucal", por lo que cabe entender la conducta típica en examen como la "introducción del miembro masculino en la vagina, ano o boca de la víctima" (Luis Rodríguez Collao, "Los Delitos Sexuales", Edit. Jurídica de Chile, pág. 138). En el caso de autos no se da este presupuesto fáctico, pues el encartado no accedió con su miembro viril ninguna de las referidas cavidades del cuerpo del menor, sino que fue accedido, por vía bucal, por el miembro viril de este último.

2°. Que en cuanto a las hipótesis del art. 366 del Código Penal, éste castiga al que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, cuando el abuso consiste en la ocurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en sus arts. 361, que pena la violación, o 363, que sanciona al estupro, siempre, en este último caso, que la víctima sea menor de edad. La primera de las circunstancias que contempla el citado art. 361, es el uso de fuerza o intimidación, que claramente el mérito de los antecedentes del proceso demuestra que no existió en el actuar del acusado; antes al contrario, consta que el menor consintió en las relaciones sexuales orales que aquél le practicó, según él mismo reconoce en su declaración judicial de fs. 7, en la prestada ante Investigaciones a fs. 3 y 62 y en el careo de fs. 19. Así también se desprende del relato que hace su madre a fs. 6. Por otra parte, los antecedentes probatorios del proceso ya examinados, y, en especial, las declaraciones que se acaban de mencionar, acreditan que dicho menor no se encontraba privado de sentido o en una situación de incapacidad para oponer resistencia, ni que adolecía de enajenación o trastorno mental. Respecto de esta última circunstancia, explica la doctrina que el trastorno mental de la víctima en la violación corresponde a aquellas enfermedades que privan a quien las padece de la capacidad de comprender el sentido y alcance de un acto de significación sexual, de su libre autodeterminación en orden a consentirlo o rechazarlo (M. Garrido. Derecho Penal, Tomo III, pág. 366, y tal no era el caso del menor en cuestión, según se desprende del informe psiquiátrico del Servicio Médico Legal de fs. 90, cuyo contenido se pondera específicamente más adelante. En suma, ninguna de las circunstancias del art. 361 del Código Penal concurren en la conducta del encartado.

3°. Que tampoco cabe tener por concurrente en el actuar del encartado, el abuso de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno, según reza el art. 363 N° 1 del Código Penal. En efecto, aunque el informe psiquiátrico relativo al menor de fs. 90, emanado del Servicio Médico Legal, concluye que "presenta un trastorno grave del desarrollo de la personalidad" el médico informante Dr. Azcorra, precisa a fs. 94 que se trata de un trastorno que afecta anormalmente su conducta sexual, pero que el menor participa, voluntariamente y sin amenaza, en las conductas homosexuales descritas en autos, conclusión esta última que coincide con las declaraciones del menor, y la de madre, antes indicadas. La apreciación de estos antecedentes, en especial el modo y tiempo en que se desarrollaron las relaciones entre el menor y el acusado, y el asentimiento que el menor declara haber prestado en todo momento a esas relaciones, excluyen, en concepto del tribunal, la hipótesis de que el encartado se hubiere aprovechado abusivamente de la anomalía de personalidad de aquél para lograr la ejecución de los actos sexuales que practicaron.

4°. Que, en lo que respecta a las circunstancias que contemplan los ordinales 2°, 3° y 4° del art. 363 del Código Penal, debe concluirse que ninguna de ellas se encuentra acreditada, pues el mérito de los

elementos probatorios de autos permite establecer que no existió relación de dependencia entre el menor y el acusado, ni que aquél se encontrara en situación de desamparo, atendida su situación familiar y económica que detalla el informe social de fs. 74, ni hubo engaño del encartado hacia el menor para motivarlo o inducirlo, prolongándose la relación por largo tiempo.

5°. Que, en consecuencia, la conducta imputada al acusado de autos no puede encuadrarse en ninguna de las descripciones típicas penales que señala la ley, por lo que forzoso resulta dictar sentencia absolutoria en su favor.

6°. Que en los términos expuestos, esta Corte disiente de la opinión manifestada por la Sra. Fiscal Judicial en su informe de fs. 132, y

Atendido lo dispuesto en los arts. 514, 527 y 534 del Código de Procedimiento Penal, se revoca la sentencia consultada, de fecha 21 de agosto de 2003, corriente de fs. 122 a 130, que condena a Jorge Andrés Cortés Cortés a la pena de cien días de presidio menor en su grado mínimo y accesorias legales como autor del delito de acción abusiva de significación sexual previsto en el art. 366 N° 2 del Código Penal, en relación a su art. 363 N° 3, en perjuicio del menor de iniciales C.A.M.S., y se declara en su lugar que se le absuelve de la acusación formulada en su contra en la resolución de fs. 104 respecto de ese hecho.

Se hace presente al Juez de la causa que en lo sucesivo deberá dar estricto cumplimiento a lo prescrito en el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal en delitos de la especie del de autos.

Acordada con el voto en contra del Ministro don Hugo Fuenzalida C., quien estuvo por aprobar la sentencia consultada, con declaración de que Jorge Andrés Cortés Cortés queda condenado a la pena de cien días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias legales y pago de las costas de la causa como autor del delito de abuso sexual cometido entre 2001 y 2003 en la Comuna de Santa María, en perjuicio del menor de iniciales C.A.M.S., previsto y penado en el art. 366 N° 2 del Código Penal, en relación con lo dispuesto en su art. 363 N° 4. Funda su voto en las siguientes consideraciones:

- a) Consta del certificado de nacimiento del menor C.A.M.S. corriente a fs. 47, que cuando el encartado comenzó a realizar con él las acciones sexuales acreditadas en autos, aquél contaba con sólo 14 años de edad;
- b) En su declaración de fs. 7, dicho menor relata que, cuando tenía 14 años, sin poder precisar fecha exacta, el encartado le pidió que fuera a su domicilio, donde le mostró una bicicleta que había comprado, oportunidad en que comenzó a acariciarle el pene al menor, quien le dijo que por qué hacía eso, pero él le decía "qué le pasaba", agregando el menor "yo no tenía idea de lo que pensaba él, en su mente, hasta que me dijo si necesitaba dinero"; al preguntarle el menor por qué le entregaba dinero a él, el encartado le respondió que si aguantaba una "mamada", preguntándole a su vez el menor cómo era eso que tenía que hacer para recibir dinero, y el acusado le dijo que no se preocupara acerca de en qué consistía y que él le chuparía el pene;
- c) De esta declaración y de la poca edad que en ese entonces tenía el menor, se infiere, en opinión del disidente, que el encartado, para obtener que aquél accediera a la acción sexual, lo engañó abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual, pues, tentándolo con la oferta de hacerle ganar dinero, lo indujo a

consentir en una acción cuya significación y consecuencias aquél no conocía cabalmente ni estaba en condiciones de apreciar;

d) No obsta a la conclusión precedente, la circunstancia de que el encartado, al confesar el hecho a fs. 28, atribuya al menor haberle dicho que él sabía lo que significaba tener relaciones sexuales con hombres, debido a que cada 15 días visitaba a un caballero en el sector del Pino, de la Comuna de San Felipe, quien le entregaba dinero por chuparle el pene, habida cuenta que no existe indicio alguno en autos, fuera del dicho del propio encartado, que el menor haya tenido experiencia sexual previa, y en sus declaraciones dicho menor ha sostenido reiterativamente que sólo con el encartado ejecutó esta clase de acciones. Por lo tanto, en opinión del disidente, cabe desestimar esta parte de la declaración del inculcado, de conformidad a lo prescrito por el art. 482 del Código de Procedimiento Penal.

Conste que se hizo uso de lo dispuesto en el art. 82 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante señor Italo Paolinelli Monti, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo, por encontrarse ausente.

Pronunciada por los Ministros Titulares de la Iltma. Corte señor Hugo Fuenzalida Cerpa, señora María Angélica Repetto García y Abogado Integrante señor Italo Paolinelli Monti.

Rol IC N° 9.686 03.

II. PROYECTOS DE LEY

(a) *Establece la castración química como pena accesoria para el delito de violación.*

Boletín N° 2995-07.

“CONSIDERANDO:

- 1) Que el artículo 361 del Código Penal sanciona el delito de violación con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio.
- 2) Que es un hecho público y notorio que en la casi totalidad de los casos, el violador tiene una estrecha vinculación con la víctima: es el conviviente de su madre, tío o vecino de la víctima, en fin, existe un vínculo estrecho entre víctima y delincuente.
- 3) Que, por lo expuesto, cuando el delincuente cumple su pena, vuelve al mismo medio en que estaba cuando delinquiró, existiendo siempre el peligro de que vuelva a hacer lo mismo.
- 4) Que si bien la castración física podría ser, para algunos, la solución, fuera de atentar contra la norma constitucional que protege la integridad física y psíquica de las personas, no resuelve el problema en la medida que no inhibe el apetito sexual. Por lo tanto, el delincuente podría continuar delinquirando, por ejemplo, con las manos.
- 5) Que en algunos Estados de Estados Unidos de Norteamérica, en Alemania y en otros países existe la castración química, consistente en una inyección que se coloca cada cierto período de tiempo para inhibir el apetito sexual.

Vengo en proponer el siguiente

PROYECTO DE LEY

Sustitúyese el inciso primero del artículo 361 del Código Penal por el siguiente:

“Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Como pena accesoria se aplicará la castración química”.

Maximiano Errázuriz
Diputado

(b) *Establece un registro público de condenados por delitos de abusos sexuales cometidos contra menores de edad. Boletín N° 3234-07.*

“VISTOS:

Lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Constitución Política de la República; lo prevenido por la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional y lo establecido por el Reglamento de la H. Cámara de Diputados.

CONSIDERANDO:

1° Que la ley 19.617, publicada en el Diario Oficial el día 12 de Julio de 1999 introdujo importantes modificaciones en materia de delitos que atentan contra la libertad de autodeterminación sexual de las personas. El propósito de este proyecto, convertido en Ley de la República, fue reformular integralmente el tratamiento que la legislación concedía a los llamados delitos sexuales. Así, se tipificaron nuevas formas de atentar contra la libertad de autodeterminación de las personas, y se modificaron las ya existentes, de manera de proteger más eficazmente este bien jurídico.

En efecto, y a modo de ejemplo, antiguamente se consideraba violación sólo al acceso carnal vía vaginal que realizaba un hombre respecto de una mujer, y no así al acceso carnal vía anal o bucal, que realizaba un hombre en contra de una mujer u otro hombre, lo que solo se penaba como abusos deshonestos con una pena que iba de los 61 días a los 5 años de privación de libertad. La actual normativa establece un rango general de penalidad que va desde los 3 años hasta los 15, y tratándose de los delitos cometidos en contra de menores de edad, las penas van desde los 5 a los 20 años de privación de libertad.

De otro punto de vista, y en cuanto al tratamiento al sistema de enjuiciamiento criminal, se buscó incrementar el número de denuncias, puesto que se constató a través de una serie de estudios, que la cifra negra respecto de los delitos de violación y estupro era considerablemente alta.

2° Que la actual situación económica y social chilena, determina que el tratamiento político criminal de los llamados delitos sexuales, esté orientado a la represión más que a la prevención, lo que para estos efectos exponemos como constatación de la realidad y no como crítica. Y claro, más allá de los modelos ideales o estructuras academicistas, en nuestra labor de parlamentarios, debemos ser capaces de constatar la realidad social y a partir de ella entregar soluciones a la ciudadanía.

3° Que los estudios especializados indican que en Chile se comete un delito de los denominados sexuales cada 25 minutos, y entre el 80% y 90 % de las víctimas son menores de 15 años. Asimismo, llama la atención la calidad de reincidentes de quienes cometen estos delitos, y especialmente la reincidencia específica, es decir, la reincidencia respecto de las mismas figuras. Y en verdad, que el problema de fondo no pasa por que estos delincuentes se vean expuestos a penas más altas y, en los casos de aquellos que reinciden, a condiciones más rigurosas de enjuiciamiento, en el sentido de serles aplicables una serie de circunstancias agravantes de su responsabilidad criminal. El problema es otro y bastante más profundo, y dice relación con nuestra estructura social. No son baladí los cientos

estudios publicados por especialistas en la materia, que explican el llamado condicionamiento social. Ciertamente, el problema reclama el concurso de soluciones integrales como sociedad, las que, sin embargo, y como no cuesta demasiado corroborar, no estamos en condiciones de afrontar. Plantear siquiera la idea, respecto de la necesidad de asistencia médica psiquiátrica de los abusadores sexuales en el Chile de hoy es una locura, y desde luego así lo es, cuando, y con mucho esfuerzo se está tratando de implementar –por estos mismos días- un plan de salud destinado a dar cobertura básica a las necesidades de la población.

- 4° Que los abusos sexuales como delito, son figuras que dañan el bien jurídico “*libertad de autodeterminación sexual*”. Este es el bien que se busca proteger. Sin embargo, el atentado en contra de este bien y su efectiva vulneración traen consigo un daño que desde el punto de vista de su reparación no la admite, y desde el punto de vista de su afectación podemos sostener que ocasiona, las más de las veces, un daño irreversible. Tratándose de un adulto en calidad de víctima, el problema es grave y complejo, pero tratándose de un menor, es decir, de una persona en desarrollo, el problema es tanto o más delicado. Considérese que las estadísticas generales sobre delincuencia y, específicamente, sobre la persona del delincuente, nos señalan que se trata de personas que en su formación como tales han sido, en su inmensa mayoría, abusados sexualmente, y lo que es peor agredidos en su sexualidad.
- 5° Que más allá de las consideraciones sociológicas acerca de la delincuencia y su óptimo tratamiento, el que por las razones ya expuestas nos resulta un imposible, la sociedad nos demanda una solución a la verdadera amenaza de que es víctima en tanto no seamos capaces, como país, de avanzar en la solución definitiva de estos problemas. Una de estas soluciones consiste en el establecimiento de un registro de las personas que han sido condenadas por “delitos sexuales”. Como decíamos más arriba, se trata de personas cuya conducta merece que se los encierre, pero no en cárceles sino que en centros de rehabilitación, y cuando esta no es posible, y más allá de la pena, someterlos a medidas de seguridad de manera que no vuelvan a delinquir. Esto sería lo óptimo, pero si no estamos en condiciones de entregar prestaciones de salud integral a las personas más necesitadas de nuestro país, difícilmente podremos acometer tamaña empresa.
- 6° Que siendo la situación político - criminal chilena como la exponemos; es decir, compleja e imposible de solucionar por el momento, no podemos dejar a las cientos de miles de personas que reclaman urgente solución, que es decir protección, entregadas a su suerte, y por lo menos como Estado, estamos en condiciones de entregar ciertas herramientas de modo que la sociedad esté en condiciones de precaver la comisión de delitos en el ámbito que exponemos. Una de ellas, el que se conozca la identidad de quienes han sido condenados por estos delitos.
- 7° Que la existencia del registro cuya creación se propone a través del presente proyecto de ley, no trae aparejada como consecuencia ninguna otra que no sea la conocer la identidad de las personas que, al cabo de un proceso judicial, han sido condenadas por sentencia firme como autores de delitos calificados por la ley como “sexuales”. Procurando un tratamiento responsable del uso de la información, y teniendo presente que la única

finalidad es la prevención, se establecen penas para aquellos que utilizaren en forma maliciosa la información que obtuvieren de estos registros, estableciéndose a su vez la forma en que se podrá requerir esta información. Asimismo, se propone la obligatoriedad de quienes hayan sido condenados por estos delitos, de registrar su domicilio en la unidad de Carabineros de Chile que corresponda al mismo, la que a su vez deberá comunicar al Registro cualquier cambio que al respecto se produzca.

Conforme lo anterior, los diputados que suscriben vienen en presentar el siguiente

PROYECTO DE LEY

Art. 1. Modificase el inciso segundo del Artículo 6° del Decreto Ley 645 del año 1925 por el siguiente: Sin perjuicio de lo anterior, y tratándose de los delitos contemplados en el título VII párrafos 5 y 6 del Código Penal, los datos podrán ser entregados a la persona que los solicite, siempre que se identifique, lo que se hará constar por el Servicio en un registro especialmente abierto al efecto.

Art. 2. El actual párrafo segundo pasa a ser tercero, y se reemplaza el punto por coma, y a continuación se agrega lo siguiente “igual pena se aplicará a quien adquiriera los datos de conformidad a lo dispuesto en el párrafo precedente y los utilice en forma maliciosa en deshonra, descrédito o menosprecio del condenado.

Art. 3. Se agrega al Decreto Ley 645 del año 1925 el siguiente Art. 6 bis. Los condenados por los delitos a que se refiere el inciso segundo del Artículo 6° deberán registrar sus domicilios, datos que formaran parte del Registro General de Condenas, lo que a su vez deberá ser comunicado a la unidad de Carabineros de Chile correspondiente, siendo esta última la encargada de comunicar al Registro cualquier cambio que al respecto se produzca.

Art. 4. La presente ley comenzará a regir 30 días después de su publicación en el Diario Oficial.

Jaime Quintana Leal
Diputado

Guido Girardi Lavín
Diputado

(c) Impide otorgar libertad provisional a autores de delitos de connotación sexual.

Boletín N° 4471-07.

“CONSIDERANDO:

1.- Que nuestra legislación permite la libertad provisional y otros beneficios a quienes encontrándose cumpliendo una condena, hayan observado buena conducta y tengan una parte de la condena cumplida;

2.- Que en el caso de delitos como la violación, el estupro y otros de connotación sexual, resulta aconsejable que dichos beneficios no existan y la persona condenada permanezca privada de libertad hasta el último día de su condena, vengo en proponer el siguiente

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: No procederá la libertad provisional ni ningún beneficio de salida del recinto penitenciario a quienes se encuentren cumpliendo condena por delitos de connotación sexual como violación, estupro u otros similares

**Maximiano Errázuriz
Diputado**