VIVIAN R. BULLEMORE G.
JOHN R. MACKINNON R.

CURSO DE DERECHO PENAL

TOMO III

PARTE ESPECIAL

Delitos contra la vida; delitos contra la salud individual; delitos contra la libertad; delitos contra la libertad sexual y la moral sexual; delitos contra la constitución jurídica y sexual de la familia; delitos contra la honra de las personas; delitos de la Ley de Drogas; delitos contra el medio ambiente.

2ª edición, aumentada y actualizada

LexisNexis®

2. ¿Qué pena merece **Pedro**, si modificamos los hechos, adicionando la penetración vaginal de **Juana** con un objeto, simulando un órgano genital masculino, y que portaba aquél en su mano?

I. DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

1. Consideraciones generales acerca del bien jurídico protegido y los criterios de sistematización

Estos tipos penales se encuentran en el Título VII del Libro II del Código Penal, que se refiere a los "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública, y contra la libertad sexual".

Antes de la reforma de 14 de enero de 2004, con la Ley N° 19.927, el Título VII no contemplaba la expresión "y contra la libertad sexual", indicio que el legislador, con esta última modificación, pretendió resaltar, aunque fuera sólo nominalmente, el bien jurídico protegido "libertad sexual". Decimos que esta denominación es sólo nominal, porque gran parte de las materias reformadas, y algunos de los tipos penales creados con esta ley, parecen referirse al bien jurídico "moral sexual", más que a la libertad sexual.

En dicho Título se encuentran diversos delitos que protegen bienes jurídicos completamente diferentes. Existen delitos contra la familia, como son aquellos que atentan contra su orden jurídico (v.gr., suposición del estado civil, matrimonios ilegales, etc.) o sexual (el incesto); hay delitos que atentan contra la moralidad sexual pública (v.gr., la difusión de pornografía, el favorecimiento de la prostitución); encontramos también un delito que atenta contra la vida dependiente, como es el aborto y, en fin, encontramos delitos que atentan efectivamente contra la libertad sexual, que son los que nos ocupan por ahora, en tanto que el resto de los delitos del Título VII se estudian donde sistemáticamente les corresponda.

Conforme a las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.167, de 12 de julio de 1999, y de la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, actualmente los delitos que atentan contra la libertad sexual son los siguientes:

a. El delito de violación de mayores de 14 años (Art. 361)
b. El delito de violación de menores de 14 años (Art. 362)
c. El delito de violación del cónyuge o conviviente (Art. 369 inc. final)
d. El delito de violación con homicidio (Art. 372 bis)
e. El delito de estupro (Art. 363)
f. El delito de abuso sexual de mayores de 14 años y de personas de entre 14 y 18 años (Art. 366, números 1 y 2)

g. El delito de abuso sexual agravado por introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal (Art. 365 bis)
h. El delito de abuso sexual de menores de 14 años
i. El delito de conducta sexual impropia con menores de 14 años y con personas de entre 14 y 18 años (Art. 366 quáter)

Se ha excluido en esta lista el delito contemplado en el actual artículo 365, que castiga el acceso carnal a un menor de 18 años, pero mayor de 14, del mismo sexo del sujeto activo, por tratarse de un delito que atenta contra la sociedad, específicamente contra la moral sexual o pública de la sociedad, que considera tal práctica como un ejercicio desviado de la sexualidad, aun cuando por razones prácticas se contempla su análisis en este mismo capítulo.

Previo a cualquier otra consideración, es prudente hacer presente la problemática suscitada por las sucesivas reformas en la materia, en lo que dice relación con la prescripción, en relación con lo señalado por los artículos 96 y 97 del Código Penal. No es del caso explayarse en materias correspondientes al estudio de la Parte General de la Teoría del Delito, pero sí hacer presente que al haberse aumentado las penas de prácticamente todos los delitos que atentan contra la libertad sexual, las normas legales anteriores son "la ley más benigna", por aplicación del principio "pro reo" y, por lo tanto, aplicables a los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Es necesario señalar, también, que atendida la magnitud de las reformas introducidas en esta materia nos ha parecido pertinente efectuar un estudio comparativo de la legislación anterior y de la actual, a fin de intentar graficar con mayor claridad los cambios producidos. Este estudio comparativo se encuentra luego del estudio separado de los tipos penales en cuestión.

El análisis de estos delitos, por lo tanto, se dividirá en tres capítulos: el análisis del bien jurídico protegido, el análisis de los diversos tipos penales y el estudio comparativo y crítico de la reforma introducida.

2. El bien jurídico protegido en los delitos contra la libertad sexual

Ciertamente, en este plano es donde más se presenta la tendencia a confundir la incorrección moral con la infracción penal –delito y pecado–.

En nuestro país, es innegable la influencia de la moral cristiana en todas nuestras instituciones jurídicas. Así, es incorrecto todo ejercicio de la actividad sexual fisiológicamente anormal y/o que se desarrolle fuera del matrimonio monógamo o indisoluble. Dentro de este conjunto de incorrecciones imaginables, algunas han llegado a constituir auténticos delitos.

No obstante, las conductas que atentan contra la moral sexual social, basada en los principios cristianos, nada tienen que ver con los delitos que

vamos a analizar. Más aún, el bien jurídico protegido en tales casos **no es la libertad sexual de un individuo,** sino la **incolumidad de la moral sexual de la sociedad.** No sólo el bien jurídico es diverso, sino también el sujeto pasivo.

La libertad sexual, por lo tanto, podemos asociarla con un concepto de libertad pasiva, o propiamente tal, que es la protegida por el Derecho Penal como **libertad de abstención sexual**, o el derecho de toda persona a no ser involucrada en una interacción de significación sexual sin su consentimiento. En cambio, la **moral sexual** penalmente protegida la podemos relacionar con la restricción a la libertad en su expresión activa, es decir, a la realización sin restricción de cualquier tipo de actos de significación sexual, sean o no considerados como correctos o no desde un punto de vista moral. Esto último, entonces, se relaciona con la imposición de una "esfera de lo permitido", que restringiría a las personas en el libre ejercicio de su propia sexualidad. Ejemplo de esto último, y que se manifiesta en nuestro Código Penal, lo veremos al estudiar el tipo consagrado en el artículo 365, que sanciona la relación homosexual consentida entre varones cuando uno de éstos es mayor de 14 y menor de 18 años.

Los delitos que analizaremos a continuación están completamente afuera de aquel terreno de la moral sexual, y se insertan dentro de un concepto mucho más universal y consensuado que ése. Este es el de la libertad de toda persona a decidir libremente lo que desea hacer con su vida y, en este caso, con su vida sexual, y **a negarse a interacciones sexuales no queridas**. Se trata de delitos que **suprimen la libertad de las personas,** antes que herir susceptibilidades acerca de lo que se estima correcto o no como comportamiento sexual. Lo ilícito no es el acto sexual, como puede ser una relación sexual entre un hombre y una mujer, sino las **circunstancias** en que se verifica y que permiten sostener que en dicha situación no hubo libertad de decisión. Por ejemplo, en el caso de una mujer que estaba privada de razón. En rigor, lo que se reprocha es lo mismo que se cuestionaría en un secuestro: la vulneración de la libertad –en ese caso ambulatoria– del sujeto pasivo. Es por ello que hemos querido dejar en claro que los delitos, por ejemplo, relativos a un acto homosexual consentido no es un delito contra la libertad sexual, sino contra un **sentimiento social acerca de cuál es la moral sexual aceptable y tolerable,** contra un **concepto acerca de cómo deben comportarse sexualmente las personas.**

Teniendo presente lo anterior, podemos definir la **libertad sexual**, en lo que nos concierne en este momento, como **el derecho de toda persona de determinar libremente el uso de las funciones sexuales, con las limitaciones que dicen relación con el sentimiento ético de la comunidad**

o con los derechos de los demás. Obviamente, la libertad sexual protegida se refiere a que nadie puede ser obligado a ejecutar actos de significación sexual sin su voluntad; en otros términos, si alguien obligara o constriñese a otro a abstenerse de ejecutar tales actos, tal conducta sólo podría incluirse dentro de hipótesis generales referidas a los delitos contra la facultad de autodeterminación (coacciones o amenazas). A continuación, analizaremos cada uno de los delitos que están tipificados y que describen las conductas que vulneran dicha libertad.

Es interesante señalar, en lo que concierne a los menores de edad, que durante las diversas discusiones de la tramitación de la nueva ley se estableció un bien jurídico un tanto diverso del de **libertad sexual,** a saber, el de **indemnidad sexual.** En el caso de los menores de 14 años, se busca, en buenas cuentas, proteger su normal desarrollo durante la infancia en términos tales que ese desarrollo no se vea alterado o trastornado por experiencias sexuales que no corresponden a su etapa de desarrollo psicológico. En tal sentido, es posible entender, por ejemplo, que si el acceso carnal a una persona menor de 14 años es consentido exista, en rigor, un atentado contra su indemnidad sexual y no contra su libertad.

En nuestra opinión, sin embargo, esto es un error, por cuanto el bien jurídico protegido en el caso de los menores de 14 años siempre es la **libertad sexual**. En estas personas la libertad sexual tiene un contenido algo más complejo que el de mera "autodeterminación en el campo sexual", porque, en definitiva, nuestro ordenamiento jurídico **no les reconoce esa facultad de autodeterminación.** Eso significa, antes que una prohibición al menor de 14 años de realizar conductas sexuales –las que como realidad pueden detectarse incluso en la primera infancia y, según algunos estudios, aun en la actividad fetal– la **prohibición a terceros** de realizarlas con ellos o a determinarlos a llevarlas a cabo.

Un menor de 14 años no tiene libertad sexual, no por decisión legal, sino porque ésa es una realidad empírica que la ley simplemente reconoce. Libertad sexual, entendida como facultad de autodeterminación en ese campo, supone, en realidad, a lo menos, dos elementos clásicos: **conocimiento** y **voluntad**. La voluntad importa la obvia ausencia de coacciones o imposición de voluntad de un tercero; pero **el conocimiento significa información y capacidad intelectual y afectiva para comprender esa información adecuadamente**. Un menor de 14 años **nunca** podrá, en rigor, **elegir** una acción sexual, porque carece del conocimiento necesario y, consecuentemente, su voluntad tampoco se orienta a esa acción sexual en término de decisión consciente. Únicamente podrá, libremente, "descubrir" y "explorar" su sexualidad para, en el futuro, poder "elegir" en relación a ella. Por

ello es que no son **libres sexualmente** hablando en el sentido riguroso del término, aunque en términos amplios son evidentemente libres de experimentar con su sexualidad. Así, como muestra, los niños muy pequeños suelen pasar por etapas en las que el juego con sus genitales presenta un interés enorme y permite un desarrollo de la propia identidad sexual: nadie pretenderá coartar esa libertad de descubrir que poseen y necesitan los niños. Otra cosa, en cambio, es, por ejemplo, pretender que ellos puedan "elegir" mantener una relación sexual con un adulto, precisamente porque esa elección supone el camino previo de exploración y descubrimiento al que aludíamos y que la ley ha decidido que se prolonga hasta los 14 años de edad. Por lo tanto, el menor de 14 años nunca "elige" aunque se le pregunte qué prefiere y aunque el menor de 14 años acceda. El "sí" de una persona menor de esa edad siempre es desinformado, inconsciente y no libre.

Claro está, debemos reconocerlo, que esta decisión de limitar la edad en los 14 años de edad no es más que una expresión de la voluntad del legislador, y sus puntos de vista político-criminales. No existe un fundamento científico que demuestre la madurez de conocimientos y voluntad. Es decir, es una decisión arbitraria, como podría serlo el fijar esta edad a los doce años, como la legislación anterior, o a mayor edad, como algunos han propuesto.

Si libertad sexual de un menor de 14 años no existe, un acto sexual o conducta sexual mantenido con él **siempre será el resultado de la voluntad adulta que se le impone y un atentado contra la libertad del otro.** La mayor información y conocimiento del adulto permite afirmar que impone su voluntad; el mismo grado de desinformación y de falta de conocimiento de otros menores de 14 años permite afirmar que en sus actividades lúdicas ninguna voluntad se impone a otra, sino que se trata de juegos conjuntos de descubrimiento y exploración de la sexualidad. Así, la llamada "indemnidad sexual" no es sino el derecho de todo niño o niña menor de 14 años de edad de no verse expuesto **frente a adultos** que los inducen a aparentes y falsas elecciones en materia sexual para las que no están capacitados y, por supuesto, a no verse derechamente sometidos a actos sexuales que no comprenden y para los que no se encuentran psíquicamente preparados. **La indemnidad sexual no es sino la libertad sexual del menor de 14 años y corresponde, a nuestro juicio, a un concepto innecesario.**

De este modo, la prohibición de ejercer la actividad sexual no se orienta, en rigor, al menor de 14 años, **sino al mayor de edad –susceptible de ser sancionado a partir de los 16 años de edad– en relación a los menores de 14 años.**

El sujeto activo de este tipo penal, en buenas cuentas, debe reconocer que su libertad sexual interactuante tiene un límite infranqueable: los 14

años de edad cumplidos del eventual compañero o compañera sexual. El sujeto pasivo, cuando se ve involucrado en una acción sexual con un mayor de edad, pierde su indemnidad sexual en términos de desarrollo normal de este aspecto y, en definitiva, su **libertad sexual** que supone siempre la elección informada entre alternativas y un desarrollo y madurez psicológicas que permitan elegir conscientemente. Al involucrar a un menor de 14 años de edad en una acción sexual **necesariamente se vulnera su libertad sexual pues, en rigor, se ha prescindido de las propias elecciones o preferencias del menor que no está en condiciones de formular, desde que nace hasta los 14 años.**

En consecuencia, todo acto sexual realizado con un menor de 14 años, cualquiera sea su naturaleza, o cualquiera conducta sexual impropia efectuada con ellos o ante ellos, importará siempre un atentado contra su libertad sexual.

3. El delito de violación

3.1. El delito de violación de mayores de 14 años (Art. 361)

3.1.1. El tipo objetivo

La **conducta típica** se encuentra descrita en el verbo rector **"acceder carnalmente".** Quizá se trata de una expresión un tanto cruda, que buscó alejarse del eufemismo legal que suponía la antigua expresión "yacer". Nos parece que, necesariamente, debe entenderse la nueva expresión empleada por el legislador como sinónimo de **"introducir el pene u órgano sexual masculino".**

Ahora bien, la introducción del pene debe efectuarse en la vagina, ano o boca de una mujer o, en el caso del hombre, en el ano o en la boca. Dónde se verifique la introducción del pene resulta irrelevante para efectos de este tipo penal, pero no en el caso de que con ocasión de la violación cometa además homicidio, ya que la pena varía dependiendo de si la violación es anal, bucal o vaginal. Desde ya debemos manifestar que no logramos entender la razón por la cual en el tipo del artículo 361 el hecho de que la introducción sea anal, vaginal o bucal no tiene relevancia, en tanto que sí la adquiere cuando se agrega a ella un homicidio; en otras palabras, no entendemos el **efecto** que tiene el dar muerte a una persona en relación **a la valoración del lugar del cuerpo** en el que se verifica la penetración. Volveremos sobre el punto oportunamente.

Aunque lo habíamos manifestado previamente en torno a la legislación anterior, nos parece que la violación no es un delito "de propia mano", sin

que con ello se pretende que no sólo pueden haber autores materiales de sexo masculino. Esa expresión, delito de propia mano, es correcta sólo en el sentido de que siempre debe haber un autor material del delito, que necesariamente será un hombre; pero, al mismo tiempo, debe admitirse que respecto de la violación es posible afirmar la coautoría y la autoría mediata, en las que podrá también incurrir una mujer, conforme a las reglas generales y por aplicación del artículo 15 N° 2 y N° 3 del Código Penal.

Debemos hacer presente que el legislador, en la reforma de 2004, con el nuevo artículo 365 bis, en su número 1 –materia que será debidamente criticada en su oportunidad– ha asimilado a los delitos de violación del artículo 361 del Código Penal la introducción de objetos y la utilización de animales, con lo que permite, sólo en esos casos, de abuso sexual agravado, la realización de conductas de autoría inmediata del artículo 15 N° 1 por un sujeto activo del sexo femenino.

Por cierto, la conducta típica tiene ciertas **modalidades** que deben ser consideradas como los elementos que la **precisan y le dan su auténtico contenido.** Esas modalidades no son sino **las circunstancias en las que debe producirse la introducción del pene en las zonas del cuerpo antes mencionadas,** que son:

a) **El uso de fuerza o intimidación** (número 1 del artículo 361). La voz "fuerza" alude a la *vis absoluta* o fuerza física; la palabra "intimidación" a la *vis compulsiva* o fuerza moral, a través de las amenazas de un mal grave en caso de oponer resistencia a la conducta del sujeto activo;

b) **Encontrarse la víctima privada de sentido o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia** (número 2 del artículo 361). La privación de sentido se relaciona con la privación de la conciencia (inconsciencia por TEC, embriaguez, sueño, etc.). La incapacidad para oponer resistencia, entendemos, está referida al caso de una persona inválida o con problemas físicos serios que le impiden ejercer una resistencia física a la agresión. A nuestro juicio, tal hipótesis siempre estuvo comprendida simplemente dentro de la fuerza física del número 1 y no era necesario agregar esta circunstancia, y

c) **Abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima** (número 3 del artículo 361). Por enajenación o trastorno mental ha de entenderse la existencia de cualquier enfermedad psquiátrica de carácter relevante y permanente que impida a la persona prestar un consentimiento válido para realizar el acto sexual, atendida su imposibilidad de comprender adecuadamente su significado. Obviamente, en definitiva el juez deberá decidir qué enfermedades psiquiátricas o psicológicas cumplen con los requisitos necesarios para encuadrarse dentro de este numeral. Sin embargo, llama la

atención la palabra **"abusar",** porque da la impresión de que, por ejemplo, es posible mantener relaciones sexuales con una persona afectada por una grave enfermedad mental **sin abusar de esa condición.**

En nuestra opinión, la sola presencia de una tal enfermedad hace de un acto sexual uno abusivo. No obstante, en honor a la verdad, quizá esa expresión pueda jugar un rol interpretativo útil en casos límite, como el del marido cuya mujer desarrolla una esquizofrenia aguda. Si este marido, en lugar de abandonar a su mujer, la conserva junto a él en el hogar conyugal y le dedica enormes cuidados y afectos, es posible que el contexto de la situación pudiera permitir pensar que en el caso de mantener relaciones sexuales con su mujer no exista el "abuso" del que habla la ley. Pero, en definitiva, si una mujer esquizofrénica no puede consentir válidamente en el acto sexual, debería entenderse su libertad sexual siempre vulnerada si se accede carnalmente a ella; en consecuencia, si tal conducta no se sancionara por no ser "abusiva", deberíamos aceptar alguna de estas conclusiones: lo protegido no es la libertad sexual o las personas privadas de razón tienen posibilidad de ejercer su libertad sexual con personas que "no abusen de ellas". Ninguna de las soluciones es buena. Creemos que la palabra "abusar", en consecuencia, está de más y debe considerarse como pleonástica y sin efectos reales en la descripción del acto; en otras palabras, todo acceso carnal a las personas señaladas en el número 3 del artículo 361 es siempre abusivo.

En cuanto a los **sujetos** del delito, ya hemos explicado que el **sujeto activo** del delito podrá ser únicamente **un hombre,** siempre que hablemos de la autoría directa o material –acceso carnal–; si hablamos de la coautoría, de la autoría mediata e incluso de complicidad o encubrimiento, no hay duda en afirmar que el sujeto activo puede ser tanto un hombre como una mujer. Al mismo tiempo, **el sujeto pasivo del delito** puede ser tanto un hombre como una mujer. A ello se debe la voz **"persona"** que reemplazó a la palabra "mujer" en la descripción típica.

El **resultado** en el tipo penal objetivo es la pérdida de la libertad sexual por parte del sujeto pasivo. La consumación del delito se verifica en cuanto principia la penetración o introducción del pene, siendo independiente de la consumación del acto sexual mismo en términos de eyaculación.

Habiendo penetración, el resultado necesariamente se ha producido y, en rigor, la relación de causalidad entre el acto y el resultado no requiere ser probada independientemente, como ocurre en delitos de lesión como el homicidio. En nuestra opinión, virtualmente debe considerarse la violación como un delito de simple actividad, cuya característica no es la ausencia de un resultado en el tipo, como se ha sostenido tradicionalmente, sino la inmediata, automática e irrefutable demostración de ese resultado y de su carácter de efecto de la acción típica con la sola demostración de ésta.

3.1.2. El tipo subjetivo

Creemos que no puede haber duda de que en todas las hipótesis del artículo 361 se requiere la existencia exclusiva del **dolo directo.** La relación de medio a fin implícita en el número 1 y las voces "aprovechar" y "abusar" en los números 2 y 3 no dejan espacio a elucubraciones. Y, en cuanto a la persona privada de sentido, es posible, en casos de laboratorio, imaginar la existencia del **dolo eventual,** como si un hombre duda acerca de si la compañera o compañero presenta un desmayo producto de una baja de presión o finge dormir en una actitud lúdico-erótica.

Por otra parte, debiera descartarse la posibilidad de la culpa, conforme al artículo 490, siempre y cuando por "delitos contra las personas" se entienden aquellos incluidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Sin embargo, como en dicho título se encuentran los delitos contra el honor, respecto de los cuales se ha reconocido la improcedencia de la culpa, es dable concluir que las "personas" no están protegidas únicamente en él. En otras palabras, hay delitos contra las personas en otras partes del Código Penal, una de las cuales podrían ser los párrafos relativos a los delitos sexuales.

La verdad es que la restricción de las hipótesis culposas a los delitos contra las personas está muy lejos de ser un criterio claro e inequívoco y requiere de una cuidadosa interpretación de lo que en un futuro, esperamos cercano, nos haremos cargo. Por ahora, y más basados en la prudencia que en la exégesis de la legislación, estimamos que la culpa no es posible de sancionar en ninguna de las figuras que se analizan.

3.2. El delito de violación de menores de 14 años (Art. 362)

3.2.1. El tipo objetivo

En relación al tipo objetivo de este delito, nos remitiremos a lo expresado en el punto precedente. En rigor, existen sólo dos modificaciones sustanciales. En primer término, **el sujeto pasivo debe ser una persona menor de 14 años**; en segundo lugar, por el solo hecho de tratarse de un menor de 14 años existirá violación, aunque no concurra ninguna de las circunstancias señaladas en el artículo 361.

En buenas cuentas, este tipo penal, que tiene una pena superior a la impuesta en el artículo 361, permite deducir que la libertad sexual en el sentido de ejercer la función sexual sólo comienza a partir de los 14 años de edad. Antes de ese límite, la persona no puede ejercer esa libertad y su consentimiento resulta irrelevante, de modo que el acceso carnal a un menor de esa edad siempre será constitutivo de violación.

Este punto de vista, de limitar la edad en los 14 años de edad, como señaláramos más arriba, no es más que una expresión de la voluntad del legislador, y sus puntos de vista político-criminales. No existe un fundamento científico que demuestre que la madurez de conocimientos y voluntad. Es decir, es una decisión arbitraria, como podría serlo el fijar esta edad a los doce años, como la legislación anterior, o a mayor edad, como algunos han propuesto.

Es importante referirnos también al **error de tipo**, es decir, a un error sobre alguno de los elementos del tipo objetivo. En especial, al error sobre la edad del sujeto pasivo que consiente, en caso de no darse las circunstancias enumeradas en el artículo 361. En cuanto a ser este error invencible, la conducta sería atípica. En cuanto a ser este error vencible, y no existiendo la figura correlativa culposa, la conducta sería impune.

3.2.2. El tipo subjetivo

Este delito debe ser también cometido con dolo directo. Hipotéticamente, es posible imaginar casos en que se verifique con dolo eventual. Creemos que debemos reproducir los argumentos esgrimidos a propósito del tipo subjetivo en la violación del artículo 361 y, conforme a ellos, descartar absolutamente la posibilidad de una violación culposa.

3.3. El delito de violación del cónyuge o conviviente (Art. 369 inc. final)

Antes de la reforma de 1999, pocos negaban que la mujer mantuviese su derecho a la libertad sexual dentro del matrimonio. Sin embargo, antiguamente, se sostuvo por algunos autores que, existiendo obligación de los cónyuges de mantener relaciones sexuales entre sí, la realización de las conductas de violación por parte del marido constituían un hecho lícito, justificado. Esta interpretación se veía avalada por la excusa absolutoria establecida en el penúltimo inciso del artículo 386, hoy derogado, que descartaba la responsabilidad penal del ofensor en delitos de violación, estupro y rapto, al mediar un vínculo matrimonial con la víctima.

Es irrefutable que el matrimonio no constituye causal de pérdida de la libertad sexual. Dicho concepto se ve reafirmado en la interpretación de la disposición en cuestión, en el mismo sentido que le dimos al tratar del tipo objetivo del delito de violación. La disposición del artículo 369 inciso final,

que consagra la atipicidad de estas conductas, respecto del cónyuge y el conviviente, y sólo en los casos en que no constituye un abuso con fuerza o intimidación, debe interpretarse restrictivamente, como en nuestro ejemplo, de la relación sexual con el cónyuge esquizofrénico.

También es indudable que, al mencionarse en la disposición al cónyuge o conviviente, se refiere sólo a quienes mantienen una vida sexual en común, con carácter de permanencia. De no ser así, cabe aplicar plenamente la disposición del artículo 361. Por lo tanto, **no hay causal de justificación alguna que pueda amparar un atentado en contra de la libertad sexual del cónyuge o conviviente**.

3.4. El delito de violación con homicidio (Art. 372 bis)

3.4.1. El tipo objetivo

En estas hipótesis, nos encontramos frente al delito de violación tal y cual como se ha explicado antes. En este caso, el elemento adicional es la existencia de un homicidio cometido **con ocasión** de la violación.

La expresión "con ocasión" siempre ha sido asociada al hecho de que el delito adicional de que se trate sea cometido dentro de un mismo contexto temporal con aquel otro al cual se le ha adicionado, existiendo entre ambos algún tipo de conexión, que no es otro que el **aprovechamiento, en la misma ocasión o momento, de la indefensión de la víctima para cometer el delito adicional.**

Desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, evidentemente deberán darse los elementos tanto del homicidio como de la violación, para lo cual nos remitimos a lo expuesto en su oportunidad. Sin embargo, entre ambas conductas debe existir, tanto objetiva como subjetivamente, una relación que justifique la concreta aplicación de este tipo penal complejo en lugar de un eventual concurso material del delitos.

En lo objetivo, que es lo que nos preocupa, nos parece que la **inmediatez temporal** es el único criterio aplicable. Esa inmediatez temporal estará dada en la medida en que se demuestre que el homicidio fue producto de la violencia ejercida contra la víctima para vencer su resistencia; al mismo tiempo, creemos que existirá en la medida en que el homicidio se cometa para asegurar la impunidad, cometiéndolo en la misma ocasión en que ya se ha doblegado la resistencia de la víctima y ésta se encuentra sometida a la voluntad del agresor. Esto quiere decir, por ejemplo, que si el agresor mata a la víctima habiendo transcurrido un mes desde la agresión, habiéndose enterado de que había perdido el temor por las amenazas de muerte en caso de denuncia y se encontraba pronto a formalizarla, no habrá cometido el delito que nos ocupa, sino el delito de violación del artículo 361 y el de homicidio del artículo 391, en concurso real.

3.4.2. El tipo subjetivo

Ciertamente, la hipótesis más lógica es la de una violación en la que, para ser cometida, se ha ejercido una fuerza física que ha terminado en la muerte de la víctima. Que la violación ha sido cometida con dolo directo es una afirmación que casi insulta la inteligencia. La pregunta más interesante es la que se refiere a la **situación subjetiva** del sujeto activo frente a la muerte de esa persona. En nuestra opinión, **respecto de la muerte de la víctima sexualmente agredida cabe el dolo directo y el dolo eventual**. En resumen, quien ejerce violencia o fuerza física respecto de la persona a quien pretende violar, la que necesariamente será severa, actuará respecto de su muerte a lo menos con dolo eventual. No puede sostenerse la existencia de culpa consciente, por cuanto quien ingresa en semejante desarrollo causal no puede argumentar que confía, razonablemente y sobre la base de antecedentes objetivos, en la no producción de la muerte de la víctima; al mismo tiempo, es claro que la persona agredida, y todos sus derechos, incluido el que se refiere a la vida, han sido subordinados por el agente en beneficio de sus apetitos sexuales.

Si el sujeto activo da muerte a la víctima después de haberla violado como un modo de asegurar su impunidad, siempre concurriendo el criterio objetivo de inmediatez temporal en términos de emplear el mismo contexto de tiempo, evidentemente habrá actuado con dolo directo respecto de homicidio.

El tema del homicidio culposo en relación a la violación es bastante complejo. Aunque en los casos de fuerza física es descartable la culpa, es posible imaginar situaciones menos claras. Puede pensarse, por ejemplo, en el experto químico farmacéutico que, confiando en su pericia respecto de sustancias capaces de adormecer a su víctima, equivoca las porciones y, luego de mantener relaciones sexuales con el hombre o mujer, descubre que se encuentra en malas condiciones, por lo que urgentemente lo traslada a un recinto hospitalario, donde fallece tras unas horas. Pueden imaginarse, en general, situaciones de ingesta engañosa de medicamentos o drogas que terminen por derivar en la muerte del sujeto pasivo. ¿Ese homicidio culposo, en caso de un acto sexual por vía vaginal, por ejemplo, permitirá la eventual aplicación de la pena de presidio perpetuo al sujeto activo? ¿Se trata de la misma conducta de quien realiza una cópula vaginal en medio de golpes

brutales que terminan con la vida de la víctima horas después de consumada su agresión sexual?

Si queremos encontrar diferencias y extraer el homicidio culposo del ámbito del artículo 372 bis del Código Penal, sólo podemos recurrir a una interpretación en que la voz "con ocasión" descarte conductas previas que faciliten la violación –como en el caso previamente propuesto– y sólo admita la idea de que el **homicidio se cometa al ejercer fuerza física sobre la víctima para vencer su resistencia y consumar el acto sexual o cometerlo con posterioridad, pero dentro del mismo contexto temporal, para asegurar impunidad.** Creemos que lo que el legislador ha querido sancionar con la extrema severidad con que lo hace es, por decirlo de algún modo, la violación brutal y desalmada, que no sólo lesiona la libertad sexual de la víctima sino que además le quita la vida. Creemos que ésta es la forma en que debe entenderse el tipo penal y que habrá que dársele a la voz "con ocasión", en una interpretación razonable a partir del laconismo de la ley. Debe recordarse, en estas materias, lo señalado con respecto al delito de robo con homicidio, y a la interpretación de las expresiones "con motivo" y "con ocasión".

Finalmente, cabe hacer presente que, antes de la reforma de 2004, y en virtud de la reforma de 1999, se sancionaba con mayor severidad la violación con homicidio si el acceso carnal se verificaba por vía vaginal, si se trataba de una mujer, o por vía anal, si era un hombre. Resultaba imposible arribar a una explicación razonable, en el hecho de que se sancionaba con mayor severidad la violación con homicidio si el acceso carnal se verifica por vía vaginal en el caso de la mujer, o por vía anal en el caso del hombre (inciso primero del antiguo artículo 372 bis), en relación a la violación con homicidio en la que el acceso carnal se producía por vía bucal o anal en el caso de la mujer o por vía bucal en el caso del hombre. A la luz del artículo 361, que no hace distinciones, es como si unos lugares del cuerpo fuesen más importantes a la hora de las agresiones sexuales **siempre y cuando se cometa además homicidio.** Es como si el hecho de matar a otro tuviera la virtud de hacer variar las valoraciones del legislador en relación a la importancia de que la penetración se verifique por la vagina, el ano o la boca, conclusión esencialmente absurda, pero necesaria a partir de los artículos 361 y el antiguo artículo 372 bis. Esa crítica, respecto a la distinta valoración de la violación anal con homicidio, si se trataba de un sujeto pasivo hombre o mujer, desapareció con la última modificación, pero aún nos sigue preocupando que se valore en igual medida la violación vaginal que la "violación" bucal, crítica que se verá en mayor profundidad en el estudio del tipo penal siguiente.

4. El delito de estupro (Art. 363)

4.1. El tipo objetivo

Este delito fue sustituido íntegramente por la reforma de 1999 y amplió la conducta desde el engaño a una serie de hipótesis bastante complejas, intentando de algún modo restablecer la idea original del estupro que consultaba, además del engaño, el llamado "abuso de posición prevalente".

En la tipicidad objetiva los cambios se refieren a la edad del sujeto pasivo, que debe oscilar entre 14 (antes de la reforma del año 2004 era de 12 años) y 18 años y puede ser un hombre o una mujer, en la ausencia de la exigencia específica de la doncellez y la ampliación del medio comisivo desde el engaño a otros que están recogidos en las diversas circunstancias, que son las siguientes:

a) **Abusar de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.** En este caso, el legislador debe estar refiriéndose a situaciones, por ejemplo, de intoxicaciones con drogas o cualquier otra que genere la imposibilidad, transitoria, de comprender el significado de los actos sexuales;

b) **Abusar de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.** Esta hipótesis (número 2 del artículo 363) es enormemente amplia y nos sitúa, en nuestra opinión, frente a un tipo penal abierto.

c) **Abusar del grave desamparo en que se encuentra la víctima** (número 3 del artículo 361 del Código Penal). Nos parece que la imprecisión de lo que es el "desamparo" es absoluta. No es claro si "desamparo" significa una situación de desmedro económico-social o un estado de fragilidad emocional o psicológica, o ambas situaciones; menos claro aún es la determinación de la línea divisoria entre un desamparo "grave" y un desamparo que no lo sea. Nuevamente nos enfrentamos al riesgo del arbitrio judicial y a una evidente infracción al principio constitucional de taxatividad en la descripción del delito, y

d) Engañar a la víctima, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual (número 4 del artículo 361 del Código Penal). Esta es la única hipótesis que recoge el engaño a que aludía la antigua regulación del estupro, pero ha agregado la "inexperiencia sexual" a la reconocida "ignorancia sexual". Cabe preguntarse si una relación sexual consentida con una persona virgen, de entre 14 y 18 años, no estará siempre excesivamente cerca de este tipo penal.

Creemos que importa una ampliación del tipo penal exagerada. Por cierto, puede señalarse que no se trata simplemente de acceder carnalmente a una persona de entre 14 y 18 años que sea inexperta o ignorante sexualmente hablando, sino que se requiere "abusar" de esa condición. Nos parece que tal aparente precisión es, en realidad, el reconocimiento final de la imposibilidad de precisar y de la absoluta vaguedad de la descripción típica.

En todas las hipótesis antes referidas, el verbo rector es "abusar" de diversas situaciones, salvo la última, en donde ese abusar supone adicionalmente "engañar" a la víctima. Nos parece que la determinación de la existencia del abuso es el gran problema de esta tipificación. Si tomamos el caso de la **dependencia basada en una relación laboral,** evidentemente la tipificación más bien significa virtualmente **la prohibición de mantener relaciones sexuales con dependientes laborales entre 14 y 18 años.** En efecto, es probable que con la sola acreditación de la edad de la eventual víctima y la existencia de la relación laboral la posibilidad de una condena sea enorme, no obstante que se haya tratado de una relación plenamente consentida, **porque nada objetivo permitirá saber si hay abuso y porque la tendencia en los tribunales, frente a una querella, será pensar que sí lo hubo.**

4.2. El tipo subjetivo

Dada la redacción del tipo penal, nos parece que no hay duda alguna de que el delito sólo puede cometerse con **dolo directo.** Esto se basa en que las modalidades comisivas excluyen toda posibilidad de considerar la comisión con dolo que no sea directo. El ejemplo más claro de esto es la consideración general del engaño en nuestra legislación penal como una exigencia de tal dolo –directo–. No se puede concebir un engaño negligente, ni eventual; se quiere o no se quiere su realización. La mera representación es irrelevante. De más está decir que el abuso como verbo rector también restringe la posibilidad de considerar siquiera un dolo eventual.

5. El delito de abuso sexual

Es preciso efectuar distinciones al hablar de abuso sexual. Por de pronto, deben considerarse tres sujetos pasivos: la persona menor de 14 años (Art. 366 bis), la persona mayor de 14 años si concurren circunstancias de la violación, indicadas en el artículo 361 (Art. 366 inciso 1º) y la persona de entre 14 y 18 años, si concurren las circunstancias del estupro, indicadas en el artículo 363 (Art. 366 inciso 2º).

5.1. El delito de abuso sexual de mayores de catorce años (Art. 366)

En esta ocasión, analizaremos el tipo penal que tiene como sujetos pasivos a los mayores de 14 años, contemplado en el actual artículo 366 del Código Penal.

5.1.1. Consideraciones previas

Debe tenerse presente que este tipo penal fue modificado por la Ley Nº 19.927, aumentando las penas en las siguientes hipótesis.

a. En cuanto concurriera alguna de las circunstancias del artículo 361, aumentando la pena desde reclusión menor en cualquiera de sus grados (antiguo 366 Nº 1), a presidio menor en su grado máximo (nuevo 366 inciso 1º);

b. En caso que concurriera alguna de las circunstancias del artículo 363, siempre que la víctima fuera mayor de catorce y menor de dieciocho años, aumentando la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio (antiguo 366 Nº 2), a presidio menor en su grado máximo (nuevo 366 inciso 2º).

Es pertinente, desde ya, destacar que la reforma de 1999 introdujo en este punto un cambio de nomenclatura, pues el delito de abuso sexual reemplazó al antiguo delito de "abusos deshonestos". Pero, más allá de eso, la reforma, al dejar en claro que el abuso sexual consiste en otro tipo de conductas sexuales diversas del acceso carnal, efectuó un intento de definir "acción sexual". Lo examinaremos oportunamente.

5.1.2. El tipo objetivo

El verbo rector, conforme al inciso primero del artículo 366, es "**realizar una acción sexual distinta del acceso carnal"**, la que debe efectuarse **abusivamente.** El abuso debe manifestarse concretamente en alguna o algunas de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 y 363, efectuadas al sancionar la violación y el estupro.

A continuación, la ley se esfuerza en explicar **qué es una acción sexual distinta del acceso carnal,** a través del artículo **366 ter**. En esta disposición debe encontrarse la descripción completa de la conducta incriminada.

Según la primera de las disposiciones aludidas, **acción sexual es cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella.**

La primera parte de la definición es la sustancial, en tanto la segunda no define el concepto sino que señala sus "efectos" o "consecuencias" que podrían indicar su presencia. En lo sustancial, la acción sexual es **cualquier acto de significación sexual y de relevancia.** Nos parece que no existe ningún avance real en el intento de precisar la conducta, puesto que nadie sabe qué es realmente un acto de significación sexual y cuál es el grado de "relevancia" necesario. En resumen, creemos que se ha hecho un esfuerzo innecesario e infructuoso tratando de definir algo que, necesariamente, debe ser interpretado caso a caso y en el contexto situacional de que se trate. No estamos abogando por un arbitrio judicial (que por lo demás es imposible de extirpar), sino sólo por reconocer los límites de la inteligencia humana en orden a definirlo todo en forma nítida y resignarse, en aquellos casos más complejos, a que el juez tenga el criterio y sentido común suficiente para juzgar con equidad. Una buena ley en manos de un buen juez es sinónimo de justicia; en manos de uno mediocre, es garantía de injusticia. Así, la variable modificada y, por ende, auténticamente relevante, es la calidad del juez antes que la de la ley.

Pero habiendo ya la ley intentado definir, obviamente no lo logró. Sin embargo, si hay algo sorprendente es que, en esta ocasión, los abusos sexuales pueden cometerse de dos formas: mediante contacto corporal con la víctima (obvia) **o sin contacto corporal,** siempre y cuando en este último caso resulten afectados los genitales, el ano o la boca de la víctima.

La primera duda que surge es acerca de cómo puede abusarse sexualmente de otro sin tocarlo físicamente en calidad de autor directo o material (la autoría mediata siempre ha significado una intermediación entre el autor mediato y la víctima). Obligar a un tercero, por ejemplo, bajo amenazas a masturbarse –o fingir que lo hace– para lograr la propia excitación, podría ser uno de los escasos ejemplos de laboratorio, aunque de todos modos tropieza con un escollo insalvable: el sujeto activo debe **realizar él mismo la acción sexual**, que no es lo mismo que determinar a otro a realizar acciones sexuales, distinción que surge claramente al comparar los artículos 366 bis y 366 ter con el artículo 366 quáter. En consecuencia, la última alternativa imaginable es el uso de instrumentos para efectuar las tocaciones. Es decir, el sujeto toca a la víctima con algo, **pero no con su propio cuerpo.** ¿Era necesaria esta precisión? Una conducta como la señalada, en que, por ejemplo, un sujeto efectúa tocaciones en las zonas erógenas de una mujer valiéndose de una ramita de sauce, siempre fue considerada como de abuso sexual (antiguamente de abusos deshonestos), sin necesidad de este lenguaje tan engorroso. Más aún, creemos que el tipo es restrictivo, pues se habla de "afectar los genitales, el ano o la boca". No es claro qué significa "afectar" esas

zonas, pero, al parecer, debiera entenderse por ello "tocarlos con un objeto distinto del propio cuerpo", de forma tal que quien, por ejemplo, desviste a una mujer y no toca ninguna de esas zonas, aunque las rodee cercanamente, o que se concentre en otras zonas erógenas de la mujer, como los senos, no comete delito de ninguna clase, pues no hay contacto corporal y no se ha afectado las zonas descritas en la ley. Algunas veces da la sensación de estar frente a una versión sexual del robo con fuerza en las cosas, en donde el lugar –en este caso, del cuerpo–, es centro clave de la tipificación de la conducta, antes que la propia conducta. Sin embargo, mientras en ese delito patrimonial pueden esgrimirse razones susceptibles de analizarse, en este delito no entendemos, por ejemplo, que la mujer que es tocada mediante un instrumento intermediario en sus senos no pueda ejercer ninguna acción penal.

5.1.3. El tipo subjetivo

El abuso sexual es una conducta distinta del acceso carnal. Tratándose de un tipo penal concebido por el legislador como un "cajón de sastre" –donde todo cabe, y de todo se encuentra– es necesario reconocer la posibilidad de su comisión con **dolo eventual**, mas no con culpa.

Ejemplo para distinguir estas conductas, y criticar tal posibilidad –de realización con dolo eventual–, es el de un sastre libidinoso, quien, midiendo el cuerpo de un cliente, se representa un eventual "tocamiento" de los órganos sexuales de éste. ¿Puede considerarse que, a pesar de haberse representado como probable tal hecho, éste sea impune, por ejemplo, en virtud de un error de tipo? ¿Y qué sucede para el caso en que fortuitamente el cliente se mueva, aunque el sastre se haya representado tal posibilidad? Para nosotros, si casualmente se produce el contacto físico, aun cuando representado como posible y querido por el sastre, no se trata de un caso de error de tipo, sino de una causal de justificación, del 10 N° 10 del Código Penal, del que obra en cumplimiento de un oficio. Es distinto al caso de quien, descuidadamente, deja sus brazos y manos laxamente a sus costados en un ascensor, o en un vehículo del sistema de transporte público "Transantiago", representándose la probabilidad de que rocen contra los órganos sexuales de quienes le rodean, y acepta tal posibilidad. Aquí sí nos encontramos dentro del tipo penal del artículo 366.

5.2. El delito de abuso sexual de menores de 14 años (Art. 366 bis)

5.2.1. El tipo objetivo

Este tipo penal también fue modificado por la reforma de la Ley N° 19.927, que eliminó la distinción entre abusos sexuales de menores de

catorce años simples y agravados. Las penas que se señalaban antes de esta reforma, eran de presidio menor en cualquiera de sus grados, cuando no concurriera alguna de las circunstancias de los artículos 361 o 363 (abuso sexual de menores de catorce años simple), y de presidio menor en sus grados medio a máximo cuando concurriere alguna de las circunstancias de los artículos 361 o 363 (abuso sexual de menor de catorce años agravado). Hoy en día, la pena es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, aumento de penas que huelga comentar, por la rigurosidad.

Es evidente que el contenido de este tipo penal no varía en nada respecto del que analizáramos precedentemente. Hemos ya definido lo que ha de entenderse por **acción sexual.** En este tipo penal no se requiere, al menos en la descripción legal, que la conducta sea **abusiva,** aunque probablemente deba entenderse que siempre un acto sexual realizado con un menor de 14 años de edad es abusivo.

Anteriormente, explicamos en qué sentido entendíamos la idea de "indemnidad sexual" y las razones por las cuales, en definitiva, nos parecía que el bien jurídico protegido en el caso de los menores de 14 años era, en definitiva, la libertad sexual. Sobre la base de lo expuesto, es nuestra posición que toda acción sexual, de la clase que sea, que involucre a un menor de 14 años es un **atentado contra la libertad sexual de éste, bien jurídico protegido y concepto que incluye la idea de "indemnidad sexual".**

Ahora bien, entrando en el análisis de la conducta misma, ésta consiste en una **acción sexual,** cuyo significado antes ha sido analizado, a la que se aplica la pena de reclusión menor en sus grados máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

5.2.2. El tipo subjetivo

Conforme a lo que se ha venido exponiendo en anteriores apartados, creemos que el tipo penal sólo puede restringirse al dolo, directo o eventual. Aparece como necesario, eso sí, reiterar que nos encontramos frente a un verdadero "cajón de sastre", lo que hace procedente la consideración de su comisión con dolo eventual.

5.3. El delito de abuso sexual agravado por introducción de objetos por vía vaginal, anal o bucal (Art. 365 bis)

5.3.1. El tipo objetivo

Debe entenderse que se trata de un abuso sexual especialmente agravado, aunque algunos supuestos tienen la misma pena que la violación.

La acción sexual puede consistir ya sea en la introducción de objetos "de cualquier índole", por vía vaginal, anal o bucal, o la utilización de animales para realizar tal penetración. Debe tratarse pues, de actos de una gravedad similar a la penetración de un pene. Las interrogantes surgen si el medio empleado es un dedo, la mano empuñada o la lengua.

Sobre este punto, es útil remitirse a lo que señala la jurisprudencia española, que debía ceñirse a normas similares a ésta hasta la dictación del nuevo Código Penal de 1995. Los tribunales españoles no estimaban que los dedos o puños estuvieran comprendidos dentro de la norma, ya que debía tratarse de objetos, y por tales se entendían cosas inanimadas, las que requieren de un sujeto que las dirija. Luego de la reforma del Código Penal español, vigente desde 1995, se incorporó la conducta de introducir miembros corporales, de manera de distinguirlos de los objetos. Con ello se quiso superar la discusión, incluyendo las partes del cuerpo entre los objetos idóneos para la consumación del delito.

Es obvio que si la legislación de la madre patria, inspiración común de nuestros legisladores, no permitía la analogía, por aplicación del principio de prohibición de la analogía *in malam partem,* podemos realizar la misma interpretación restrictiva ante tan deficiente y curioso texto legal.

Esta interpretación restrictiva puede ser discutible, sin embargo, debido a que nos encontramos con un tipo penal abierto, que utiliza la expresión "de cualquier índole". Además, en la discusión parlamentaria, especialmente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, se hizo expresa mención de que la mano está comprendida dentro del concepto objeto. No obstante, dicha interpretación nos parece excesivamente amplia, y no alcanza al tipo penal, desde un punto de vista de interpretación objetivo, que rechaza la averiguación de la intención última del legislador como criterio rector de la interpretación. Si bien algunos legisladores manifestaron su intención de que este criterio quedara recogido, interpretándose ampliamente el tipo en tal sentido, al no haberse expresado tal punto de vista en la redacción final de la norma penal, es rechazable.

De lo que no surgen cuestionamientos es que para consumar el delito se requiere de **penetración** en algunas de las cavidades, vaginal, anal o bucal, ya sea de un objeto o empleando a un animal.

Obviamente debe tratarse de conductas que contengan el necesario grado de lesividad respecto del bien jurídico de la libertad sexual. De lo contrario, podría llegar a sancionarse con una pena equivalente a la violación, por ejemplo, el llamado "robo de un beso", si el autor tuviese la mala idea de realizar el hecho introduciendo, aunque fuera solo en parte, la lengua en la cavidad bucal de la persona forzada a soportar tal conducta.

5.3.2. El tipo subjetivo

No cabe más que remitirnos a lo señalado anteriormente al referirnos a los tipos penales relacionados. Por la gravedad de la pena que conlleva la realización de estas conductas, sólo cabe su sanción con **dolo directo**. Además, no debemos olvidar que nos encontramos con un tipo penal asimilado por el legislador a uno de los más graves delitos contra la libertad sexual, la violación, que no admite sino su comisión con **dolo directo**.

6. El delito de conducta sexual impropia con menores de catorce años (Art. 366 quáter)

6.1. Tipo objetivo

Este tipo penal emplea una serie de **verbos rectores** en los dos primeros incisos del artículo 366 quáter, siendo el elemento común de todos ellos el que el **sujeto pasivo** del delito es la persona menor de 14 años, cuya libertad sexual se ve vulnerada conforme a lo expuesto en el punto precedente.

Sin embargo, lo primero que debe dejarse en claro es que la conducta sexual que se sanciona **no puede corresponder a una acción sexual, en los términos en que la define el artículo 366 ter.** Conforme a ello, podríamos indicar que las **conductas sexuales** son un concepto diferente de **acciones sexuales.** Intentaremos encontrar esa diferencia conceptual esencial a partir de las descripciones contenidas en el artículo 366 quáter, destacando desde ya que todas esas **conductas sexuales que no son acciones sexuales** se efectúan para lograr la excitación sexual propia o de un tercero e involucra a una persona menor de 14 años de edad.

La **primera conducta sexual no constitutiva de acción sexual** a que alude el artículo 366 quáter consiste en realizar **acciones de significación sexual** ante un menor de 14 años. O sea, podemos señalar **que una acción de significación sexual NO es lo mismo que una acción sexual.** El problema para el intérprete es distinguir entre la acción de "significación sexual" y la "acción sexual" propiamente tal, cuestión que tiene una importancia de primer orden, pues se trata de escoger entre la aplicación del tipo penal en comento y la del contenido en el artículo 366 bis. Para ello, la definición del artículo 366 ter podría ayudar. Define la acción sexual como **cualquier acto de significación sexual y de relevancia**, en el cual puede haber contacto corporal o no, debiendo en el último caso resultar afectados el ano, la boca o los genitales de la víctima. Tal vez no fue buena decisión acudir a la definición legal, pero no hay adónde ir. Como en la primera parte

del artículo 366 quáter se habla de realizar la acción de significación sexual **ante** el menor de 14 años, supondremos que es de esta clase la acción que **realiza el propio sujeto activo consigo mismo y teniendo al menor de edad como mero espectador.** Habrá que pensar que el legislador quiso castigar, por ejemplo, al que se masturba frente a un menor de 14 años. Otra alternativa es pensar que la diferencia entre acción sexual –que el artículo 366 ter define como acto de significación sexual– y acción de significación sexual reside en que en la primera el acto debe ser de "relevancia" y en este último debe ser "irrelevante o de poca relevancia", pero la evidencia de la inutilidad de la fórmula ahorra comentarios.

La segunda conducta sexual impropia que **no constituye una acción sexual** consiste en **hacer ver o escuchar material pornográfico a una persona menor de 14 años.** Nos parece que la descripción es clara, aunque la palabra "hacer (que otro haga algo)" nos parece desafortunada y, en todo caso, la asimilaremos a la idea de fuerza física o moral.

La tercera conducta consiste en **determinar al menor de 14 años a que realice acciones de significación sexual delante del sujeto activo o de un tercero.** La voz "determinar" parece ser más amplia que la idea de fuerza física o moral y pareciera incluir incluso la persuasión. La palabra **"delante** (suyo o del tercero)" permite pensar que se sanciona, por ejemplo, obligar a un menor a efectuarse tocaciones frente a los sujetos que permanecen como espectadores.

6.2. Tipo subjetivo

Aquí, a pesar de que el tipo penal está construido objetivamente como un "cajón de sastre", al igual que los artículos anteriores, pero dado la complejidad de los verbos rectores, y de las conductas que debe realizar el sujeto activo, sólo cabe la comisión de estos ilícitos con **dolo directo**. Esto debido a que se exige que el sujeto activo **conozca el significado** de la acción, es decir, porque se restringe el elemento **cognitivo,** de tal manera que tiene un efecto decisivo en el elemento volitivo del dolo.

7. Promoción o facilitación de la prostitución de menores (artículo 367)

7.1. Tipo objetivo

Este delito consiste en **promover o facilitar la prostitución para satisfacer los deseos de otro, con habitualidad o con abuso de autoridad.** Vul-

garmente se le conoce como "proxenetismo" o "alcahuetería". Tratamos esta materia dentro de los delitos contra la libertad sexual, por cuanto el tipo penal no distingue entre menores de catorce años y menores de dieciocho años, aunque en este último caso se trataría de un delito contra la moral sexual, al tener los menores de dieciocho años, pero mayores de catorce, libertad sexual y por lo tanto existiría libertad para emplearse y ser empleados sexualmente. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que aquí podría sostenerse que la sanción al promotor o empleador sexual está concebida como un delito de peligro, con objeto de proteger otro bien jurídico distinto que para nosotros es difícil de avizorar, ya que el abuso de una relación de dependencia constituiría un delito de estupro, conducta sancionada en el artículo 363.

La prostitución, y la solicitud de los servicios de una prostituta, no son conductas punibles. La prostitución es un concepto referido a la mujer que comercia sexualmente con su cuerpo, sin que se admita en esta categoría al hombre. No obstante, en la especie, se trata de una persona menor de edad (18 años) y, conforme al espíritu de la Ley N° 19.617, es perfectamente susceptible la tesis de que la promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad de sexo masculino también está sancionada en esta hipótesis.

La promoción se refiere a la instigación a la prostitución; la facilitación se refiere a la cooperación con otro en su iniciativa de dedicarse a la prostitución.

Como elementos normativos del tipo objetivo podemos mencionar la habitualidad de la conducta y el abuso de autoridad o confianza.

7.2. Tipo subjetivo

Dentro del tipo subjetivo, ha de admitirse tanto el dolo directo como el dolo eventual.

8. La producción de material pornográfico utilizando menores de 18 años, en cuanto éstos hayan sido menores de catorce años (Art. 366 quinquies)

Hemos, al igual que en el análisis de otros tipos penales, planteado aquí una diferencia sustancial con lo señalado por otros autores nacionales, al incluir en este apartado, dedicado a los delitos contra la libertad sexual, solamente al sujeto pasivo menor de catorce años, destinando al estudio de los delitos contra la moral sexual al sujeto pasivo mayor de catorce años y menor de dieciocho años, ya que si se trata de una actividad consentida, y los mayores de catorce años ya pueden disponer de su libertad sexual, tal conducta, de no mediar el tipo penal, sería considerada impune.

Se sanciona la **utilización de un menor** (de 14 años) **de edad en la producción de material pornográfico.** Aunque no quede claro, entendemos que la persona menor de esa edad debe aparecer en ese material realizando o fingiendo actos sexuales y ser **su aparición pornográfica en sí misma**. En consecuencia, dentro de esta interpretación restrictiva, si un menor aparece como un lustrabotas durante una escena sin desnudos ni actos sexuales en una película que en el resto es pornográfica, nos parece que no se habrá configurado este tipo penal, a menos que se demuestre efectivamente que se ha lesionado la libertad sexual del menor durante el rodaje general de la película.

8.1. Tipo objetivo

El inciso 2° define la conducta como la captación de representaciones de menores "dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales". Debe entenderse que se trata de grabación mediante técnicas fotográficas o videográficas, u otros medios que los avances de la ciencia o de la técnica permitan.

En caso de haberse cometido otros delitos en la realización del material pornográfico, ha de estarse a las reglas generales de los concursos.

8.2. Tipo subjetivo

Se trata de figuras exclusivamente dolosas, y sólo con dolo directo, pues de otra manera se incluirían o podrían incluirse conductas perfectamente normales que suelen realizarse dentro del ámbito familiar, como las fotografías o registros videográficos que suelen recabar los padres respecto de sus hijos menores, en actitudes familiares y comunes dentro del solaz del hogar, como el baño de un infante.

II. DELITOS CONTRA LA MORAL SEXUAL

La moral sexual y la moralidad pública son conceptos complejos. Tienen una connotación social, respecto del sentimiento común de las personas en relación al ejercicio decoroso de las funciones sexuales. En consecuencia, la moralidad pública alude exclusivamente a la moralidad sexual, en cuanto se considera por el legislador que no deben lesionarse los sentimientos de la comunidad en relación al ejercicio de las funciones sexuales. Los delitos

contra la libertad sexual ya fueron analizados; en esta ocasión examinaremos los delitos que atentan contra la moralidad sexual social.

El bien jurídico protegido, pues, que ahora nos ocupa, se refiere a la moralidad pública, que podemos conceptuar como **el sentimiento colectivo que reclama el uso decoroso de la función sexual, evitando el uso excesivo, abusivo o desviado de ella.**

Las buenas costumbres comprenden la moralidad pública y la observancia de ciertas reglas de comportamiento en materias sexuales, que se avienen a los sentimientos de la comunidad.

En general, se trata de conductas que provocan en algunos la sensación de escándalo público (ejercicio público de la función sexual) y peligro social (protección de la comunidad desde el punto de vista higiénico, fisiológico y psicológico respecto de la actividad sexual desviada).

1. El delito de violación sodomítica de menores, mayores de catorce años, menores de dieciocho años, con consentimiento (Art. 365)

1.1. Consideraciones previas

La sodomía admite tres acepciones. La científica la vincula con la zoofilia o contacto sexual con animales; la vulgar la refiere a contactos homosexuales, masculinos o femeninos; la jurisprudencial, la hace sinónimo de coito entre varones, con particular referencia a la pederastia (respecto de niños o menores). Es a esta última acepción a la que se refiere el verbo rector.

La reforma de 1999 introdujo cambios relevantes. En este punto nos remitimos al análisis que haremos especialmente de ésta como conclusión del módulo. Cabe señalar, sin embargo, algunos aspectos de la reforma respecto de este delito.

Como primer punto, el verbo rector fue precisado: se trata de "acceder carnalmente". Anteriormente se trataba de "yacer", lo que implicaba la idea de un hombre como sujeto activo y una mujer como sujeto pasivo, en circunstancias bastante similares a las actuales.

En este punto, podría efectuarse una interpretación analógica y estimarse que, tratándose de homosexuales, el acceso carnal supone la introducción del pene en el ano o la boca del otro sujeto. En nuestra opinión, y siendo contrarios a la asimilación del sexo oral o de la *fellatio in ore* a la idea de acceso carnal, creemos que tal interpretación no es forzosa, ya que el acceso carnal es introducción del pene en algunos orificios que la ley indica, pero estos orificios pueden variar o tener diversa relevancia. En otras palabras, la introducción del pene en cualquiera de esos orificios es acceso carnal, conforme al artículo 361, pero, al mismo tiempo, es obvio que el artículo 365 sólo podría estar refiriéndose a dos de ellos –anal o bucal–, de donde se sigue que

si no es obligación hacer sinónimo el acceso carnal de la penetración en todos los orificios, tampoco es obligatorio hacerlo sinónimo de dos de ellos. En tal sentido, debe efectuarse la interpretación que parezca más razonable y, en ese sentido, nos manifestamos partidarios de que sodomía, conforme al artículo 365, sólo existe en la medida en que se verifique una cópula por vía anal. En todo caso, se trata de un problema enteramente ajeno al de la libertad sexual, ya que más bien en esa figura se protege un cierto concepto social acerca de lo moralmente correcto en materia de sexualidad.

1.2. Tipo objetivo

El verbo rector, como se señalara más arriba, es "acceder carnalmente". Esto es, la introducción del pene en el ano o la boca del sujeto pasivo. Éste sólo puede ser un varón, menor de dieciocho y mayor de catorce años. La conducta, necesariamente, deberá ser **consentida**, al excluirse las circunstancias de los delitos de violación o estupro. Debe entenderse también que la expresión "acceso carnal" excluye casos de penetración con objetos y prótesis, y aquellos casos cuando una persona obliga a otra a que la penetre, o de penetración pasiva.

Para nosotros, como señaláramos, éste es un caso de tipificación penal de un delito contra la "moral sexual", que no se justifica en el contexto de los delitos contra la libertad sexual, en los que se debiera entender, sin excepciones, que el mayor de catorce años puede consentir libremente en su sexualidad a partir de esa edad. El restringir el legislador esa libertad solamente al acceso carnal –considerado mañosamente, y sin expresarlo directamente como "normal"– con personas de distinto sexo, constituye una discriminación arbitraria por medio de la ley.

1.3. Tipo subjetivo

El verbo rector obliga a considerar, restrictivamente, sólo la posibilidad de realizar la acción con **dolo directo**, es decir, con conocimiento, por el varón mayor de dieciocho años, que está accediendo carnalmente a un menor de dieciocho y mayor de catorce años, y queriendo realizar este acceso carnal por vía anal o bucal.

1.4. Remisión del artículo 4° de la Ley de responsabilidad penal del adolescente N° 20.084

No podíamos dejar pasar esta oportunidad para señalar un curioso error del legislador en materias de delitos contra la libertad y la moral sexual. En efecto, el artículo 4° de la Ley N° 20.084 de responsabilidad penal del adolescente contempla una regla especial en materia de delitos sexuales, en la

forma de una ley penal en blanco, que se remite, entre otros artículos, al 365 del Código Penal. El texto del artículo 4° que contempla la legislación penal especial para el adolescente, señala que no podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quáter del Código Penal, cuando la conducta descrita en dichos artículos:

a) se hubiere realizado con una persona menor de 14 años

b) no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, y

c) que exista entre la persona menor de 14 años y el imputado una diferencia de, a lo más, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362 (acceso carnal consentido con menor de 14 años, que se considera violación), o no mayor de tres años en los demás casos (365, 366 bis y 366 quáter).

La verdad que el lector, sin ser necesariamente una autoridad en materia de delitos contra la libertad sexual, puede percibir el **burdo error del legislador** al remitirse al artículo 365, toda vez que la conducta sancionada en éste se refiere a **mayores** de 14 años, por lo que la disposición del artículo 4° de la Ley N° 20.084 no es aplicable en este caso, ya que dicho artículo se refiere a **menores** de 14 años.

2.Obtención de servicios sexuales de personas mayores de catorce años pero menores de 18 años de edad (Art. 367 ter)

En este caso también se trata de un delito contra la moral sexual, por cuanto la libertad sexual es disponible, según considera generalmente el legislador, desde los catorce años. Por lo tanto, de no existir el tipo penal del Art. 367 ter existiría libertad para emplearse y ser empleado sexualmente, desde los catorce años de edad, y podría sostenerse la atipicidad de la conducta al tratarse de sujetos pasivos que consienten, y en cuanto no se cometan otros ilícitos penales.

La conducta prohibida consiste en obtener servicios sexuales de un sujeto pasivo menor de edad, varón o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años de edad. A nuestro juicio, en el concepto de servicios sexuales sólo se incluyen las conductas de acceso carnal, excluyéndose las acciones sexuales distintas al acceso, como las descritas en el Art. 366 y en el Art. 366 bis. Refuerza este punto de vista la referencia que hace el texto de la norma a las circunstancias de los delitos de violación y estupro, y la necesaria interpretación restrictiva de los tipos penales, propia de este sector del ordenamiento jurídico. Esto, considerando, además, que en general la prostitución y la solicitud de los servicios de una prostituta no son conductas punibles. Se trata, más bien, que el legislador ha querido en este caso sancionar graves conductas de corrupción de menores, a pesar de la posibilidad que tienen todas las personas de disponer libremente de su sexualidad a partir de los catorce años.

El tipo subjetivo requiere de dolo directo, o de primer grado, por lo que el error en la edad del menor llevará a la impunidad de la conducta por error de tipo, independientemente si se trata de uno vencible o invencible, toda vez que no existe el tipo correlativo culposo.

3. El delito de conducta sexual impropia con mayores de 14 años (Art. 366 quáter inciso final)

Tal como señalamos respecto de las mismas conductas, pero con un sujeto pasivo menor de catorce años, este tipo penal emplea una serie de **verbos rectores** en los dos primeros incisos del artículo 366 quáter, siendo el elemento común de todos ellos el que el **sujeto pasivo** del delito es la persona menor de 18 años.

Reiteramos que la conducta sexual que se sanciona **no puede corresponder a una acción sexual, en los términos en que la define el artículo 366 ter** por lo que las **conductas sexuales** son un concepto diferente de **acciones sexuales,** que se efectúan para lograr la excitación sexual propia o de un tercero e involucra a una persona menor de dieciocho años de edad, pero mayor de catorce.

Aquí, más bien, se trataría de una sanción por la coacción, al obligar al menor de dieciocho años, pero mayor de catorce, a presenciar los actos de significación sexual, esto es, exponiéndolo a ver u oír materiales o espectáculos pornográficos, tal como señalan **Garrido** Montt y **Politoff, Matus** y **Ramírez**.

Si se trata de deteminar al menor a realizar por sí mismo acciones de significación sexual ante otros, debemos tener el cuidado de recordar que sólo cabrían aquí las acciones de autosatisfacción sexual u otras de menor entidad, por cuanto el acceso carnal o el abuso sexual son punibles, respecto del sujeto activo, como autor mediato o instigador de los respectivos delitos.

4. La producción de material pornográfico utilizando menores de 18 años pero mayores de 14 años (Art. 366 quinquies)

Aquí se sanciona la **utilización de un menor de 18 años de edad en la producción de material pornográfico.** También, como cuando el sujeto pasivo es menor de catorce años, se entiende que la persona menor de esa edad debe aparecer en ese material realizando o fingiendo actos sexuales y ser **su aparición pornográfica en sí misma.** Sin embargo, no podemos dejar de hacer presente la evidente contradicción entre esta norma y la concepción, plasmada por el legislador en sucesivas reformas en la materia, que consideran que una persona puede disponer libremente de su sexualidad a partir de los catorce años. No se entiende entonces que una persona pueda

consentir en yacer con otra, aunque ésta sea mayor de edad, y no pueda consentir que se grabe una imagen de su persona desnuda, en actitudes eróticas, o de un acto de esta connotación que realice. Por eso es que clasificamos esta parte del tipo penal, en cuanto el sujeto pasivo es mayor de catorce años, entre los delitos contra la moral sexual.

En lo que respecta a la descripción típica de la conducta, nos remitimos a lo señalado previamente respecto del caso en que el sujeto pasivo sea menor de catorce años.

5. La comercialización de material pornográfico, en cuya producción hayan sido utilizados menores de 18 años (Art. 374 bis)

5.1. Consideraciones previas

El artículo 374 bis penaliza una serie de conductas relacionadas genéricamente con la comercialización de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años. Difieren de este punto de vista Politoff, Matus y Ramírez, para quienes se sanciona también la mera tenencia de estos objetos, como "delito de posesión de objetos declarados ilícitos". No podemos menos que disentir de esta opinión, toda vez que, tal como ellos mismos señalan, durante la discusión del proyecto de ley que llevó a la modificación de la Ley N° 19.927 se propuso limitar la sanción a la posesión destinada a la comercialización. Aun cuando una interpretación subjetiva pudiera aceptar el punto de vista de Politoff, cosa que no es así al carecer dicho punto de vista de asidero en las opiniones manifestadas en comisión y en sala por el legislador, no podemos menos que recordar que la interpretación objetiva de la norma es la que prima entre nosotros, especialmente en materia penal, y más aún cuando el texto legal es claro, ya que no se sanciona la posesión, sino que en el inciso 2° se sanciona el **almacenamiento**, que es una conducta, y no un estado. El Derecho Penal sanciona hechos, actos o conductas, por lo que no podemos aceptar que mediante una interpretación se introduzca en un tipo penal una concepción propia de un derecho penal de autor.

En cuanto al merecimiento y necesidad de protección del bien jurídico, la verdad es que aquí nos encontramos con un clásico ejemplo de un delito contra la moral sexual, ya que los menores de dieciocho años, en cuanto sean mayores de catorce, disponen libremente de su sexualidad, por lo que pueden contratar su actuación o participación en la creación de material pornográfico. En cuanto a la producción de material pornográfico utilizando menores de edad, ya nos referimos a la materia al analizar el artículo 366 quinquies. Así las cosas, aquí sólo se sanciona un sentimiento moral recogido por el legislador.

5.2. Tipo objetivo

Los verbos rectores del inciso 1° son comercializar, importar, exportar, distribuir, difundir o exhibir el objeto material, que no es otro que el ya mencionado "material pornográfico", requiriéndose que en su elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años. En cambio, los verbos rectores del inciso 2° son adquirir o almacenar material pornográfico, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad.

Es interesante, por lo señalado previamente, determinar cuál es el alcance que se debe dar a la conducta de almacenamiento. Para nosotros, en ningún caso puede sostenerse que lo sancionado es la mera tenencia o posesión, sino que sólo lo es **el acto de almacenar**. Cuando el legislador ha querido sancionar la tenencia, lo ha dicho expresamente, como por ejemplo en los artículos 1°, 2°, 3° y 4°, de la Ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en los artículos 3° y 4° de la Ley N° 17.798 de control de armas y explosivos, o en el artículo 456 bis A del Código Penal, sobre receptación. Por lo demás, los tipos penales sancionan **conductas**, y aquí se trata de un acto, almacenar, que en su sentido natural y obvio consiste en poner, guardar o reunir cosas. Así, por ejemplo, es inaceptable pretender sancionar a quien haya almacenado, previo a la modificación de la ley, imágenes de las descritas en el tipo penal, esto por aplicación de las normas sobre irretroactividad de la Ley Penal, en especial del artículo 18 del Código Penal, ya que tal conducta era impune, previo a la dictación de la Ley N° 19.927, de catorce de enero de 2004. Así las cosas, la mera tenencia de dichos materiales es atípica.

5.3. Tipo subjetivo

Estas conductas sólo pueden ser realizadas con dolo directo, especialmente cuando el inciso segundo del artículo 374 bis incluye un especial elemento subjetivo "maliciosamente", que viene a reforzar al dolo, y determina que las conductas sólo pueden realizarse con dolo de primer grado.

6. LOS ULTRAJES PÚBLICOS A LAS BUENAS COSTUMBRES (ARTS. 373 Y 374)

En el artículo 373 se sanciona a los que de cualquier modo –lo que constituye un tipo penal abierto– ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos en otros tipos penales, por lo que se trata de un tipo penal residual.

Resulta absolutamente claro que en la especie estamos frente a un tipo penal abierto y que será el juez quien deberá, sin cortapisas, interpretar la

idea de "pudor" o de "buenas costumbres" implícito en este delito, así como el significado de "grave escándalo" o "trascendencia". Se trata de elementos normativos de carácter social, dentro del tipo objetivo.

Debemos incluir acá la comercialización de impresos contrarios a las buenas costumbres, conducta sancionada en el artículo 374, que sanciona la comercialización o distribución, autoría o manufactura de canciones, folletos, impresos, figuras o estampas, grabaciones, etc., contrarios a las buenas costumbres. Al igual que el artículo anterior, es un tipo penal de escasa utilidad práctica, casi en desuso, y merced a su extraordinaria apertura, puede redundar en un atentado contra las garantías constitucionales relacionadas con la libertad de expresión y la libertad de prensa.

III. Promoción o facilitación de la prostitución internacional (artículo 367 bis)

Este tipo penal fue agregado por la Ley N° 19.409, publicada en el Diario Oficial el 31 de agosto de 1995. Se sanciona a quien promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero.

Se distingue entre la trata de blancas del artículo 367 bis inciso 1°, y la trata de blancas calificada, del artículo 367 bis inciso 2°. La hipótesis calificada se refiere a los casos en que la víctima sea menor de edad, en que exista violencia o intimidación, engaño o abuso de autoridad o confianza, en que el autor estuviese a cargo de la educación o cuidado de la víctima o si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima; también se sanciona el caso en que existiera habitualidad en la conducta del agente. La hipótesis del inciso 1° está sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, mientras que para las hipótesis del inciso 2°, se aplican las penas del inciso 2° del artículo 367, esto es, presidio mayor en cualquiera de sus grados, y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

Se trata, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, de un delito de peligro abstracto, esto es, que no requiere se pruebe el peligro que corre el bien jurídico. Pareciera ser que el legislador pretende sancionar, y con las penas más severas, el peligro para la libertad sexual del sujeto pasivo de estos delitos. Sin embargo, esto es criticable, puesto que las sanciones superan las penas del delito de secuestro, en el que se hace efectiva la lesión del bien jurídico libertad; tanto es así que de ocurrir los resultados más dañinos, y sólo entonces se aplican en el secuestro las penas más severas. Por otra parte, no

podemos dejar de mencionar que en la especie una pena privativa de libertad tan severa provoca como efecto inmediato un desequilibrio en la sistematización de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal chileno. No es posible que se sancione este delito de peligro contra la libertad con mayor pena que el homicidio simple, que protege la lesión de la vida independiente.

Respecto al tipo subjetivo, sólo cabe el dolo directo, toda vez que el agente debe conocer y querer que la entrada o salida de personas del país tenga **como fin** el ejercicio de la prostitución.

IV. Conclusión: análisis comparativo y crítico de las reformas de los delitos sexuales de los años 1999 y 2004

1. Consideraciones generales

Cuando entró en vigencia la reforma legal, que se publicó en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999, se puso fin a una larga discusión que encontraba su origen en la sensación ciudadana de impunidad para este tipo de delitos, especialmente cuando afectaba a menores de edad. Una fuerte presión de la opinión publica parece haber convencido al Gobierno y al Ministerio de Justicia, primero, y luego al Parlamento, acerca de la necesidad de contar con una nueva legislación sobre la materia, y que otorgara mayor protección a las eventuales víctimas. Es en este panorama que se presentó el proyecto de reforma al Código Penal, iniciado por mensaje del Presidente Aylwin, modificado sustancialmente por la Cámara de Diputados, y luego readecuado a las ideas originales del mensaje por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

En ese contexto se agregaron diversas normas, entre las cuales destaca la que permite al juez apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Del mismo modo, tratándose de delitos contra menores de 12 años de edad, la Ley N° 18.216 fue modificada, negándose a los procesados por tales delitos el derecho a la libertad provisional.

Aunque se trata de normas más bien procedimentales, en nuestra opinión son acordes con el espíritu de la nueva legislación, que se caracteriza por un enorme debilitamiento de los principios de tipicidad –a tal punto que, en algunos casos, creemos que sería posible deducir recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad– y de seguridad jurídica. Sin embargo, la indignación y repulsión que estos delitos causan en la ciudadanía y en la sociedad parecen haberse traducido en una legislación que pretende proteger la libertad sexual sacrificando otros bienes jurídicos de capital importan-