

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

MARIO GARRIDO MONTT

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

TOMO III

DELITOS CONTRA LA VIDA

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD

DELITOS CONTRA EL HONOR

DELITOS QUE AFECTAN A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA

DELITOS CONTRA LA MORALIDAD E INTEGRIDAD SEXUAL

DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS

Cuarta edición actualizada
con la colaboración de Alejandro Moreira Dueñas,
ayudante de la cátedra del autor

© MARIO GARRIDO MONTT

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 193.431, año 2010
Santiago - Chile

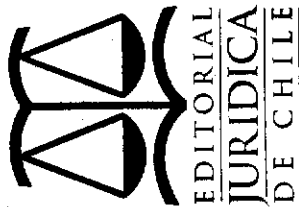
Se terminó de imprimir esta cuarta edición
en el mes de julio de 2010

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de la obra completa 978-956-10-1594-4

ISBN de este tomo 978-956-10-2044-3



www.editorialjuridica.cl

E. *Impedir que se inscriba un matrimonio religioso ante oficial del registro civil*

El artículo 389 prescribe: "El tercero que impidiere la inscripción, ante un oficial civil, de un matrimonio religioso celebrado ante una entidad autorizada para tal efecto por la Ley de Matrimonio Civil, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

La Ley de Matrimonio Civil, en su artículo 20, permite que se celebren matrimonios ante un ministro de culto de una entidad religiosa autorizada, pero en su inciso segundo -para que tenga validez y produzca efectos civiles- dispone que el acta respectiva debe presentarse por los contrayentes para su inscripción ante cualquier oficial del registro civil, dentro de los ocho días siguientes a su celebración. Como el incumplimiento de esta inscripción en el plazo fatal indicado priva de validez al matrimonio, el artículo 389 sanciona el tercero que dolosamente lo haya impedido. Se trata de un delito común cuyo autor puede ser cualquiera persona, con exclusión de los contrayentes indudablemente, que realice acciones de naturaleza tal que impidan el cumplimiento del referido trámite en el término antes señalado.

El delito se consuma cuando se logra la no inscripción.

20. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL⁵⁰⁰

Preparado con la colaboración de Francisco Maldonado Fuentes.
Ayudante de la cátedra de Derecho Penal.

⁵⁰⁰ El texto fue preparado con la valiosa colaboración de Francisco Maldonado, quien redactó el estudio básico de las modificaciones que aquí se publican. Maldonado participó en las Comisiones del Congreso Nacional cuando se estudiaba la Ley N° 19.617.

Cuando se terminó la redacción de este grupo de delitos, se publicó la interesante monografía de Luis Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, 2000, y el trabajo de Jean Pierre Manus Acuña y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, Universidad de Talca, año 2001. Ambas obras valiosas y únicos textos de consulta sobre el tema.

20.1. PRESENTACIÓN

El día 12 de julio de 1999 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.617, cuerpo legal que introduce una serie de modificaciones a la legislación penal en materias referidas a los denominados "delitos sexuales".⁵⁰¹

Una reforma de esta naturaleza -particularmente cuando resulta aplicable a una materia de alta complejidad y de difícil regulación- requiere de una síntesis interpretativa completamente distinta de aquella en que se fundó la normativa vigente a la fecha de las modificaciones, en tanto la reagrupación de figuras delictivas redefine por completo el esquema de tratamiento de las conductas que se califican como delitos, sus sanciones y las circunstancias de su comisión.

La Ley N° 19.927 (14 de enero de 2004) volvió a modificar el Código Penal, el de Procedimiento Penal y el Procesal Penal, innovaciones que se comentarán en este texto.

20.2. BIEN JURÍDICO: LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL

A. *Antecedentes generales*

Históricamente, los delitos que atentan contra la libertad de autodeterminación en materia sexual han sido desarrollados en nuestro medio a propósito del análisis de la *honestidad* o la *moralidad pública* como bien jurídico o interés protegido.

Es útil recordar que la ubicación sistemática que se daba en el Código Penal, antes de que fuera modificado, a estos delitos corresponde al Título VII del Libro II con el subtítulo de "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública", categoría que agrupa diversas figuras reunidas por el legislador sin seguir un modelo comparado específico, y sin que exista una razón que pueda ser admitida

⁵⁰¹ La nomenclatura utilizada para referirse a este grupo de delitos revisa caracteres propios y ha sido criticada por la ausencia de contenido que la muestre como categoría independiente.

En este mismo sentido, vid. Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho Penal, Parte Especial*, p. 116.



como satisfactoria para justificar tal sistemática. Así, el título contiene atentados que afectan el orden jurídico de las familias, la libertad de autodeterminación sexual, y la moralidad o pudor público, además de algunas figuras de lesión contra la vida y de peligro de esta última y de la integridad corporal.

Los elementos tenidos en cuenta para efectuar esta agrupación son de variada índole, y sea como sea, a estas alturas han perdido vigencia o legitimidad, haciendo insostenible la mantención de tal sistemática.

La libertad sexual como bien o valor a proteger aparece ampliamente desdibujada dentro del esquema propuesto.

Esta forma de tratamiento —hoy parcialmente superada— concebía un espacio de libertad individual para el ejercicio de la sexualidad si ella se realiza "*dentro de las esferas permitidas*". El resto de las manifestaciones sexuales no ameritaban protección penal en caso de ejecución forzada, involuntaria o no deseada, o, de recibirla, reflejaba un disvalor diverso, de menor entidad, o se consideraba ilícita y punible su realización aun consentida.

En la fórmula tradicional utilizada para el análisis sistemático de estos delitos se distinguían dos grupos diversos, la afectación del "*Orden de las Familias*" y la "*Moralidad Pública*". Este último orden, denominado alternativamente como de los "*delitos contra la honestidad*" —siguiendo la primitiva estructura española— incluía una serie de figuras penales referidas al amparo de la libertad de autodeterminación sexual, de la indemnidad o intangibilidad sexual y del pudor público, además de las figuras que restringían el ejercicio privado de actividades consideradas intolerables (moral sexual).

El concepto de moralidad pública admitiría una similitud con el amparo del pudor público, que hacía legítimo imponer limitaciones al ejercicio público de actividades de índole o relevancia sexual.

La "*honestidad*", por su parte, como concepto alternativo y referente de las demás figuras o intereses protegidos en el título, hoy en día es considerada unánimemente como criterio unificador inadecuado e injustificado para soportar cualquiera de las figuras penales que se le vinculan.

La actividad deshonestas es de mayor amplitud que aquella que se dirige a lesionar la libertad sexual, tónica principal de

este grupo de delitos, una de cuyas características es la tendencia lasciva del sujeto activo que persigue la satisfacción de impulsos impúdicos o libidinosos personales o de terceros. La referencia a la honestidad recoge y protege la concepción relativa del ejercicio de las funciones de índole sexual, separando el ejercicio honesto y el deshonesto —permitido y prohibido de la misma—, morigerando los espacios de libertad que —en realidad— permiten justificar la existencia de estos delitos. En palabras de Carlos Künsemüller, "el derecho a la libre autodeterminación en este ámbito del comportamiento humano sólo acepta la intromisión de la ley penal frente a acciones socialmente intolerables, que envuelven una grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos de alta significación, cuya tutela penal es indispensable. Existe un consenso en que la regulación penal de la conducta sexual debe limitarse a aquellas acciones que atentan contra la libertad sexual del individuo, a aquellas que afectan el desarrollo sexual normal de los menores e incapaces, a las que atentan gravemente a la moralidad pública y a aquellas que se refieren a la explotación lucrativa por terceros de la actividad sexual"⁵⁰².

De estos bienes, debemos separar los que se vinculan a la moralidad pública, en tanto el referente natural de los mismos amerita un tratamiento diferenciado en atención al contenido colectivo del interés protegido.

El resto de los intereses descritos susceptibles de tutela penal se vinculan estrechamente al ejercicio de las funciones sexuales,⁵⁰³ agrupadas en torno al concepto del legítimo ejercicio de la actividad sexual individual. Ello nos permite situar en el centro de estas figuras a la libertad de ejercicio y autodeterminación en materia sexual, ubicando el tratamiento en el mismo ámbito que aquel que corresponde al ejercicio de las libertades humanas, sean generales o de autodeterminación, o especificadas en torno a la utilización de alguna facultad particular.

⁵⁰² Vid. prólogo al libro de Manuel Ángel González J., *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores*, p. 8.

⁵⁰³ *Moral sexual individual*, según Rodríguez Devesa, op. cit., p. 150.



Esa posición (la libertad sexual como bien jurídico tutelado) es una constante uniformada en la doctrina penal, criticada incluso en nuestro medio una vez que se ha reconocido la inadecuada articulación sistemática de estos delitos en el Código Penal, como su desacertada referencia a los conceptos de honestidad y moralidad pública.⁵⁰⁴ Sin embargo, hasta julio de 1999 era la configuración originaria de los tipos penales tradicionalmente referidos a la libertad sexual, no obstante, se hacía difícil adoptar dicho criterio en forma plena. Algo semejante ocurrió en España hasta el año 1989. En nuestro país sólo a partir de la reforma introducida por la Ley N° 19.617 —publicada en el Diario Oficial el día 12 de julio de 1999— se hizo posible sostener que el respaldo de prácticamente todos estos delitos es la libertad de autodeterminación sexual.⁵⁰⁵

B. Libertad de autodeterminación sexual

Se entiende a nivel universal que las figuras que se agrupan a propósito de esta materia se vinculan a una expresión de la libertad humana, referida en esta ocasión al ejercicio de las facultades de índole sexual.⁵⁰⁶ La libertad de autodeterminación en materia

⁵⁰⁴ Etcheberry, D. P., t. IV, pp. 9 y 10.

⁵⁰⁵ Dicha reforma, en todo caso, no ha modificado la totalidad de las figuras que se agrupaban detrás de los conceptos de *honestidad* o *moralidad pública*, en el sentido tradicional, sino que se ha ocupado de regular aquellas que justifican su existencia en razón del amparo de la libertad de autodeterminación sexual y la llamada indemnidad o intangibilidad sexual, entre ellos los delitos de violación, estupro, abusos sexuales y figuras de corrupción de menores, con excepción del incesto y la sodomía, únicas limitaciones que relativizan el respeto a la libertad de autodeterminación en materia sexual. El resto de las figuras tratadas por la doctrina a propósito de la "honestidad" (particularmente aquellas que se vinculan a modalidades del proxenetismo y al amparo de la moralidad pública), no han sido, ni han pretendido ser abarcadas por el legislador en esta modificación, lo cual ha aparejado entre otros efectos la mantención de la inadecuada articulación sistemática señalada precedentemente.

⁵⁰⁶ Este grupo de delitos debería ordenarse dentro del ámbito en que el amparo penal protege la libertad como facultad humana, ubicada probablemente en un tercer orden de importancia después de la vida y la integridad

sexual se eleva como interés de protección central que justifica la existencia de estos delitos, autodeterminación que incide en la facultad humana de consentir o rechazar la realización de actos de significancia sexual.⁵⁰⁷⁻⁵⁰⁸

Como ocurre con toda expresión de libertad, su protección debe extenderse asimismo a aquellos elementos que permiten darle sustento objetivo, o dicho en otros términos, debe comprender no sólo el amparo de la libertad en su ejercicio, sino referirse también a la "seguridad de la libertad" (Bustos); a aquellas condiciones que sirven de sustento a su utilización, con independencia de los actos que se relacionan con su ejercicio activo.

En tanto la protección de esta manifestación de la libertad humana presupone su reconocimiento, debe entenderse que toda persona puede legítimamente ejercerla en forma activa y pasiva. Puede realizar entonces válidamente cualquier tipo de actos y le es factible a su vez rechazar la ejecución de los

corporal. Asimismo, su tratamiento no sólo debiera contemplar un esquema de amparo de la libertad de autodeterminación en general, sino desarrollarse a continuación la totalidad de las expresiones particulares que la libertad puede alcanzar (libertad ambulatoria, de expresión, religiosa, sexual, etc.). Como consecuencia adicional, las figuras que normalmente se fundan en un ataque a la libertad como facultad humana (coacciones y amenazas), serían susceptibles de aplicación en aquellos espacios que quedaran desprotegidos de amparo penal específico. En este sentido, Muñoz Conde, op. cit., p. 176; e implícito en Bustos, *Manual*, pp. 113 y 114.

⁵⁰⁷ Según Orts Berenguer (*Comentarios al Código Penal español*, dirigidos por Cobo), "...de esta libertad sexual emanan dos aspectos destacados por la doctrina (vid. por todos Polaino): uno dinámico positivo, que acoge la facultad de disponer sexualmente del propio cuerpo, sin otras limitaciones que las que impone el respecto a la libertad ajena; y otro, estático pasivo, que encierra la posibilidad de repeler las agresiones sexuales que puedan producirse" (p. 593). En este mismo sentido Vives Antón, en los comentarios al Código Penal español de 1995, p. 903.

⁵⁰⁸ El ejercicio de la sexualidad en estos casos se sitúa exclusivamente en la participación de al menos dos personas. Los actos de relevancia sexual ejecutables en forma solitaria pueden ameritar la aplicación de alguna figura vinculada a las restricciones impuestas a su ejecución pública o que constituyan actos de exhibición frente a menores de edad.

mismos, en el marco del respeto a los intereses individuales y colectivos.

Sin embargo, no siempre se ha entendido que este reconocimiento implica atribuirle al ejercicio de esta libertad un carácter absoluto,⁵⁰⁹ particularmente por criterios de valor moral que influyeron desde la gestación del Código Penal,⁵¹⁰ justificando la punición de aquellas manifestaciones de la misma que resultaban prohibidas de acuerdo a dichos criterios. Hoy, pareciera que la única limitación que permanece (luego de despenalizada la sodomía consentida entre adultos, el adulterio y el amancebamiento) radicaría en el delito de incesto y en la sodomía consentida ejercutada con un menor de edad.⁵¹¹

En este sentido, se puede definir y contextualizar el ámbito de lo proscrito penalmente en estas figuras, en la coacción o abuso llevado a cabo con miras a la realización de un acto sexual en que participan al menos dos personas. Las conductas o acciones descritas por el legislador en los diversos tipos delictivos corresponden a hechos que se ejecutan en forma consentida son lícitos, permitidos en el ejercicio de las libertades humanas en el ámbito sexual. Su ejecución se transforma en ilícita al concurrir circunstancias que permiten colegir la ausencia de voluntad—manifestada en forma libre—en alguno de los partícipes del acto con significación sexual. De consiguiente, el fundamento último de la ilicitud sancionada se encuentra en la coacción, la intimidación o el abuso de una situación de prevalencia, y no en la conducta sexual en sí misma, siendo aplicables en forma subsidiaria las figuras de amenazas y coacciones.⁵¹²

Como un complemento de la libertad sexual, se protege también con estas figuras la indemnidad sexual de algunas personas.

⁵⁰⁹ Vid. Etcheberry, t. IV, p. 47.

⁵¹⁰ Vid. Metzger, *Libro de estudio*, Parte Especial, pp. 103 y ss.

⁵¹¹ La ley ampara el ejercicio de la sexualidad en un sentido positivo, prohibiendo todo acto que implique el forzamiento de una voluntad. No obstante mantiene restricciones a las modalidades bajo las cuales puede ser ejercida la sexualidad, entendiendo que tras su ejercicio no hay un bien o valor absoluto. La libertad en este ámbito sólo ameritaría restricciones derivadas de intereses de carácter colectivo, que señalan qué es lo que no se puede hacer públicamente en uso de la libertad sexual.

⁵¹² Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 176.



C. Indemnidad o intangibilidad sexual

El ejercicio de la libertad sexual presupone la protección de las *condiciones objetivas* que hacen factible su utilización y, por ende, el ámbito de su protección debe extenderse a aquellas condiciones que constituyen el proceso de gestación, consolidación y definición de esa sexualidad.⁵¹³

Junto a la autodeterminación sexual se protege, en forma complementaria,⁵¹⁴ la denominada *indemnidad o intangibilidad sexual*,⁵¹⁵ entendida en su doble dimensión: como facultad humana inviolable,⁵¹⁶ y como referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad.⁵¹⁷

El ejercicio de acciones de relevancia sexual no sólo constituye un atentado punible cuando afecta la libertad sexual de otra persona, también lo constituye cuando esa persona no se encuentra

⁵¹³ Para Luis Rodríguez C. la indemnidad sexual es "un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, su desarrollo físico y síquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas" (*Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, año 2000, p. 127).

⁵¹⁴ La libertad sexual como bien tutelado no abarca la totalidad de las hipótesis en las cuales la realización de ciertas conductas podría constituir ilícitos de relevancia penal. Se hace necesario complementar su contenido con otros bienes jurídicos (así ocurre, por ejemplo, y en forma similar, con el bien jurídico integridad corporal y la salud).

⁵¹⁵ Según Juan José González Rus, fue el penalista italiano Enrico Conienni quien acuñó el concepto de intangibilidad sexual e hizo la distinción entre los dos bienes jurídicos que se protegen en el delito de violación. "El bien jurídico en los delitos de violación", en *Estudios Penales*, p. 753.

⁵¹⁶ En términos de Polaino, la libertad sexual es una manifestación de la libertad personal, y como tal incide en la autodeterminación de la persona en el ámbito de lo carnal. Este ámbito se extiende a dos aspectos: uno dinámico y positivo, que consiste en la libre disposición por el sujeto de su propio sexo, y estático pasivo, en cuanto se refiere a la protección de esa libertad, que una persona no sufra atropellos físicos o morales de naturaleza sexual en contra o sin su voluntad. Cfr. Polaino, op. cit., p. 46.

⁵¹⁷ En tanto la sexualidad —al igual que toda facultad humana— se expresa en términos evolutivos, debemos considerar que cada individuo tiene derecho a desarrollarla en condiciones normales. Para que su definición y ejercicio pueda considerarse como parte de un ejercicio libre del ser humano, se requiere que haya tenido la posibilidad de desarrollar y definir las modalidades y características de su sexualidad, en forma libre.



en condiciones de expresar su voluntad, o no se le reconoce la facultad para hacerlo.⁵¹⁸

Lo dicho es aplicable a quienes no se encuentran en condiciones de ejercer su sexualidad en forma plena, como sucede con las personas que presentan una severa incapacidad mental que las inhabilita para autodeterminarse, y respecto de los menores de edad (impúberes).⁵¹⁹ Estas personas han de ser consideradas inviolables sexualmente,⁵²⁰ erigiéndose esa inviolabilidad como el objeto de protección del delito.⁵²¹

⁵¹⁸ En algunos casos no existe libertad sexual que vulnerar, sin perjuicio de lo cual una misma acción puede afectar la facultad sexual en tanto bien o valor humano, y al mismo tiempo lesionar el normal proceso de desarrollo, definición y conformación de esa sexualidad. Dicha lesión, a juicio del legislador, amerita su amparo penal. En su segundo sentido, la indemnidad sexual aparece como el precedente natural de la libertad de autodeterminación, pudiendo entenderse, por ejemplo, que la lesión de esta última constituye al menos una hipótesis de peligro respecto de la segunda. La indemnidad sexual en su primer sentido afecta necesariamente a quienes no detentan las facultades naturales de comprender el significado del uso de su sexualidad, alcanzando a los incapaces absolutos y a quienes padecen de una perturbación grave de la razón o conciencia. En el caso de los impúberes (incapaces), la indemnidad se ve lesionada en sus dos dimensiones, en tanto el uso prematuro de su sexualidad, como a la falta de capacidad de comprensión del acto, lo que incidirá en el desarrollo posterior de su sexualidad.

⁵¹⁹ Para Orts Berenguer el real bien jurídico protegido es el interés del Estado por preservar de injerencias intolerables la intimidad de las personas que atraviesan por algunas de las repetidas situaciones (aludiendo a las antes señaladas) (en *D. P.*, con Vives Antón y otro, p. 617). Este último criterio presenta similitud con el expuesto por Silvio Ranieri, para quien el bien jurídico "es el interés del Estado por la defensa de la libertad sexual de las personas contra el abuso carnal violento, abusivo o fraudulento, de modo que *ese bien*, no obstante ser individual, es protegido penalmente desde el punto de vista de su naturaleza pública" (*Manual de Derecho Penal*, t. V, pp. 77-78, Bogotá, 1975).

⁵²⁰ Polaino, p. 48; Orts (Cobo) Cobo del Rosal, González Rus.

⁵²¹ Debe tenerse presente que desde el punto de vista del bien jurídico y su lesión, la intangibilidad sexual que respalda la punición de los actos de relevancia sexual ejecutados sobre personas privadas de razón o sentido, viene, en los hechos, a privarlas por completo del ejercicio de la sexualidad (Juan J. González Rus), en tanto quien lo realice se encontrará cumpliendo las exigencias de un ilícito penal. No obstante, podemos afirmar que dicho efecto dependerá de la forma en que se construyan y desarrollen los elementos de cada uno de los tipos penales, en tanto el fundamento de la punición no sólo se encuentra en el disvalor de resultado que acredita la lesión del bien jurídico, sino porque también radica en los caracteres de la actividad del victimario.

En relación a los menores de edad, además de que este bien se expresa en sus dos dimensiones, la realización de actos de relevancia sexual puede afectar el proceso de desarrollo y configuración de la sexualidad del niño.⁵²² De esta forma, la realización de un acto de relevancia sexual con un menor —aun consentido— lesiona su intangibilidad sexual, y —desde este segundo aspecto— pone en peligro el libre ejercicio de su sexualidad, al interferirse el normal proceso de su consolidación.⁵²³

D. Análisis esquemático

Estos delitos en el Código Penal se desarrollan en cuatro figuras centrales: violación, estupro, abusos sexuales y delitos de corrupción de menores.

⁵²² Según Muñoz Conde, en el caso de los menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro. Ciertamente que no está comprobado científicamente que ello sea así, incluso cuando la sexualidad no es ejercida con violencia se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras.

⁵²³ En relación a estos últimos, un simple análisis de las prescripciones del texto de reforma introducido por la Ley N° 19.167 permite apreciar el predominio de figuras penales destinadas a la sanción de hechos cometidos sobre personas menores de 12 o de 18 años de edad. Ello se explica por la necesidad de protección que emana de las características que detenta hoy en Chile la comisión de abusos sexuales, como asimismo —en el ámbito técnico— este tipo de atentados adquiere connotaciones diversas cuando a la víctima no se le reconoce la posibilidad de ejercer su libertad sexual. En estos casos se une a la protección de la libertad de autodeterminación sexual las necesidades de amparo de la indemnidad sexual, ya que es posible no sólo quebrantar la voluntad de la víctima, sino también intervenir sobre ella generando vicios o alteraciones en su formación o aprovechándose de su preexistencia, carácter que cobra especial importancia cuando la víctima es un adolescente. Las víctimas menores de edad por regla general presentan diferencias anatómicas que les impiden lograr niveles eficaces de resistencia frente a las agresiones o a la simple utilización de fuerza física de parte de un adulto. Con estas restricciones y prohibiciones se está cumpliendo con lo establecido en el artículo 34 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuanto reconoce que un régimen de amparo penal de la integridad sexual responde a una de las formas de protección de los abusos sexuales, de carácter esencialmente extremo, y cuyo aporte preventivo se traduce generalmente a través de sus efectos simbólicos.



La violación concentra la mayor gravedad de las figuras comitivas punibles, porque corresponde a la ejecución no consentida de actos de naturaleza sexual de gran entidad. Para su sanción se han previsto dos figuras diversas, separadas en razón a la edad del sujeto pasivo; se aplica una pena superior cuando la víctima tiene menos de 14 años cumplidos.

El estupro consiste en la ejecución de actos de idéntica significación a los que constituyen el delito de violación, pero se diferencia de este último porque hay consentimiento de la víctima, si bien no prestado libremente; o sea, aquí ha mediado consentimiento, en tanto que en la violación esa voluntad no ha existido.

El delito de *abusos sexuales* es una figura que sanciona la ejecución de actos de significación sexual de menor entidad que los previstos en los delitos anteriores, cuya realización no ha sido libremente consentida por la víctima.

Finalmente, el legislador se ocupa de una serie de actos que atentan a la indemnidad sexual de los menores de edad, porque afectan al desarrollo y definición de su sexualidad en condiciones normales, atentados que agrupa en la noción general de "*corrupción de menores*".

20.3. EL DELITO DE VIOLACIÓN (ARTS. 361, 362, 369 Y 372 BIS)

A. Bien jurídico

El delito de violación, conforme a la descripción de los artículos 361 y 362, no tiene como objeto jurídico un solo bien. Esta figura ampara indistintamente la libertad de autodeterminación sexual y la llamada *intangibilidad* sexual.

El delito de violación reconoce diversas modalidades de ejecución, todas las que se caracterizan por la ausencia de voluntad libre y legítima—de la víctima en la realización del coito o cópula carnal, lo que sucede cuando se ha actuado con la negativa manifiesta de la víctima, o no encontrándose ésta en condiciones de ejercer su libertad sexual.⁵²⁴

⁵²⁴ El fundamento de la punición está en la coacción ejercida sobre la voluntad o en el aprovechamiento de su ausencia, más que en la realización del hecho de relevancia sexual en sí mismo.

La modalidad característica del delito de violación, constitutiva de la llamada *violación propia*, se presenta cuando se emplea fuerza o intimidación para doblegar la voluntad de la víctima (número 1º del artículo 361). Esta modalidad se diferencia de la *impropia*, que tiene lugar cuando el victimario *aprovecha o abusa de la imposibilidad* en que se encuentra la persona ofendida para consentir o negarse, sea por una condición particular que la afecta o porque no cuenta con dicha capacidad (números 2º y 3º de los artículos 361 y 362).

B. Antecedentes históricos

Tradicionalmente, una de las partes más criticadas de nuestro Código Penal corresponde al delito de violación en la formulación que contenían los artículos 361 y 362. La descripción de los elementos del tipo, las limitaciones, el sujeto pasivo y las modalidades de comisión,⁵²⁵ configuraban un panorama abierto a la crítica y a la interpretación.⁵²⁶

En este sentido se debe mencionar que históricamente se estableció el núcleo del delito en un verbo rector absolutamente indeterminado en sus caracteres más elementales ("yacer"),⁵²⁷ además que adicionalmente se vinculó la libertad sexual a una de sus expresiones, aquella que era considerada como la forma adecuada de administrar su ejercicio dentro de las concepciones propias de la moral tradicional, en miras al parcial amparo

⁵²⁵ Sobre ello vid. por todos Rodríguez Devesa, op. cit., p. 116.

⁵²⁶ No es raro en esta materia encontrar interpretaciones relativamente forzadas que, en aras de un fin legítimo de justicia, exceden los márgenes de interpretación que permiten los textos legales.

⁵²⁷ Esta crítica es compartida por todas aquellas figuras vinculadas a materias en las cuales el límite entre el ejercicio de una libertad individual y su adecuación a un patrón moral determinado parece confuso. Así, falencias y vaguedades presentes en todas estas descripciones penales hacen que, en algunos casos, se pueda incluso dudar de su adecuación al principio de tipicidad, derivación natural del principio constitucional que estas figuras han podido el moderado nivel de amparo constitucional que estas figuras han podido subsistir sin objeciones de constitucionalidad, hecho que incluso hoy en día aparece discutible si observamos el texto del artículo 19 N° 3 de la Constitución (principio de legalidad).

de lo que se conocía como el correcto o adecuado orden de las familias,⁵²⁸ por eso se limitó su aplicación: la víctima debía ser mujer, única susceptible de una penetración de tipo vaginal, con posibilidades de gestación.⁵²⁹

Las demás hipótesis de afectación directa de la libertad sexual, cualquiera fuere su magnitud, entidad o consecuencias, debían ser consideradas como delitos de *abusos deshonestos*. Los casos de penetración anal de una mujer y las hipótesis de "*fellatio in ore*" (penetración bucal de un hombre o de una mujer) quedaban comprendidos en la figura de abusos deshonestos, gracias al carácter residual de este delito.

La violación comprende, entonces, todo tipo de acceso susceptible de satisfacer el concepto de cópula carnal, asumiendo la posibilidad de que el autor o la víctima sea tanto un hombre como una mujer.⁵³⁰

El criterio del legislador, en la actualidad, se desprende de la definición del delito de violación: "*el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años*", o sea cuando la realización de este hecho va acompañada de circunstancias que implican el orgasmo sexual de alguno de los afectados (sujeto activo o víctima) o de ambos. La ley fue cuidadosa al describir la acción, porque como se hizo constar en las actas de la Comisión respectiva y en el Parlamento mismo, la intención no fue restringir el sexo del agente del delito de violación y del delito de estupro al *hombre*, sino extenderlo a la *mujer*. Por ello se emplearon formas comprensivas del *género* (varón o mujer): "el que accede carnalmente" (art. 361) o "el que accediere carnalmente" (arts. 362, 363 y 365), expresiones más amplias que la de "cópula sexual", pero que la comprenden. No hay razón para limitar la voz *acceder* a "penetrar" con

⁵²⁸ Se pretendió así sancionar la realización de un acto sexual ejecutado mediante una penetración vaginal de una mujer, pues era la única que creaba el peligro de un embarazo no deseado.

⁵²⁹ Resulta igualmente ficticio entender que detrás de esta figura se puede anparar la evitación de embarazos no deseados, en tanto no se distingue edad ni fertilidad de las mujeres.

⁵³⁰ Probablemente el único elemento discutible en esta materia consiste en la determinación de si las hipótesis de *fellatio in ore* constituye, o pueden constituir, un atentado de igual relevancia que los accesos de tipo vaginal o anal.

el órgano viril, se comprende, en realidad, cualquier clase de acceso que sea carnal (se descarta por lo tanto el empleo de objetos o instrumentos),⁵³¹ 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.⁵³²

C. Tipo objetivo

C.1. Conducta prohibida

A diferencia de la terminología que empleaba el Código Penal en materias vinculadas a la libertad sexual, caracterizada por la vaguedad de los términos y las dificultades inherentes a su interpretación, la regulación vigente ha avanzado bastante en la descripción de las conductas incriminadas.

La normativa actual, si bien evidencia un avance de consideración en esta materia, no se encuentra exenta de reparos e imperfecciones,⁵³³ referidos tanto al contenido y extensión de la descripción como a la ausencia de parámetros claros que delimiten los alcances de la conducta incriminada.

Entendida la conducta en los términos señalados en el párrafo anterior, puede ser sujeto activo de violación tanto un hombre como una mujer indistintamente, sin perjuicio de ser una figura

⁵³¹ En la historia de la Ley N° 19.617 se dejó expresa constancia de su exclusión, t. I, p. 213 (Sesión N° 31 de 11 de marzo de 1997, Senado).

⁵³² Lo señalado se confirma porque el art. 365, que primitivamente penalizaba la sodomía (vinculación carnal entre varones), se modificó para sancionar al que "accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo...", sin limitarlo a que se trate de varones, eliminando el uso de la palabra *sodomía*, cuyo alcance histórico normativo se restringió siempre al hombre. En esta forma el tipo descrito en el actual art. 365 se extendió al lesbianismo (relación carnal entre mujeres), donde no puede mediar el órgano viril y, sin embargo, hay acceso carnal para la ley penal.

⁵³³ Se debe tener en cuenta, como antecedente adicional, que el legislador español de 1989 reemplazó a poco andar las descripciones utilizadas, redefiniendo por completo la descripción de esta figura en el Código de 1995.

de hipótesis múltiple (acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal).⁵³⁴

La voluntad de la ley penal de marginar la posibilidad de distinguir el sexo del sujeto activo tiene respaldo en las expresiones

⁵³⁴ El respaldo más categórico para sostener que estos delitos pueden tener como sujeto activo directo a un hombre o una mujer, indistintamente, radica en la redacción del actual artículo 361, que recogió, en parte, las expresiones empleadas para describir este delito en el primitivo Código español, las que tenían por finalidad ampliar el tipo penal comprendiendo entre los sujetos activos (de propia mano) del delito de violación, además del varón, a la mujer (el art. 429 del texto español expresaba: "comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona por vía..."). Ese criterio se confirma por el hecho que la Ley N° 19.617 no sólo modificó en la forma señalada los arts. 361, 362 y 363 que se refieren a la violación y al estupro, sino que también el art. 365, que reemplazó al primitivo texto que describía la sodomía, con igual finalidad de ampliar su sentido abarcando además de los comportamientos propios de los varones, los de las mujeres, para lo cual el legislador emplea iguales expresiones: "accediere carnalmente", de modo que empleó la noción de acceso carnal dándole normativamente un mayor alcance, al margen del que pueda reconocérsele desde una perspectiva naturalística.

El sentido de las nuevas disposiciones fue categóricamente declarado tanto en el Mensaje del Poder Ejecutivo como en la historia de la discusión del proyecto de la Ley N° 29.617, en la Cámara de Diputados y en el Senado, que en forma reiterada dejan constancia de que lo perseguido al modificar los artículos 361 y siguientes, que sancionaban el delito de violación, era igualar, para esos efectos, a la mujer y al varón, pudiendo uno u otro ser autor o víctima del referido delito. Suficiente es citar el Mensaje en cuanto expone que las enmiendas propuestas persiguen "reemplazar el delito de violación, para considerar como sujeto activo o pasivo tanto al hombre como a la mujer, incluir en la conducta típica al acceso carnal por vía anal o bucal" (*Historia de la ley*, t. I, p. 39). Otro tanto se expresó en la discusión y votación particular del proyecto (t. I, pp. 43 y 63). Otro tanto se volvió a expresar en el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (t. I, p. 115); en el Senado en segundo trámite (t. I, pp. 213 y 277); en la Cámara de Diputados, en tercer trámite (t. II, pp. 337 y 348) y en la citada Cámara en quinto trámite constitucional (t. III, p. 542). Es útil reproducir lo expuesto por el diputado Sr. Bustos en la Cámara de Diputados, en el quinto trámite constitucional del proyecto (Sesión 27, de 15 de abril de 1998) al aprobar el texto final, propuesto por la Comisión Mixta, del inc. 2° del art. 361: "la importancia del proyecto radica en tomar en serio que el objeto de protección en todos estos delitos es la libertad sexual. Por eso, un principio básico que se establece en esta materia es la igualdad de género. De allí que en cualquiera de estos delitos puede ser víctima tanto un hombre como una mujer, como también uno y otro pueden ser autores de ellos" (t. III, p. 542).



empleadas por el artículo 361, *el que accede carnalmente... a una persona*, que no limita 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. *Acceder carnalmente* comprende los actos destinados a realizar la cópula, que asimila cualquiera de las modalidades enunciadas, y no únicamente al comportamiento activo de un hombre. El legislador fue cuidadoso y no se refirió derechamente a la actividad de un varón al describir el delito, sino que recurrió a una forma impersonal —*el que*— que no diferencia el género, criterio que reiteró al describir la sodomía en el art. 365.

Sectores de la doctrina nacional, sin embargo, pretenden reducir la posibilidad del sujeto activo exclusivamente a los hombres, manteniendo la estructura tradicional que tenía el delito de violación antes de la reforma y a pesar de la voluntad del legislador claramente manifestada en la historia de la Ley N° 19.617.⁵³⁵

⁵³⁵ En el sentido objetado piensa Francisco Maldonado, autor de la actualización del presente capítulo a la nueva legislación. Para excluir la posibilidad de que la mujer pueda ser autora del delito de violación tiene en cuenta que en el contexto del interés jurídico amparado por el tipo se debe entender que existe *acceso carnal* cuando se produce la invasión de alguna de las cavidades señaladas en la ley (vagina, ano o boca), mediante la utilización del órgano sexual masculino (pene).

Esta última exigencia, en tanto no aparece descrita expresamente como elemento del delito, requiere —sostiene Maldonado— de una mayor precisión que la sustente. En primer lugar ha de considerarse el sentido que persigue el legislador al referir este delito a la protección de la libertad frente a las expresiones máximas de la sexualidad humana, lo que lleva a vincularla necesariamente a la realización de una cópula carnal. En este sentido, se excluyen los demás actos de penetración que pudieren involucrar una invasión genital, anal o bucal de diverso orden, o ejecutados mediante otra parte del cuerpo, en tanto no es posible afirmar en ellos la realización de una cópula sexual. Por otro lado, debe considerarse que la exigencia de *acceso* implica algún grado de invasión, mientras que la exigencia del carácter carnal que debe caracterizarlo derechamente nos lleva al cuerpo humano como referente. Ello limita el ámbito de eventuales medios comisivos. La pregunta consiste entonces en determinar si el legislador ha intentado proteger el hecho de la invasión por sí mismo o el contenido valorativo que se expresa en la conducta ejecutada para lograr dicho objetivo. El legislador no ha considerado como hipótesis de violación a la introducción vaginal o anal de objetos o instrumentos, aun ejecutada con



Por otro lado resulta por completo irrelevante el sexo (hombre o mujer) de la víctima del delito, pudiendo la relación sexual adquirir carácter homosexual o heterosexual, indistintamente.

El carácter carnal exigido para el acceso excluye —como se adelantó— la posibilidad de sancionar las invasiones vaginales o anales forzadas ejecutadas mediante algún instrumento, las que en muchos casos pueden implicar un grado de lesividad de idéntica o superior entidad en términos comparativos respecto de las demás formas de comisión incluidas en el tipo. En todo caso, actos de esa naturaleza pueden conformar el delito de abuso sexual (arts. 365 bis, 366 y 366 bis).

C.2. *Iter criminis* de la violación

Para adoptar una posición respecto de la tentativa y la consumación del delito de violación es interesante aclarar el alcance de la expresión "acceder" empleada por el art. 361.

Una cuestión aparentemente no solucionada —heredada desde la formulación original del delito con el vocablo "yacer"— consiste en establecer cuál es el alcance del término "acceso" empleado por el legislador, para determinar la exigencia que involucra como concepto descriptivo más allá del hecho de implicar un acto de invasión de la cavidad anal, vaginal o bucal de la víctima. El problema consiste en precisar cuándo podemos entender que se encuentra

animosidad lasciva, conductas que pueden implicar un grado de afectación física y psicológica en la víctima de igual o mayor entidad que aquella que le reportaría la realización de un coito vaginal forzado. Ello nos lleva a concluir la necesaria interpretación normativa o valorativa de la conducta más que su extensión objetiva literal, confirmando así la referencia del verbo a la realización de una cópula sexual, más que de un acto de simple invasión o penetración anal, vaginal o bucal. En sentido análogo Luis Rodríguez Collao, op. cit., pp. 142 y ss. y Matus-Ramírez, op. cit., p. 71.

Entendido el verbo en estos términos resulta exigible la presencia de un sujeto activo varón, único habilitado naturalmente para incurrir en un acceso de esta naturaleza. Adicionalmente la mención activa de la formulación (*"el que accede"*) parecería excluir la posibilidad de que una mujer ejecute la conducta activa —por ejemplo, al obligar a un varón a que la penetre— elemento que refuerza la tesis defendida en el párrafo precedente. En otras palabras, el delito se comete "*accediendo*" y no "*dejándose acceder*".

consumado el delito, pues en esta materia existen diversas alternativas. Las tradicionalmente utilizadas son las siguientes: a) la *coniunctio membrorum*, o sca, el simple contacto del órgano sexual masculino con la boca, genitales o el ano de la víctima; b) la *inmissio penis*, penetración total o parcial del mismo en aquéllos; o, finalmente, c) la *inmissio seminis*, que importa la invasión completa del órgano sexual masculino incluyendo la inseminación o eyaculación.

La exigencia debe compatibilizarse con el sentido literal que adquiere la expresión en el contexto de la descripción típica. La referencia al *acceso* debe implicar algo más que el simple contacto o frotación vaginal, anal o bucal y, al mismo tiempo, algo menos que la penetración, y mucho menos que la inseminación. Basta la existencia de una invasión de las cavidades mencionadas para que constituya algo más que un simple contacto, sin llegar a la exigencia de una penetración total (*inmissio penis*).

Parece propio, al mismo tiempo, recalcar que la exigencia del tipo se encuentra limitada al "acceso" de la víctima, lo que hace innecesario cualquier tipo de disquisición relativa a la entidad que ese acceso debe tener para satisfacer las exigencias de la descripción, de modo que no es necesaria la "penetración" en términos absolutos o "total".

Entendida la consumación en el sentido señalado, es posible la tentativa de este delito, pero no así la frustración, como sucede con todas las figuras de mera actividad.

C.3. Sujetos activo y pasivo en la violación⁵³⁶

Como se adelantó a propósito del desarrollo del comportamiento prohibido, el delito de violación puede cometerlo —como sujeto activo— un hombre o una mujer, y otro tanto sucede con el sujeto pasivo,⁵³⁷ reservándose por razones naturales para la mujer

⁵³⁶ Normalmente suele tratarse a propósito de este análisis la alternativa de si se permite la violación entre cónyuges, materia a la cual dedicaremos un apartado especial.

⁵³⁷ Antiguamente, en tanto el verbo rector (*yacer*) sólo comprendía las hipótesis de invasión vaginal, el sujeto pasivo del delito sólo podía corresponder a una mujer.

la posibilidad de un acceso vaginal. Como se hizo presente en los párrafos anteriores, lo aquí sostenido respecto de la mujer como sujeto activo es objeto de reserva por sectores de la doctrina, que niegan tal posibilidad, a pesar de la clara voluntad del legislador reiteradamente expresada durante la discusión de la Ley N° 19.617.⁵³⁸

En otro ámbito, corresponde destacar que la estructura asignada por el legislador al delito de violación hace necesaria la cualificación del sujeto pasivo en cada una de las dos figuras que tipifica, en tanto utiliza como criterio de distinción la edad de la víctima.⁵³⁹ Así, el delito previsto en el artículo 361 consiste en la ejecución del acto con una persona mayor de 14 años de edad, cuya punibilidad depende de la concurrencia de circunstancias que evidencian la falta de consentimiento de esta última. Por su parte, el delito sancionado en el artículo 362 consiste en la realización del mismo acto con una persona menor de 14 años de edad. En ambos casos se exige una característica especial del sujeto pasivo: la edad que detente al momento de ejecutarse el hecho.

D. Modalidades de comisión de la violación

La conducta descrita como constitutiva del delito de violación no reviste en sí carácter ilícito. Es en razón de las circunstancias que rodean su comisión, relacionadas siempre y en forma directa con la ausencia de voluntad de la víctima, las que permiten calificarla como prohibida.

El Código Penal ha reglado cinco modalidades de comisión, a saber, su ejecución mediante fuerza o intimidación, en razón de la privación de sentido de la víctima o su imposibilidad material de resistir, su enajenación o trastorno mental y, finalmente, su

⁵³⁸ Limitan el sujeto activo ejecutor en la violación al hombre excluyendo a la mujer, Luis Rodríguez (op. cit., p. 142); Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, Talca, 2001, p. 71.

⁵³⁹ Con fundamento en este elemento, se precisa el segundo aspecto diferenciador de ambas figuras, relativo a la irrelevancia absoluta del consentimiento de la víctima menor de 12 años regulada en el artículo 362.

minoridad (menor de 14 años cumplidos). Las cuatro primeras se describen en el artículo 361, mientras que se reserva el tratamiento de la última (víctima menor de 14 años) para el artículo 362, según ya hemos señalado.⁵⁴⁰

El delito de violación descrito en el artículo 361 es una figura de "tipicidad reforzada" o de "hipótesis múltiples", irrelevante para su consumación cual de esas hipótesis concurre o que concurren más de una.

La presentación múltiple de circunstancias plantea el problema de analizar si es posible utilizar una para la configuración de la violación, y las demás considerarlas como otro delito o como circunstancias agravantes.⁵⁴¹ Por ejemplo, si el acceso carnal se lleva a cabo mediante el uso de la fuerza respecto de una persona que sufre de un trastorno mental.

En nuestro concepto el hecho de que en la tipificación del delito se considere irrelevante la concurrencia alternativa de cualquiera de dichas circunstancias no es en caso alguno antojadizo. Como se ha señalado cada una de ellas importa la ausencia de voluntad de la víctima, esa circunstancia es el elemento común que justifica su consideración. Si la violación se realiza con alguna de esas modalidades, se puede concluir que el victimario obró sin consentimiento de la víctima; si concurre una circunstancia adicional, la misma no agrega ningún otro fundamento a la punibilidad del hecho, porque su presupuesto es reiterativo de aquel que justifica la primera causal de calificación. Verbigracia, si se ha obrado con fuerza sobre la víctima para quebrantar su voluntad, resulta irrelevante analizar si se encontraba bajo una situación de trastorno mental o si perdió el sentido al momento en que se materializó el acceso, pues todas esas circunstancias sólo tienen por objeto establecer que la víctima no consintió. En esta situación no tendría justificación la aplicación de una hipótesis concursal de

⁵⁴⁰ El legislador consideró las cuatro modalidades de ejecución exclusivamente en la violación de una persona mayor de 14 años, porque cuando el ofendido es un menor de esa edad la concurrencia de cualquiera de esas modalidades es irrelevante para la configuración del delito.

⁵⁴¹ La doctrina nacional suele tratar esta temática a propósito del análisis del delito de homicidio calificado, delito en el que las circunstancias de calificación son relativamente análogas a las primeras cinco agravantes genéricas reguladas en el artículo 12.

lesiones—derivadas de la fuerza—o la aplicación de las agravantes contenidas en los numerales 4° ó 9° del artículo 12.

Al corresponder a cada circunstancia de calificación el mismo fundamento, se vulneraría el principio *non bis in idem*, sea para agravar la responsabilidad o para fundar la comisión de un delito adicional. Por lo demás, y en relación a este punto, la tesis cuenta con argumento de texto, derivado de la regla que contiene el artículo 63 del Código Penal, al expresar que las circunstancias agravantes que han sido utilizadas en la descripción del tipo penal no serán consideradas para agravar la responsabilidad que deriva de él.⁵⁴²

Hay que destacar—según veremos más adelante—que el delito de violación previsto en el artículo 362 (la víctima es un menor de 14 años) también es de hipótesis múltiple, asumiendo en su disvalor delictivo las modalidades descritas en el artículo 361. Las conclusiones analizadas para el caso de concurrencia múltiple de circunstancias le son aplicables en plenitud.

A continuación se analizará individualmente cada modalidad de comisión.⁵⁴³

Al hacerlo deberá distinguirse entre la denominada violación *propia e impropia*. La propia queda conformada con la causal N° 1 del art. 361 (fuerza o intimidación), y la impropia con los N°s 2 y 3 del referido artículo (privación de sentido o incapacidad de oponer resistencia y enajenación o trastorno mental de la víctima).

⁵⁴² El tema normalmente es analizado en términos similares a propósito de la concurrencia múltiple de calificantes en el homicidio, manifestándose la conclusión expuesta como mayoritaria en nuestro medio. Vid. Politoff, op. cit., p. 114; Labatut G., t. II, p. 296; Echeberry, t. III, p. 50; Garrido Montt, t. III, p. 64. La doctrina española, a propósito de este tema, se ha manifestado contraria a esta postura, sustentando la posibilidad de calificación adicional en caso de multiplicidad de circunstancias. Vid. Cuello, op. cit., t. II, p. 465; Quintano Ripollés, *Compendio*, t. II, p. 203; Muñoz Conde, op. cit., p. 23.

⁵⁴³ Debe recordarse que, en tanto expresivas del mismo concepto (ausencia de voluntad en la víctima) estas menciones se utilizan en las demás figuras que se ocupan de este bien jurídico, aunque en ellos varía la naturaleza del acto sexual que se ejecuta. Lo mismo pasa con las circunstancias que permiten calificar la ilicitud del delito de estupro, en razón de la ausencia de libertad del consentimiento prestado para la realización del acto de relevancia sexual.

D.1. Violación propia (con fuerza o intimidación, art. 361 N° 1)

La forma más propia de ejecución ilícita del acceso carnal punible la constituyen aquellos casos en que directamente se ejerce fuerza o intimidación sobre la víctima, con miras a quebrantar su resistencia. Comportamientos como los señalados conculcan la libertad de la víctima, cuya oposición al acto sexual es violentada mediante alguno de estos dos medios ejercidos en su contra: la fuerza o la intimidación.

Por fuerza se entiende la física, correspondiente a cualquier actividad material, que es ejercida sobre el cuerpo de la víctima para vencer su resistencia. Dicho medio coactivo puede ser ejercido por el agente (hombre o mujer) que realiza el acceso carnal o por un tercero que lo ayuda.⁵⁴⁴

Obviamente el ejercicio de dicha fuerza debe revestir caracteres que permitan calificarla como idónea para satisfacer el fundamento de su consideración. La fuerza debe ser intensa, o sea, tener gravedad suficiente para vencer o impedir la resistencia de la víctima. Lo que no implica exigir que sea irresistible.⁵⁴⁵ La gravedad debe ser apreciada conforme a las condiciones y circunstancias fácticas del evento, considerando la edad de los intervinientes, sus condiciones y características personales, y los demás accidentes del hecho harán necesariamente variar su apreciación. La fuerza ha de entenderse como noción normativa, que está vinculada a la naturaleza de los actos prohibidos (el acceso carnal en cualquiera de sus hipótesis) y con los demás números reglados en el art. 361.

Para llevar a cabo el acceso el agente debe emplear fuerza física. Es suficiente que una persona—dada sus personales condi-

⁵⁴⁴ La sanción del tercero que interviene bajo esta modalidad podrá ser idéntica a la del autor si ha existido concierto previo en su cooperación, según dispone el N° 3 del artículo 15 del Código Penal. En caso contrario debiera corresponderle la sanción asignada al cómplice del delito. Como lo dispone el artículo 16, aunque normalmente se dará una hipótesis de coautoría, en tanto cada uno de los intervinientes han ejecutado una parte de los elementos que describe el delito, comprendidos tanto por la conducta rectora del mismo (acceso carnal) como por las circunstancias que la rodean, en este caso el empleo de la fuerza.

⁵⁴⁵ Rodríguez Ramos, op. cit., p. 205.

ciones (un parapléjico por ejemplo) — pueda oponer resistencia de viva voz únicamente, y no con manifestaciones físicas de su cuerpo. Aquí se da la hipótesis del N° 1, *por cuanto el violador emplea la necesaria fuerza física, si bien mínima*, para concretar el acceso no consentido por la víctima. No opera el N° 2 del art. 361 (cuando el agente "aprovecha su incapacidad para oponer resistencia"), porque esta alternativa debe entenderse en el contexto de las situaciones que se describen en ese número. Tanto esta modalidad como la de encontrarse la víctima privada de sentido, aluden a un sujeto pasivo que no está en posibilidad de expresar su oposición, sea por estar privada de sentido o por otra causa, como ocurre cuando pudiendo captar lo que sucede, sufre de un impedimento absoluto de exteriorizar su resistencia, aun verbalmente (una persona con pánico puede quedar inmovilizada y sin habla, aunque tiene sentido). Siempre que la víctima pueda exteriorizar de alguna manera su resistencia al acceso, aunque para el delincuente esa resistencia sea inocua o débil, debe calificarse de fuerza.

La fuerza que no se ejerce directamente sobre la víctima, pero que tiene por objeto doblegar su resistencia (golpear al hijo de la víctima de corta edad, por ej.) no constituye fuerza para esos efectos, pero podría constituir una hipótesis de intimidación.

La fuerza debe ser eficaz (idónea) para superar la resistencia de la víctima, resistencia que ha de oponerse con firmeza a la realización del acto. No hay que confundir esa oposición con la resistencia que frecuentemente opone la mujer en virtud de razones de pudor.⁵⁴⁶

La fuerza tiene que ser el medio que permite el acceso carnal y ha de tener con la cópula —o el acceso oral— una relación de inmediatez temporal que impida a la víctima ponerse a salvo, sin que sea necesario que en el momento de ejercerla doblegue la voluntad de la víctima, al extremo de que ésta considere inútil toda reacción.⁵⁴⁸

No varía la situación si el sujeto pasivo ha realizado concepciones libidinosas previas al agente, o le ha hecho insinuaciones,

⁵⁴⁶ Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 57.

⁵⁴⁷ E. Orts, op. cit., p. 623.

⁵⁴⁸ Bajo Fernández, op. cit., p. 207.

siempre que no haya mediado disposición para la vinculación sexual.⁵⁴⁹

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, sea que éste recaiga en ella misma o en una persona distinta de relevancia para ella.⁵⁵⁰ Dicha amenaza debe ser inmediata a la comisión del atentado, y —al igual que en el caso de la fuerza— ha de revestir caracteres de gravedad objetiva que la hagan apta para que la víctima prefiera el abuso sexual ante el peligro de que el mal se concrete.⁵⁵¹ La intimidación debe apreciarse considerando las circunstancias concurrentes en el caso específico, incluidos los caracteres propios de la víctima, sin perjuicio de partir teniendo como fundamento primero del análisis criterios objetivos y generales.⁵⁵²

La exigencia de gravedad de la amenaza o intimidación no implica que aisladamente considerada debe constituir un hecho delictivo, es suficiente que sea injusta, antijurídica.⁵⁵³

D.2. Violación impropia (prevalimiento, art. 361 N°s 2 y 3)

Se ha señalado que más allá del acceso mediante fuerza o intimidación, ese acceso también adquirirá carácter ilícito si la víctima no se encontraba en condiciones de expresar legítimamente su voluntad en orden a consentir o rechazar su ejecución. El Código Penal regula expresamente cuatro situaciones en las cuales esto sucede. Son las hipótesis en que la víctima está *privada de sentido*, *imposibilitada de resistir*, en situación de *enajenación o trastorno mental*,

⁵⁴⁹ Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 58.

⁵⁵⁰ Quintano Ripollés, op. cit., t. II, pp. 232-233.

⁵⁵¹ Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 73.

⁵⁵² Bajo Fernández, op. cit., p. 209.

⁵⁵³ En sentido contrario opinan quienes sostienen que la amenaza debe consistir en la realización de un delito de cierta gravedad (E. Gimbernat). Mayoritariamente no se comparte ese criterio —extremadamente objetivo—, se prefiere el que se ha comentado en esta obra (Rodríguez Ramos, op. cit., pp. 205-206; Muñoz Conde, op. cit., pp. 347-348; E. Orts B., op. cit., pp. 624-625; Bustos, *Manual*, p. 136).

o, finalmente, la víctima es un *menor de 14 años cumplidos*, todas las cuales están descritas en los N°s 2° y 3° del art. 361.

En estas modalidades aparece como fundamento complementario del injusto el *prevalecimiento* con que actúa el victimario, que éste se aproveche o abuse de la situación que afecta a la víctima.⁵⁵⁴ En cada uno de estos casos no basta con la concurrencia objetiva de la circunstancia que determina la imposibilidad de autodeterminación en materia sexual, sino que además se requiere del aprovechamiento o abuso de parte del victimario, que tiene conciencia de esa imposibilidad.

Cada uno de estos hechos complementarios —constitutivos del delito en igual forma que la conducta antes analizada— se encuentra establecido en los números 2° y 3° del artículo 361, y en el artículo 362 del mismo cuerpo legal. A continuación se analizará su contenido individual, dejando para el final el desarrollo del *prevalecimiento*, en razón de aparecer como un elemento de carácter común a todos ellos.

a) *Privación de sentido (prevalecimiento, art. 361 N° 2)*

La privación de sentido de la víctima a que se refiere el segundo numeral del artículo 361 debe ser entendida como la ausencia temporal de conciencia que sufre a consecuencia del sueño, la bebida, la droga, por un golpe, hipnosis u otras circunstancias.⁵⁵⁵ De esta forma la palabra "*sentido*" es utilizada como referencia al estado de conciencia,⁵⁵⁶ como facultad intelectual humana de adquirir conocimiento de las cosas.

Se excluyen los casos en que el estado de inconsciencia reviste carácter permanente como resultado de una patología o enfermedad de carácter mental, que está considerada en una causal específica tratada en forma diversa por el legislador.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Más adelante se desarrollará el alcance de esta exigencia del tipo.

⁵⁵⁵ Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 318, E. Orts, op. cit., p. 625.

⁵⁵⁶ Como se señaló en otra ocasión y en el mismo alcance precisado por Etcheberry, no es posible entender que el término "*sentido*" ha sido utilizado en referencia a los sentidos naturales del ser humano (tacto, olfato, gusto, etc.).

⁵⁵⁷ Los casos de privación de sentido deben ser acreditados en cuanto a las causas del estado de inconsciencia y a su efectiva existencia en el momento del coito. Al contrario, en la enajenación o en el trastorno mental, existe

Son irrelevantes las causas o el origen del estado de inconsciencia, que pueden provenir de la actuación del agente (suministrar sustancias estupefacientes), de la propia víctima (beber hasta embriagarse), de un tercero o simplemente del acaso.

En el texto primitivo esta causal se trataba junto a la *privación de razón* (reemplazada hoy por la enajenación o trastorno), el texto del artículo agregaba un elemento que dejaba en claro la irrelevancia de las causas que generaban una u otra circunstancia ("*...por cualquier causa*"). La privación de sentido o de razón a que se refiere el N° 2 del art. 361 puede ser provocada por el propio agente o por un tercero, por un acto doloso, culposo o fortuito de la propia víctima.

Es irrelevante demostrar que la víctima en estado de conciencia habría accedido a la realización del coito, porque el fundamento del injusto radica en que actuó *sin* voluntad de la víctima, con independencia de la voluntad que podría presumirse o afirmarse a posteriori.

b) *Abuso de la incapacidad de resistencia (prevalecimiento, art. 361 N° 2)*

En el N° 2 en estudio se hace referencia al aprovechamiento del agente de la imposibilidad de la víctima de asentir o de oponerse al acceso carnal de que es objeto (el asistente médico que coloca una inyección raquídea a la mujer para someterla a una intervención, que insensibiliza su tronco y extremidades sin privarla de sus sentidos, y que no capta cuando aquel aprovecha de accederla carnalmente).

Se sabe que oponer resistencia es manifestar o exteriorizar el rechazo a la acción del agente y que de esta circunstancia típica se ocupa el N° 1 del art. 361 recién comentado; pero si el sujeto pasivo carece de esa posibilidad —la de exteriorizar el rechazo— se da la circunstancia del N° 2 (el delincuente se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia).

una especie de presunción que limita el ámbito de lo exigido penalmente a la comprobación de la patología que presenta la víctima —dentro de aquellas que son válidas para inhibir la capacidad de autodeterminación sexual—, sin que sea necesario acreditar la falta de conciencia o capacidad de actuación voluntaria en el momento del acceso carnal.

La persona afectada puede no estar en situación de manifestar su voluntad respecto de la realización de un acto de invasión o acceso carnal, o en su caso, puede encontrarse inhabilitada para resistir su ejecución por causas físicas, derivadas de alguna enfermedad o patología que afecte su libre movilidad (parálisis o hemiplejía, por ejemplo) o de circunstancias externas que la inmovilizan, por razones circunstanciales o provocadas por un tercero diverso del victimario. (Si mediara concierto de este último con el autor directo, no se estaría ante una modalidad comprendida en el N° 2 en estudio, sino frente a una coautoría y la situación se desplazaría al N° 1 del art. 361, por concurrencia de la fuerza que importaría la intervención del tercero.)

De lo dicho se desprende que la incapacidad de resistencia puede tener cualquier causa y ser de cualquier naturaleza, su característica es que derive de una situación personal—natural o creada—que afecte al individuo, dejándolo en la imposibilidad de expresar o manifestar su oposición al acceso carnal, pueden ser causas síquicas o físicas. Por otra parte, una persona puede no estar privada de sentido, pero impedida de expresar su voluntad de rechazo.⁵⁵⁸

La violación es un delito de propia mano, porque es inevitable una actividad física corporal y personal del agente, la realización de esa actividad contra la voluntad de la persona ofendida, manifestada clara y firmemente, constituye fuerza. Si la víctima está en condiciones de manifestar ese rechazo, y lo hace de viva voz o con su cuerpo, tal conducta queda comprendida en el N° 1 del art. 361; sólo si esa víctima está imposibilitada de exteriorizar su rechazo, se da la situación de abuso sancionada por el N° 2 de la referida disposición. Es conveniente insistir en que la voz del ofendido, cuando es el único medio que posee para rechazar el acceso, y éste se lleva a efecto, ese hecho constituye fuerza y no prevalimiento. Estos últimos conceptos son siempre relativos y su concurrencia depende de las condiciones específicas de la víctima, no de la mayor o menor energía empleada por el agente para cometer el delito.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Para Luis Rodríguez, esta circunstancia alude exclusivamente a impedimentos físicos (op. cit., p. 155).

⁵⁵⁹ En contra Orts, op. cit., p. 598.

c) *Abuso de la enajenación o trastorno mental (prevalimiento, art. 361 N° 3)*

Quien detenta una afección psíquica que, entre otros efectos, produce la pérdida de la capacidad de comprender el sentido y alcance de la realización de un acto de significación sexual, y jurídicamente no se encuentra en condiciones de consentir o rechazar su ejecución. Al no existir posibilidad de consentimiento, se presume que la ejecución del acceso carnal se realiza sin voluntad.

Normalmente se entiende que estas nociones ("*enajenación*" o "*trastorno mental*") representan la exigencia de que la víctima padezca una enfermedad mental de carácter grave, que le impide comprender el significado pleno de sus actos o de autodeterminarse conforme a esa comprensión.

Esta noción se expresa en términos similares al contenido básico de la imputabilidad,⁵⁶⁰ lo que lleva a homologarlo—equivocadamente—al número 1° del artículo 10, "*locura*", "*demenia*" o "*privación total de razón*" como causales de inimputabilidad por falta de salud mental. Si bien el tenor literal del texto permite aparentemente esa equiparación, no parece propio, a la luz de una interpretación coherente y sistemática, atribuir a las expresiones *enajenación* o *trastorno mental* un significado similar.⁵⁶¹

⁵⁶⁰ Se debe reconocer que normalmente el parámetro de referencia objetiva de la imputabilidad (al menos en forma mayoritaria en Chile) se atribuye a la conciencia de la antijuridicidad en el actuar.

⁵⁶¹ La aclaración no resulta en modo alguno superflua. Es una constante entender que nuestro legislador originario quiso someter la regulación de las enfermedades mentales a un criterio psiquiátrico. La obsolescencia y amplitud de los términos empleados en el texto y la práctica jurisprudencial han llevado a materializar dicho contenido en una modalidad mixta, iniciando el análisis de las alteraciones psicológicas a través de su clasificación dentro del listado de patologías que distingue la psiquiatría, pasando además a analizar en concreto si dicha alteración importó efectivamente una privación o alteración en la libertad de obrar. En el caso que nos ocupa, la exigencia requiere de la acreditación de la patología, de su carácter lesivo de la capacidad abstracta de obrar en materia sexual, siendo al mismo tiempo descabable que se verifique la presencia de dicha incapacidad, al menos en razón de la prevalencia que se contiene en el texto. No podrá afirmarse que el victimario ha abusado de la enajenación o trastorno si éstos no se han materializado en la inhibición de la capacidad de consentir la realización de la cópula.

La inimputabilidad por falta de salud mental —a la cual se refieren las causales del art. 10 N° 1— se funda en el hecho de que el individuo ha actuado bajo condiciones que no le permiten comprender lo justo o lo injusto de su actuar, privándole así de la posibilidad de autodeterminarse conforme a las prescripciones del ordenamiento jurídico. En definitiva, la inimputabilidad se vincula con la capacidad real del sujeto de motivarse por las normas jurídico-penales,⁵⁶² porque quien no cuenta con esa facultad al momento de actuar no puede ser objeto de reproche penal.

Este criterio es válido respecto de una imputación de la comisión de un hecho ilícito, pero carece de sentido en el caso de un delito de violación, pues aquí se trata de su capacidad para ejercer la libertad de autodeterminación sexual, siendo éste el único referente que debe tenerse en vista a la hora de interpretar el sentido de la exigencia.⁵⁶³ 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 alcances de un acto de significación sexual, de su libre autodeterminación en orden a consentirlo o rechazarlo.⁵⁶⁴

Un elemento demostrativo de esta interpretación está en la estructura de las causales de inimputabilidad, cuyas vertientes tradicionales son dos: la falta de salud psíquica (enfermedades mentales) o de madurez mental (minoridad). En tanto expresivas de un mismo concepto, ambas importan igual nivel de exigencia para afirmar la ausencia de capacidad de autodeterminación frente a la eventualidad de un actuar contrario a derecho, que tratándose de la minoridad es dieciocho años como regla general. Debe observarse que el Código Civil, en su artículo 26, al distinguir entre púberes e impúberes, mantiene la edad antes referida —14 años— para diferenciar a los *varones* púberes de los impúberes, en tanto que modifica el criterio en relación a la *mujer*, que es púber desde que cumple los doce años, aunque tanto aquéllos como éstas sólo pueden contraer matrimonio a los 16 años (artículo 5 N° 2 de la Ley de Matrimonio Civil). De ello se desprende que el contenido material de los

⁵⁶² Vid. Garrido Montt, t. II, p. 196.

⁵⁶³ En este sentido Echeberry, op. cit., p. 59.

⁵⁶⁴ En la violación —al igual que en el estupro— la capacidad de conciencia debe referirse a los alcances de la ejecución de un coito sexual. Diverso será su contenido en caso de ser otra la conducta incriminada.

conceptos de capacidad de autodeterminación tiene un referente diverso, pudiendo estimarse que son independientes.

Por lo demás, quien se encuentra en un estado de alteración mental severo normalmente sufrirá trastornos de personalidad o conciencia que afectan la capacidad de obrar libremente de un modo general (art. 10 N° 1), abarcando también a la autodeterminación sexual.

d) Víctima menor de 14 años (art. 362)

La menor edad de la víctima como elemento del delito de violación se funda en la ausencia de capacidad para autodeterminarse en materia sexual. Se puede afirmar que la causal importa la consagración de una presunción "*iuris et de iure*", que determina la irrelevancia absoluta del consentimiento que pudiere concurrir a la realización de la conducta.⁵⁶⁵ Así, quien no haya cumplido 14 años no podrá manifestar su sexualidad en forma legítima, aun cuando efectivamente cuente con la madurez mental y la capacidad real de comprender su sentido y alcance.⁵⁶⁶⁻⁵⁶⁷ Quien concurra a la ejecución de la cópula se encontrará ejecutando un ilícito penal. En un sentido inverso, se presume la libre voluntariedad del uso de las facultades sexuales de quien detente más de 14 años de edad, debiendo acreditarse la presencia de alguna de las demás circunstancias enumeradas en el art. 361 para poder atribuirle a la conducta carácter ilícito.⁵⁶⁸

El injusto consiste en el hecho de que la víctima sea menor de 14 años cumplidos, bastando la acción realizada con ella para perfeccionar el delito.⁵⁶⁹ Es irrelevante que se haya procedido

⁵⁶⁵ Muñoz Conde, op. cit., p. 179.

⁵⁶⁶ Se presume su incapacidad de autodeterminación sexual, atribuyéndole irrelevancia a su consentimiento.

⁵⁶⁷ Carece de importancia el desarrollo mental o fisiológico de la víctima para estos efectos.

⁵⁶⁸ En sentido diverso Bustos, quien precisa que no debe desarrollarse el tratamiento a propósito de la libertad sexual, sino en razón de la protección de la indemnidad sexual en cuanto a su derecho a un desarrollo normal.

⁵⁶⁹ Se ha criticado el hecho de que quien tiene exactamente 14 años de edad no estaría protegido penalmente, porque el artículo 361 ampara a quien tiene más de esa edad y el artículo 362 a quien tiene menos. La hipótesis intermedia —o sea, de aquel que tiene catorce años— no quedaría comprendida en ninguna de las dos situaciones.

con o sin el consentimiento del menor de edad, como también el hecho de que se haya obrado bajo alguna de las modalidades propias o impropias antes analizadas, conclusión que el legislador ha incorporado al tipo penal en forma expresa ("*aunque no concurre circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior*").

El legislador optó por independizar esta figura de las demás, utilizando como elemento diferenciador la edad del sujeto pasivo, pues el delito previsto en el artículo 361 puede ejecutarse sólo con una persona mayor de 14 años de edad, situación en la que corresponde acreditar las circunstancias de fuerza o prevalimiento antes analizadas. En aquellos casos en que la víctima es menor de esa edad, es innecesario acreditar elemento adicional alguno.⁵⁷⁰

La causal —tener la víctima menos de catorce años de edad— opera como calificante del delito, el legislador lo sanciona con mayor gravedad que las demás modalidades.

Se ha intentado justificar dicha agravación sin que resulte sencillo respaldarla. Se sostiene que la concreción del delito con una persona menor de 14 años importa la lesión de su libertad de autodeterminación sexual, además de la afectación de su indemnidad sexual, siendo la duplicidad de bienes jurídicos la razón justificante de la calificación; pero resulta difícil aceptar que los menores de 14 años cuenten con capacidad de autodeterminarse en materia sexual, siendo precisamente éste el fundamento que justifica el establecimiento de la causal. No es factible entender que se pueda llegar a afectar una facultad que se afirma inexistente.

Se ha sostenido que un menor de 14 años violado sufriría un daño superior al que experimentarían las víctimas mayores de esa edad, por las secuelas psíquicas que le provocaría el delito. Quien no cuenta con la capacidad de comprender el sentido y alcance de un acto de relevancia sexual por razones de edad y madurez, verá entorpecido el proceso de desarrollo y formación de su sexualidad en forma grave. Se piensa que este caso constituye, al mismo tiempo, un peligro real para el ejercicio futuro de la libertad de autodeterminación sexual en la víctima, de modo que, en definitiva, el delito afecta también este último bien jurídico.

⁵⁷⁰ Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 77.

El menor de 14 años no tiene parámetro alguno de referencia que le permita asimilar el hecho vivido, y no cuenta con conceptos para catalogarlo, generándose un peligro real y concreto de su desarrollo sexual, cuya superación excede los niveles de complejidad que pueden afectar a un adulto o a un adolescente.⁵⁷¹

Lo dicho —si bien obedece a una parte del contenido natural de la indemnidad sexual como bien jurídico— evidencia la diferencia existente en las modalidades y consecuencias de las figuras descritas en los arts. 361 y 362, que justifican la decisión del legislador de imponer a esta última una mayor sanción.⁵⁷²

e) Prevalimiento

Este elemento —como se adelantó precedentemente— es común a todas las modalidades de la violación impropia, tratadas en los N°s 2 y 3 del artículo 361.

La violación impropia se describe como el acceso carnal en que la víctima no puede manifestar su voluntad de consentir o rechazar dicho acto, circunstancia esta última que es aprovechada por el victimario para llevarlo a cabo. Es insuficiente la concurrencia objetiva de la incapacidad de la víctima para manifestar su voluntad, se requiere que el autor se aproveche o abuse de esa condición.

Esa exigencia comprende dos elementos. Por una parte, el conocimiento del autor de la situación en que se encuentra la víctima (o sea, de su enajenación mental, de su menor edad, etc.) y, por la otra, su posición subjetiva tendiente a utilizar esta circunstancia para la realización de la cópula.⁵⁷³

⁵⁷¹ Normalmente el menor de edad —que ha alcanzado niveles de conciencia sobre las partes de su cuerpo— rechazará la conducta en razón de conocimientos sociales vinculados al pudor existente en relación a las zonas genitales del cuerpo humano. En las diversas alternativas, adicionalmente, las diferencias de estructura anatómica importarán la producción de resultados lesivos, lo que con normalidad se traduce en un rechazo.

⁵⁷² Históricamente la minoridad fue considerada sólo como modalidad comisiva del delito. Fue en el año 1979 que se introdujo una modificación al texto que tuvo por objeto ampliar el rango de su penalidad, llegando a establecer sus límites en forma desproporcionada, presidio mayor en su grado medio a máximo.

⁵⁷³ E. Orts Berenger, citado por Muñoz Conde, op. cit., p. 193.

En las descripciones típicas el legislador ha hecho referencia expresa a este elemento ("...cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia" (art. 361 N° 2) o "Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental..." (art. 361 N° 3)), si bien —fuera de los dos ejemplos indicados— no lo hizo en todos los casos. Lo que no significa que no deba exigirse en cada una de las modalidades de ejecución de la violación impropia, porque el legislador hizo referencia al aprovechamiento cuando este elemento no podía deducirse de los demás presupuestos objetivos del tipo.

En efecto, no puede pensarse que quien ha tenido un acceso carnal con una persona privada de sentido ignoraba que no contaba con su consentimiento.⁵⁷⁴ Lo mismo sucede con la minoridad de la víctima, del solo conocimiento de su edad se puede extraer que no se encuentra en condiciones de consentir o rechazar el acceso carnal. En ambos casos el autor del delito no pudo sino aprovechar las circunstancias anotadas para ejecutar el acto, con conciencia de no contar con el consentimiento o la voluntad del sujeto pasivo.

Es posible que quien no se encuentra en condiciones de resistir el acto consenta en su realización, también puede esto suceder respecto de quien padece de un trastorno mental severo, y en esos casos no se cometería delito. Se requiere que el conocimiento de estas circunstancias vaya acompañado de la voluntad de "abusar" de ellas con miras a obtener la cópula sexual. Dicho de otro modo, se debe acreditar la falta de voluntad en la víctima y el conocimiento del victimario de su ausencia para que el tipo penal se presente.

Esto tiene como consecuencia adicional permitir que los enajenados mentales desarrollen aspectos de su vida sexual, liberando de responsabilidad penal a quien actúa o interviene sexualmente con alguno de ellos en forma bien intencionada.

⁵⁷⁴ El único caso en que puede afirmarse que el consentimiento puede llegar a presumirse es aquel en que la cohabitación es estable, como sucede en la unión conyugal o en el concubinato. Ambos casos —según veremos— se encuentran regulados en el artículo 369 del Código Penal.

E. *Faz subjetiva del delito de violación*

El delito de violación en cada una de sus formas comisivas requiere de dolo directo. Queda excluida su configuración con culpa o dolo eventual.⁵⁷⁵

Respecto de la culpa, hay que resaltar que ninguna de las formas comisivas descritas funda el injusto en la imputación de un actuar negligente, son además inaplicables las normas contenidas en el Título X del libro II —*De los cuasidelitos*— porque en la ubicación asignada al delito de violación en el Código Penal quedó fuera de los llamados "*delitos contra las personas*".⁵⁷⁶

Sobre el dolo eventual—cuya exclusión probablemente genera algún nivel de duda— ha de recordarse que todas las formas de comisión de la violación excluyen la posibilidad de su concurrencia, en tanto sin distinción exigen, de una u otra forma, el dolo, o sea, una dirección positiva de la voluntad dirigida a realizar la cópula sexual.

En estas conductas se descarta la posibilidad de dolo eventual, porque la fuerza y la intimidación necesariamente han de estar encaminadas a la realización de la cópula. En las alternativas impropias—que son las que normalmente generan duda— la exigencia de preavimiento es el elemento que permite excluir el dolo eventual. Como ya se ha destacado, no basta la presencia de las condiciones objetivas que expresan la ausencia de voluntad de la víctima, sino que además el autor requiere tener la conciencia de esa ausencia y la intencionalidad de aprovecharla. De modo que el delito exige dolo directo.⁵⁷⁷

⁵⁷⁵ Acepta la posibilidad de dolo eventual en cuanto a las circunstancias fácticas del art. 361, Matus-Ramírez, op. cit., p. 75.

⁵⁷⁶ Pareciera absurdo considerar la alternativa de sanción culposa de estos delitos, mas esto no resulta tan evidente si consideramos la eventual procedencia del error.

⁵⁷⁷ Autores como Luis Rodríguez conciben la posibilidad del dolo eventual para la hipótesis del N° 1 del art. 361 (op. cit., p. 159).

F. *Iter criminis*

Se ha analizado —a propósito de la precisión de los límites de la conducta— que se entiende consumado el delito con la invasión genital, bucal o anal; sin que sea necesaria una penetración total (se requiere de algo más que el contacto y algo menos que la introducción completa).

De las demás etapas de ejecución punibles hay que destacar que siendo el delito de violación de mera actividad (de acción), debe descartarse la frustración,⁵⁷⁸ que es difícil concebir en figuras de esa naturaleza.⁵⁷⁹

La tentativa normalmente se configura con los actos iniciales dirigidos a la penetración forzada. Las hipótesis de violación impropia (calificada de esa forma por las circunstancias particulares del sujeto pasivo) no suelen ser interrumpidas, a menos que vayan acompañadas de fuerza. La ejecución de actos de fuerza o violencia, que por su naturaleza constituyen medios para la realización de una cópula carnal, acompañados del dolo del autor, satisfacen las exigencias de la tentativa.

El desestimiento voluntario de la acción del violador, conforme a las reglas generales, es posible y margina la punibilidad del hecho.⁵⁸⁰

F.1. El principio de ejecución

En la actualidad se encuentra derogada una de las normas más criticadas del primitivo texto del Código Penal, que establecía que el delito de violación debía sancionarse como consumado desde que se hubiere dado "*principio a su ejecución*".

No es necesario recordar las diversas interpretaciones de la doctrina como de la jurisprudencia sobre el alcance de esta norma.

⁵⁷⁸ Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 75; Muñoz Conde, op. cit., p. 349; Rodríguez Ramos, op. cit., p. 209; E. Orts, op. cit., p. 632. En contra, al estimar que es posible la frustración, Bustos, *Manual*, p. 139.

⁵⁷⁹ La Corte Suprema, en sentencia reciente, ha sostenido la tesis de que procede la frustración en el delito de violación, desconociendo la naturaleza de mera actividad de esta figura (sentencia de 12 de septiembre de 1995, Gaceta Jurídica N° 83, p. 97).

⁵⁸⁰ Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., pp. 165-166.

que estimaban que no marginaba las etapas de comisión tentada o frustrada de este delito. Las consecuencias de este precepto eran indeseables, sobre todas ellas destacaba la exacerbación absurda de la penalidad que establecía (análogo a aquella que corresponde a cualquiera de las hipótesis de comisión consumada).

La redefinición de la conducta prohibida en la Ley N° 19.617, derivó en la eliminación de esta disposición, y dejó en claro la posibilidad de las etapas punibles preliminares del iter criminis (tentativa).

G. La "violación conyugal" (art. 369 inciso final)⁵⁸¹

Esta figura se describe en el art. 369 inciso final, que expresa: "*En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 y 366 N° 1 en contra de aquél con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:*

1°. Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerales 2° ó 3° del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2°. Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados".

Es difícil encontrar quien sostenga que el débito conyugal (obligación de los cónyuges de tener relaciones sexuales entre sí) constituye excusa justificante del consentimiento que se debe exigir para darle legitimidad a un acto sexual. Esta interpretación —mantenida en alguna época de nuestra historia— tenía como aval la consagración de una excusa absoluta establecida en el inciso penúltimo del artículo 369 del Código Penal —hoy derogado— que disponía el término de la responsabilidad penal existente por delitos de violación, estupro y rapto, al mediar un vínculo matrimonial entre víctima y ofensor (imputado o condenado).

⁵⁸¹ El tema resulta exclusivamente aplicable al tipo penal contenido en el artículo 361 en tanto los menores de 14 años se encuentran absolutamente inhabilitados para contraer matrimonio.

Se estableció la ausencia de responsabilidad en los delitos de esta especie si víctima y victimario se encontraban unidos por vínculo matrimonial, porque la legislación disponía que si el matrimonio entre ambos tenía aptitud para extinguir responsabilidades penales derivadas de un abuso o atentado sexual, con mayor razón debía atribuirse el mismo efecto si el atentado se realizaba cuando el vínculo se encontraba constituido.

Es indudable que los cónyuges no pierden su libertad sexual —en forma recíproca— por el hecho de contraer matrimonio. Por ello la nueva legislación dispone que el delito de violación propia entre cónyuges (por medio de fuerza o intimidación) admite aplicación cabal cuando concurren sus elementos.

Sin embargo, no resulta tan claro afirmar otro tanto en la violación impropia, porque aquí la razón de su punibilidad radica en la ausencia de una manifestación de voluntad de la víctima,³⁸² la que en algunas circunstancias puede presumirse. Por ejemplo, un acceso vaginal cometido por el cónyuge varón, encontrándose su mujer privada de sentido por exceso de ingestión de alcohol, sin que exista ningún antecedente que altere la convivencia sexual normal entre ambos, permite entender que la realización de la cópula no sería rechazada en caso de mediar conciencia y voluntad.

En caso de acceso carnal bajo los presupuestos descritos en los numerales 2° y 3° del artículo 361, el juez debe evaluar la procedencia de la responsabilidad penal analizando la necesidad de imposición o ejecución de la sanción, según la "gravidad de la ofensa infligida". El análisis de "gravidad" debe ser objetivo. La norma establece una diferencia entre "imposición" y "ejecución" de la pena lo que faculta al juez para hacer una evaluación de la "necesidad" de la sanción.

³⁸² Debemos resaltar que de concurrir la circunstancia enunciada en el numeral tercero de la norma citada habrá que distinguir si ella sobrevino al matrimonio o lo precedió, pues en este caso lo más probable es que concurre alguna causal de nulidad respecto de éste. Por ello, la reglamentación especialmente prevista para el vínculo matrimonial entre los intervinientes no tendría aplicación en ese caso, en razón a que éste, en definitiva, no existiría. Cabe destacar además que en esta alternativa, de haber mediado el coito y acreditarse el aprovechamiento, se encontraría consumado el delito de violación impropia.

La ley prescribe que si el juez estima grave la ofensa, proseguirá con el procedimiento, en caso contrario no dará curso a la causa o la sobreseerá definitivamente.

El legislador se hace cargo de la posible falta de interés del ofendido en la sanción del hecho, considerando los motivos personales que pudiera tener la víctima, que la lleven a preferir evitar el proceso, como la eventual victimización secundaria que de ello se deriva. Con este objetivo en el art. 369 ha reconocido el carácter de mixta a la acción penal del delito de violación, y permite el desistimiento de la acción iniciada cualesquiera sean las circunstancias bajo las cuales se perpetró el delito, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados.

Esta manera de poner término a la persecución penal procede en tanto no se ha dictado sentencia condenatoria, porque el precepto supone un proceso en curso ("a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento"). La voluntad de la víctima no produce ese efecto si se ha dictado sentencia firme.³⁸³

Es difícil determinar la naturaleza jurídica de esta institución, porque no opera como una excusa legal absoluta y tampoco importa una extensión de los efectos de los delitos de acción privada o mixta.

G.1. Convivientes

El art. 369 inciso final homologa los efectos antes analizados para quienes se encuentren unidos por una relación de cohabitación o "convivencia", sin necesidad de que concorra vínculo matrimonial.

Con el concepto de "convivencia" se alude a la cohabitación permanente de dos personas de diverso sexo que no se encuentran unidas por un vínculo matrimonial; este elemento de hecho debe

³⁸³ Debe recordarse el carácter excepcional de la norma dentro del sistema, razón por la cual ésta debe interpretarse en términos restrictivos. Podría sostenerse la aplicación de igual consecuencia, con los efectos del perdón del ofendido, para los casos en que se hubiere impuesto o se encontrare ejecutando una sanción, fundándose en la procedencia de aplicación de normas en base a una interpretación de analogía en favor del condenado.

ser complementado con un indicio de permanencia temporal y futura que justifique la aplicación de la normativa especial.

G.2. Abusos sexuales entre cónyuges

El art. 369 inciso final, que —como se ha señalado— se aplica a la violación entre cónyuges y convivientes, opera a su vez en el delito de abuso sexual (art. 366 N° 1) siempre que se trate de cónyuges o de convivientes.

H. Concurso, reiteración y unidad de la violación

El delito de violación normalmente trae aparejado resultados que son abordados en otros ámbitos de la tipología penal, particularmente referidos al amparo de la integridad corporal. De modo que ofrece interés analizar la relación que existe entre estos delitos y el de violación, como las reglas aplicables a su punibilidad.

H.1. Violación y lesiones

Una violación conlleva la producción de resultados lesivos en el cuerpo de la víctima, particularmente en aquellos casos en que ésta ha tenido la posibilidad de rechazar su ejecución mediante actos propios de resistencia (fundamentalmente en el caso de la violación propia). En estos casos correspondería aplicar los principios que regulan el concurso de delitos, que normalmente será de carácter ideal.

Sin embargo, no debe olvidarse que el delito de violación consista entre sus hipótesis comisivas el uso de la fuerza, cuyo empleo queda sujeto al disvalor delictivo de la figura globalmente considerada. Ello ha permitido a la doctrina nacional entender que la violación subsume los resultados de las lesiones menos graves, que ya fueron considerados al describir sus elementos típicos.⁵⁸¹

La tesis encuentra amparo legal en la disposición contenida en el artículo 63 del Código Penal, que explicita las exigencias del *ne bis in idem*.

⁵⁸¹ Vid. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 59.

H.2. Violación y homicidio (art. 372 bis)

La citada disposición expresa: "El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado."

En el contexto de la ejecución del delito de violación puede producirse la muerte de la víctima, ya sea en razón de una acción directa del victimario (para favorecer su impunidad, por ejemplo) o en razón de la magnitud de las heridas causadas con la ejecución del delito, o por el abandono en que puede haber quedado, o por cualquier otra circunstancia.

Debe analizarse la posibilidad de que esta concurrencia fatal sea imputable al victimario, y de serlo, cuál es el título subjetivo que sirve de base a la imputación.

Si no es posible atribuir el resultado muerte al victimario (v. gr., si se produce por suicidio de la víctima, derivado de la imposibilidad de superación del trauma experimentado al ser objeto de la violación), no corresponde imputar ese efecto al agente, porque hacerlo atentaría contra el principio de culpabilidad.

Si es dable imputar dicho resultado a título de culpa, no se estaría frente a una figura preterintencional (violación dolosa y homicidio culposo), sancionable según la regla del concurso ideal de delitos (art. 75), sino ante un concurso material de delitos, puesto que los bienes jurídicos en juego son de distinta naturaleza y no se encuentran en una línea progresiva de gravedad.

Si la muerte corresponde a una acción dolosa, se estaría ante un delito de homicidio, lo que ha sido previsto por el legislador en el art. 372 bis; se trataría de un delito complejo, sancionado con un marco penal independiente (presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado).

La norma se aplica cuando el homicidio de la víctima se ha cometido "*con ocasión*" de la violación, esto es, dentro del contexto fáctico de su ejecución.⁵⁸⁵ Cuando el resultado muerte se encuentra

⁵⁸⁵ Se consideró la posibilidad de que la figura se aplicara con "motivo" de la violación, donde para facilitar su ejecución se causara la muerte de la víctima, pero esta hipótesis claramente es constitutiva de un delito imposible. La situación podría tener lugar cuando se provoca la muerte de una persona

descontextualizado fácticamente de la violación, se recurrirá a las reglas generales del concurso para sancionar esos hechos.

La pena prevista para esta hipótesis es presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, se trata de una figura calificada de violación.

H.3. Delito continuado

No es fácil la calificación jurídica de aquellos hechos en que hay reiteración del delito respecto de una misma víctima, cuando existe un distanciamiento temporal y de contexto entre ellos.

Es frecuente que se descarte la posibilidad del delito continuado, pero tal afirmación no puede ser absoluta. Si el aprovechamiento o la violencia están distanciados en el tiempo o se trata de sujetos pasivos distintos, siendo la sexualidad un bien personalísimo del lesionado, hay que rechazar la posibilidad de continuidad. Pero no puede llegarse a la misma conclusión cuando están separadas temporalmente las cópulas realizadas con la misma persona, y obedecen todas a una única fuerza o amenaza mantenida sobre ella, o cuando el aprovechamiento corresponde a una circunstancia, también mantenida en el tiempo, alternativas donde la continuidad es concebible.⁵⁸⁶

En ambas situaciones, por ser el mismo uno de los elementos del tipo objetivo —la fuerza o el aprovechamiento— que sirvió para realizar los diversos coitos, podría estimarse que en lugar de un delito continuado se estaría ante un hecho único, si bien con una mayor lesión del bien protegido (la libertad o la indemnidad sexual).

Cuando son varios los sujetos y todos o alguno de ellos llevan a cabo el acceso con una única víctima, empleando la misma fuerza o intimidación, hay un concurso material o real de delitos, porque la acción del sujeto activo en la violación es de carácter personalísimo.

a fin de proceder a accederla (necrofilia), pero aquí tampoco podría haber un atentado a la libertad sexual, porque el objeto de la acción es un muerto.

⁵⁸⁶ Cfr. Orts. op. cit., p. 634.

Hay que destacar que cuando la violación tiene lugar con ocasión de la comisión del delito de robo, existe una norma que sanciona dicha hipótesis concursal, el artículo 433 N° 1.

I. Pena del delito de violación

Las sanciones están determinadas en los artículos 361 y 362 para las diversas hipótesis de comisión del delito de violación son graves. La primera disposición, que sanciona la violación de personas mayores de 14 años, impone la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio. La segunda disposición, que se ocupa de la violación de menores de 14 años, establece la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Hay que recordar que la sanción del concurso de violación y homicidio está regulada en el artículo 372 bis.

La rigurosidad de estas sanciones es desproporcionada en relación a otras figuras, basta considerar que la del homicidio simple es presidio mayor en sus grados mínimo a medio. De esta forma, si se mata a una menor de 14 años de edad, se podría recibir un castigo inferior a aquel que correspondería si se tiene una relación sexual con esa menor.

Probablemente debió considerarse una sanción más elevada para la violación impropia, particularmente cuando ha mediado efectivamente el uso de la fuerza, porque los efectos colaterales que se generan, como los referidos a la integridad corporal de la víctima, aparte de los resultados lesivos que son propios de la realización de una cópula resistida, ameritarían una punición mayor que cuando las circunstancias que le son inherentes no concurren o cuando el tipo no los considera.

20.4. EL ESTUPRO (ART. 363)

A. Antecedentes

El estupro —como figura delictiva— ha tenido históricamente una larga evolución. Originalmente, se le atribuyó al término —*stuprum*— un alcance extremadamente amplio, comprensivo, en los hechos,

de casi todas las formas de acceso carnal ilícito, incluyendo a la violación y al adulterio. En el lenguaje clásico español se restringió su sentido, limitándose al yacimiento obtenido por engaño o por seducción, concepto que recibió acogida en el Código de 1848, que sirvió de modelo al nuestro. En dicha regulación se distinguía el estupro incestuoso (ejecutado entre parientes inmediatos),³⁸⁷ de aquel que era cometido por personas investidas de autoridad o confianza, y del estupro de terceros ejecutado por engaño, siendo común a todas las formas de ejecución el empleo de la "seducción". De más está el señalar que sólo se concebía la comisión de este delito con una mujer.

Pacheco describió el delito como "el goce de una *doncella obtenida por seducción*", y precisamente en razón a la consideración de este elemento se debió limitar la edad del sujeto pasivo, en tanto necesariamente debía ser susceptible de "seducción" e inexperto sexualmente. En términos usados por Rodríguez Devesa, la víctima debía ser una mujer "*honesta y libre (no casada)*", en una clara referencia a la exigencia de la inexperiencia antes referida.

El texto primitivo del estupro incestuoso configuraba un delito independiente (incesto), las modalidades de prevalimiento (autoridad o confianza) se consideraban circunstancias agravantes especiales aplicables a todos los delitos del párrafo, en lugar de concurrir a la configuración de estupro.³⁸⁸ La forma comisiva se vinculaba al "engaño", marcada por la inexperiencia sexual o "doncellez" que debía detentar la víctima.

La Ley N° 19.617 reincorporó al delito algunas formas de comisión que obedecen al principio de autoridad o confianza (fundadas en el abuso de una situación de prevalencia).³⁸⁹

³⁸⁷ En el Fuero Juzgo y en el Fuero Real se vinculaba esta denominación con el matrimonio o la relación sexual ejecutada entre parientes próximos.

³⁸⁸ El legislador concibió la ejecución del estupro en base de engaño o la "seducción", relegando las demás hipótesis de comisión (por prevalimiento) a la impunidad, o, en su caso, a la configuración de un delito de abusos deshonrosos, no sin dificultades para realizar la subsumición. Además de ello, no definió la conducta precisa que pretendía sancionar, e incluyó un elemento de carácter normativo del todo indeterminado (la "doncellez" de la víctima), con el cual pretendía dar seriedad a la exigencia de engaño.

³⁸⁹ Al mismo tiempo perfecciona la descripción de la conducta y la referencia y calificación del sujeto pasivo, en un claro avance en lo que a las exigencias de la tipicidad se refiere.

El estupro está descrito en el artículo 363, que sanciona a quien se aprovecha de una situación de prevalencia para forzar a una persona menor de edad a consentir en la realización de un acto sexual, como asimismo a quien obtiene el acceso mediante el engaño.³⁹⁰

Es la libre voluntad de la víctima, como bien jurídico, el interés amparado por la figura, entrecruzado —en el caso de comisión por engaño— por la indemnidad sexual en el ámbito que corresponde al normal desarrollo de la sexualidad de un menor de edad.³⁹¹⁻³⁹²

La inferior gravedad del injusto —expresada en su menor sanción— radica en que en estos casos se ha obrado en forma consentida, mas las condiciones que acompañan a su realización —aprovechadas o creadas por el autor— constituyen en esencia un vicio que altera la formación libre del consentimiento prestado, situación que es, en definitiva, aprovechada por el victimario para la consumación del acceso.

B. Sujetos activo y pasivo

El sujeto pasivo en el delito de estupro debe tener más de 14 años cumplidos y menos de 18 años. Operan para el delito de

³⁹⁰ A mediados del siglo pasado se entendía que la existencia de un vínculo de parentesco entre personas que realizaran un acto sexual, cuando una de ellas es menor de edad, importa una especie de aprovechamiento de la primera respecto de esta última, suponiendo en ello la concurrencia de prevalimiento o aprovechamiento de una situación ventajosa en la conducta del victimario y la inexperiencia sexual en la víctima, dando lugar al llamado "*estupro incestuoso*". Como señalamos, nuestro legislador originario suprimió las hipótesis de prevalimiento, mantuvo el engaño en el estupro, y redefinió en forma separada el delito de incesto.

³⁹¹ La edad ya no se ocupa como referente vinculado a la honestidad o experiencia sexual que pudiere detentar la víctima en orden a posibilitar su seducción. Más bien se trata de aquel límite de edad que permite atribuir a la persona el goce pleno de sus capacidades y la libertad para obrar voluntariamente. Algunas de las circunstancias descritas para la comisión del delito, en tanto alteraciones o vicios de la voluntad, no se vinculan —o justifican— al desarrollo de la víctima o a su edad.

³⁹² Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 78.



estupro las mismas observaciones que se han comentado en relación al sujeto activo en el delito de violación, y como en esa oportunidad se señaló, puede su autor ser un varón o una mujer, indistintamente.

Es irrelevante el sexo del sujeto pasivo, que también puede ser un hombre o una mujer (*"el que accediere carnalmente... a una persona"*); sin embargo, tiene importancia la edad del afectado en el momento del atentado. Hay que descartar la posibilidad de que el sujeto pasivo sea una persona menor de 14 años, porque en este caso el delito se sanciona a título de violación (artículo 362). La exigencia ha sido expresamente incluida en la definición típica (*"persona... mayor de catorce años"*).

La víctima debe ser *"menor de edad"*, o sea que no sobrepase los 18 años, porque conforme a las normas civiles a esa edad se alcanza la plena capacidad. La exigencia está contrada en la afectación del *libre consentimiento* del sujeto pasivo para la realización de una cópula sexual.

C. Tipo objetivo

El estupro está descrito en el art. 363, que expresa: *"Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:*

1°. Cuando se abuse de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2°. Cuando se abuse 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.

3°. Cuando se abuse del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4°. Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual".

D. La conducta prohibida

De la disposición recién transcrita, se desprende que la conducta del delito de estupro es idéntica a la que se describe en el delito de violación.⁵⁹³ Resulta aplicable a este respecto todo lo señalado al estudiar esta última figura.

En efecto, en el art. 363 se castiga al que accediere carnalmente a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, cuando concurre alguna de las cuatro circunstancias que allí se describen.

La diferencia que existe entre este delito y el de violación radica en las modalidades que acompañan a su realización; son éstas —al igual que aquéllas— las que confieren a la conducta sancionada el carácter de ilícita.

D.1. Circunstancias de comisión: prevalimiento y engaño

El legislador incluyó dos condiciones para configurar el delito, el "prevalimiento" y el "engaño", ambas afectan el proceso de libre decisión de realización de una cópula sexual.

Se han señalado como hipótesis de comisión fundadas en el prevalimiento las siguientes: a) Un grado de *perturbación o anomalía mental* de la víctima, b) la existencia de una *relación de dependencia*, y c) *grave desamparo* que pudiere afectarla, circunstancias que deben ir aparejadas del ánimo de aprovechamiento del agente.

Las hipótesis de *engaño* están conformadas por una sola circunstancia: el abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima (modalidad fraudulenta).

A continuación se analizarán estas formas de comisión del estupro.

D.2. Estupro de prevalimiento

Las hipótesis de prevalimiento requieren que el victimario tome conciencia de su concurrencia y la utilice para el acceso; no se tipifica el delito si sólo han concurrido objetivamente.

⁵⁹³ Con ello, se clarifica el sentido de la conducta que se ha pretendido sancionar históricamente bajo esta modalidad delictiva, dotando de contenido a la antigua referencia indeterminada que tenía la ley.

Cada una de las modalidades hace referencia expresa al ánimo subjetivo de prevalimiento del autor, que ha de actuar siempre con "abuso", lo que margina el dolo eventual.

Respecto del "abuso" rigen las consideraciones expuestas al tratar el prevalimiento o abuso en el delito de violación impropia.⁵⁹⁴

a) *Anomalía o perturbación mental (art. 363 N° 1)*

La víctima debe detentar un grado de alteración mental que la coloque en una posición de desventaja en miras a la libre ejecución de un acto de relevancia sexual. Se trata de factores que alteran los procesos de conciencia y uso de la razón de la víctima, que inciden en la formación de su voluntad.

La anomalía o perturbación puede derivar de una enfermedad de carácter permanente o de una situación transitoria, como lo aclara expresamente el legislador al describirla ("*aun transitoria*"). Es en el momento de acceder a la ejecución del coito, cuando la víctima tiene que haber sufrido la pérdida o disminución de las capacidades psíquicas que la llevan a consentir.

No ofrece interés que la perturbación sea provocada por el victimario, por un tercero o que sea preexistente, lo que interesa es su utilización o aprovechamiento por el autor.

La causal se encuentra estrechamente vinculada a aquella que se describe a propósito del delito de violación (artículo 361 N° 3), en tanto ambas presuponen la afectación de las capacidades normales de autodeterminación; pero no deben considerarse equivalentes o semejantes, porque las separan diferencias de entidad.

Presentan diferencias de entidad en relación al nivel de afectación psíquica que importan (se define como modalidad del estupro aquella perturbación o anomalía "*...que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno*"). La perturbación no debe alcanzar niveles que permitan atribuirle el carácter de un trastorno severo o de una enajenación mental, porque de ser así se aplicaría el tipo de violación, al padecer la víctima total ausencia de voluntad en materia de autodeterminación sexual.

⁵⁹⁴ Ver supra párrafo 2.1.2.D.2.e).



Aun cuando dicho estado concurra objetivamente, no se configura el delito si el victimario no abusa de ello, lo que involucra por lo menos conocimiento efectivo de dicha condición.

b) *Relación de dependencia (art. 363 N° 2)*

Tradicionalmente el prevalimiento constituye una relación de superioridad entre víctima y victimario.⁵⁹⁵ Su manifestación más propia en tanto modalidad de comisión del estupro está precisamente en este segundo numeral.

La condición de prevalencia o dependencia puede tener cualquier naturaleza o derivar de cualquier causa, haya sido o no provocada por el agente en mira a la obtención de la cópula. Esto no se contradice por el hecho de que el legislador precise algunas de las modalidades que puede adoptar la relación de dependencia (existencia de una relación de custodia, cuidado, educación o de carácter laboral), porque dicha referencia sólo ha tenido por objeto plasmar un reforzamiento interpretativo con menciones descritas a título ejemplar, lo cual se desprende del propio texto ("*...como en los casos en que...*") y de la historia de establecimiento de la norma.⁵⁹⁶

Teniendo en cuenta las menciones enunciadas por el legislador a título ejemplar, se puede afirmar que la relación de dependencia debe corresponder a un vínculo de carácter funcional, en virtud del cual se ha encomendado a uno de los intervinientes determinadas conductas o acciones que crean una relación desigual entre ambos, en consideración a la autoridad que adquiere uno de ellos. Así, quien se encarga del cuidado, educación o custodia de un menor de edad, asume el ejercicio de roles y funciones

⁵⁹⁵ Esta era la definición de carácter genérico utilizada por el Código español hasta antes de la reforma de 1995.

⁵⁹⁶ En el informe de la comisión mixta (p. 18) se aclara que "Respecto a la circunstancia 2ª, cual es el abuso de una relación de dependencia de la víctima, originada en el hecho de encontrarse el agresor encargado de su custodia, educación o cuidado, o bien en una relación laboral, prefirió darle a esa enumeración un carácter simplemente ejemplar y no taxativo, para comprender cualquier vínculo relevante de dependencia, sea formal o informal, de relación de familia o no".



que colocan a este último en una posición de inferioridad de la cual derivan obligaciones de respeto y obediencia, suficientes para afectar el normal proceso de expresión de la voluntad.³⁹⁷ Lo mismo pasa, pero a la inversa, cuando la víctima ha asumido una relación de tipo laboral con el victimario, con carácter de "subordinación y/o dependencia".³⁹⁸

Corresponde precisar que la diferencia de edad entre víctima y victimario no constituye antecedente suficiente para satisfacer la condición de superioridad o dependencia. En efecto, el delito exige un sujeto pasivo menor de edad, independientemente de la exigencia de "dependencia", que supone una base fáctica diversa. La responsabilidad penal requiere, por regla general, de un partícipe mayor de 18 años, lo cual confirma la apreciación antes expuesta. Si bien es posible concebir una hipótesis en la cual concurren al delito personas de igual o similar edad, en caso que el victimario sea un menor de entre 16 y 17 años que obró con discernimiento, no resulta posible entender que la diferencia de edad satisfaga la exigencia de dependencia o superioridad.

Tampoco resulta idóneo fundar la dependencia o superioridad en las diferencias de contextura física que pudieren existir entre víctima y victimario. Si se presenta esa diferencia, podrá afectar a la libre voluntad de la víctima, que se sentirá intimidada o forzada a aceptar el acceso, lo cual permite vincular dicho caso a las modalidades de ejecución forzada de la cópula, propias del delito de violación. Si la fuerza o intimidación no ha sido grave y seria, la víctima puede disponer de medios para rechazar la cópula, a no ser que sufra alteraciones psíquicas producidas por el temor subsumible en la primera modalidad analizada algunas líneas atrás.

³⁹⁷ Debe destacarse que este tipo de relaciones impone obligaciones o deberes que no sólo son utilizados por el autor para la ejecución del delito, al prevalecerse de la relación, sino que además son directamente incumplidos por él mismo. Esto debiera importar un mayor reproche de la conducta, al menos en su representación activa—si bien desde el lado pasivo coloca a la víctima en un mayor nivel de indefensión, pues precisamente quien debía cuidarla no lo hace—, lo cual no se ha traducido en el texto en una agravación de la penalidad aplicable, para no vulnerar así el principio *ne bis in idem*, porque el presupuesto de hecho para el incumplimiento y el aprovechamiento serían idénticos.

³⁹⁸ Art. 7° del C. del T.



La existencia de una relación de parentesco entre los intervinientes no habilita por sí sola la situación de dependencia, en tanto de ésta no se desprenda una obligación de cuidado o una situación de superioridad de la cual se abuse.⁵⁹⁹

Finalmente, no basta la concurrencia objetiva de la relación de dependencia, sino que se requiere que quien ocupa la posición de superioridad la haya utilizado en miras a la obtención de la cópula.⁶⁰⁰ Lo que normalmente supone actos directos en que esto se materializa, que pueden enmarcarse en el concepto de "actos de seducción".

c) *Grave desamparo* (art. 363 N° 3)

El desamparo corresponde a un estado de situación de necesidad o carencia de la víctima que la coloca en una posición de vulnerabilidad.

El legislador no distingue entre las causas que pueden haber generado ese estado o su naturaleza (económico, afectivo, de cuidado personal).

La aclaración resulta útil, porque normalmente se vincula esta exigencia con el desamparo de carácter económico de la víctima (tal y como lo ha expresado el legislador en el artículo 367 bis, a propósito del tratamiento de la llamada "trata de blancas"), obviando el sentido amplio que el legislador le ha atribuido a la modalidad.

Desde el punto de vista activo, la causal se encuentra unida al concepto de explotación que caracteriza a la conducta del agente. El delito supone el aprovechamiento de la situación de carencia, el victimario debe tener conciencia de esa situación y sobre esa base lograr el consentimiento de la víctima para el acceso. No se exige la intervención del agente en la creación o mantención de la situación de necesidad, bastando su existencia objetiva y su aprovechamiento por el agente.

La necesidad ha de revestir carácter grave, como señala el texto, debe ser de tal magnitud que permita considerarla con

⁵⁹⁹ Hay respaldo expreso en las actas del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, p. 41.

⁶⁰⁰ Vid. Orts, en cita a Boix, p. 617.



potencialidad de incidir en la voluntad de la víctima para la aceptación del coito.

Cuando la necesidad afecta la psiquis de la víctima, la circunstancia debe ser analizada conforme a los principios expuestos en el numeral primero del art. 363.

Si la circunstancia se expresa en una situación de carencia o necesidad de tipo económico, lo normal será que la conducta activa se materialice en la concesión u oferta de una suma de dinero de parte del agente. Debe clarificarse que la sola aceptación de dicha concesión no conforma la causal, sino cuando ella es ofrecida y aceptada en razón de una situación de necesidad. En otras palabras, esa condición es la que debe motivar la oferta y operar como causa del consentimiento de la víctima.

D.3. Estupro por engaño

El engaño supone la falta de conocimiento que detenta la víctima sobre el contenido y alcance de una relación de carácter sexual,⁶⁰¹ o, dicho en los términos de la ley, la "*ignorancia o inexperiencia sexual de la víctima*".⁶⁰² El engaño radica en la posibilidad de incidir en la representación que el adolescente tenga respecto del hecho,⁶⁰³ 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).

⁶⁰¹ La referencia alude a los actos que involucren un acceso vaginal, anal o bucal, en razón de la conducta propia del ilícito. La modalidad también recibe aplicación en otras figuras penales vinculadas, cumpliendo el mismo efecto atribuido en el delito de estupro.

⁶⁰² Antiguamente este elemento era representado por la descripción típica fundada en la doncellez de la víctima, descripción que fue reemplazada por la Ley N° 19.617.

⁶⁰³ Igual posición se sostuvo en la Comisión Mixta: "estimó la Comisión Mixta que el engaño sobre la significación sexual de la conducta sólo puede ocurrir cuando la víctima es una persona susceptible de ser engañada sobre este punto, sea por la ignorancia o su inexperiencia" (Informe de la Comisión Mixta, p. 19).

La ignorancia o inexperiencia sexual debe entenderse en los términos en que la hemos descrito (falta de conocimiento y comprensión que detenta la víctima acerca del contenido y alcance de una relación sexual), en estrecha vinculación con el proceso de desarrollo sexual que vive el menor de edad. La modalidad está marcada por la posición prevalente que detenta una persona experimentada sexualmente respecto de otra que no cuenta con el desarrollo suficiente para el ejercicio de actos como los descritos en el tipo (acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal).⁶⁰⁴

Hoy resulta bastante difícil que un adolescente no cuente con la capacidad real de comprender el significado de una relación de tipo sexual. Se puede afirmar que incluso la ley presume de antemano que se cuenta con esa facultad, porque permite su ejercicio voluntario legítimo a los mayores de 14 años. El riesgo de que efectivamente un adolescente carezca de esta capacidad aparece prácticamente irrelevante en la actualidad, lo que fue considerado por el legislador en la tramitación de la Ley N° 19.617. Con ese presupuesto no se había considerado adecuado sancionar el es-

⁶⁰⁴ La descripción en modo alguno resulta pacífica; gran parte de los ejemplos tradicionalmente encasillados como hipótesis de estupro no reciben cabida en la descripción de la figura. Se puede entender que la inexperiencia sexual comprende los casos en que se ha aprovechado la inmadurez de la víctima para lograr su aquiescencia independiente del conocimiento de los alcances de la cópula. Por manifestaciones desvinculadas de la realización material del acto es posible influir en la voluntad de la víctima para que se consienta (promesa de matrimonio incumplida, engaño en relación al estado civil del victimario, promesa de fidelidad o cohabitación, etc.). Se puede confirmar lo antes expresado, considerando que el objeto protegido es la libre determinación de las personas en materia sexual, dicho interés se verá quebrantado si no se cuenta con la capacidad real de comprender el sentido de una manifestación sexual, porque se afecta el proceso de formación de la voluntad en cuanto a su ejecución o rechazo.

Si se vincula la realización de un acto sexual, comprendido por la víctima, a otro tipo de expectativas que configuren el engaño, no se afecta la libertad sexual, sino el cumplimiento de dichas expectativas, que no merecen por sí solas protección penal; este condicionamiento opera como causa del consentimiento prestado, pero no debilita la libertad del ejercicio de la sexualidad. En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, en segundo trámite constitucional, se señaló: "No existen razones para incriminar la frustración engañosa de cualquier tipo de expectativas, por el solo hecho de encontrarse involucrado un comportamiento sexual en dicho engaño".

tupro por engaño,⁶⁰⁵ modalidad que tuvo que ser reincorporada por la comisión mixta en el tercer trámite constitucional,⁶⁰⁶ pero con criterio acorde con lo antes señalado, como se desprende de las actas de la Comisión Mixta:

*"Fue objeto de un extenso debate la inclusión del engaño, circunstancia desechada en el segundo trámite constitucional. La mayoría de los integrantes de la Comisión Mixta prefirió conservarla como circunstancia constitutiva del delito de estupro, por entender que tiene importancia, si la figura gira en torno al concepto de autodeterminación sexual, sancionar el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene madurez suficiente para apreciarla (...) Puesta en votación la idea de incluir el engaño como circunstancia constitutiva del estupro, y enfocado hacia la significación sexual de la conducta, se aprobó por seis votos a favor y una abstención."*⁶⁰⁷

El engaño, entonces, debe encontrarse estrechamente vinculado a la creación de una representación equivocada de la víctima de los alcances del acto que se pretende ejecutar con ella (una cópula sexual) para lograr su aquiescencia o evitar su resistencia.⁽¹⁹¹⁴⁻¹⁹¹⁵⁾

Tradicionalmente se ha calificado como engaño la promesa de matrimonio incumplida. No corresponde entender que acciones de esa naturaleza constituyen el engaño requerido por el estupro, porque el ardil debe referirse a hechos presentes (como la naturaleza e implicancias del acto, los efectos que de ello derivan, sus caracteres, su licitud o ilicitud, su corrección moral, etc.) y no puede extenderse en modo alguno a lo futuro (no es posible

⁶⁰⁵ Sobre el particular algunas citas literales resultan bastantes ilustrativas:
 4. "...la sanción del engaño, más allá del error sobre la naturaleza sexual de la conducta, es impropio, y no representa un peligro social serio, dado el nivel de información de que disponen actualmente los jóvenes acerca de la sexualidad. El reproche que cabe hacer, primordialmente, es por el abuso de una posición de superioridad, por la especial condición en que pueden encontrarse los adolescentes frente a personas experimentadas sexualmente". Primer Informe, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, p. 29. Acto seguido, se omitió, entre las formas comisivas, la formulación fraudulenta.

⁶⁰⁶ Informe, p. 19.

⁶⁰⁷ Informe Comisión Mixta, p. 18.

⁶⁰⁸ En términos de Orts, "por engaño habrá que entender el llevar el ánimo de otra una idea que no se corresponde con la verdad", op. cit., p. 947.

⁶⁰⁹ En términos de Orts, consiste en la concreción de un proceso de seducción tendiente al yacimiento", Orts. 620 y 947 (Cod. 1995).

engañar o provocar una falsa representación respecto de algo que no ha acaecido).⁶¹⁰

Si la víctima comprende el significado de una cópula sexual, está habilitada para consentir o rechazar su ejecución, y por ello carecen de importancia las motivaciones que la llevaron a consentir.⁶¹¹⁻⁶¹²

Se ha entendido —equivocadamente— que es engaño el fingimiento de un estado civil, "cuando el sujeto ha simulado ser soltero, estando casado, con el fin de inclinar a la víctima a consentir el acceso carnal".⁶¹³ Tampoco aquí se cumplen las exigencias del tipo estupro, porque la víctima actúa a plena conciencia de las implicancias del acto que ejecuta y en uso de sus facultades de autodeterminación.

E. *Faz subjetiva del delito. Iter criminis*

El prevalimiento y el engaño suponen en su ejecución la conciencia y la intencionalidad de acceder sexualmente a la víctima, como sucede en el delito de violación, de modo que sólo es posible su comisión con dolo directo, se excluyen el dolo eventual y la culpa. Este delito es de mera actividad, de consiguiente sólo es posible la tentativa, pero la frustración queda excluida.⁶¹⁴

F. *Penalidad del estupro*

El artículo 363 prescribe la sanción del delito: presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y 1 día a 10 años).

⁶¹⁰ Vid. Etcheberry, op. cit., t. IV, p. 65.

⁶¹¹ La jurisprudencia española no participa de ese criterio. Por todos, vid. Cobo (Orts), op. cit., p. 621.

⁶¹² En contra se sostiene que lo relevante es la virtualidad que detente el engaño para perturbar y confundir a la víctima interfiriendo y menoscabando la voluntad fundada en la confianza y candidez presente en los adolescentes, siendo posible entonces considerar a quien consiente en la ejecución del verbo en base a promesas de diverso orden que interfieren en la decisión, aun cuando se conozca el contenido y significación del acto.

⁶¹³ Orts, op. cit., p. 621.

⁶¹⁴ Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., p. 184.

20.5. LOS ABUSOS SEXUALES (ARTS. 365 BIS, 366, 366 BIS Y 366 TER)⁶¹⁵

A. Antecedentes generales

El legislador ha entendido que la autodeterminación sexual puede ser lesionada, aparte de la ejecución no consentida de actos que importen una cópula carnal, por otras conductas de trascendencia sexual –ajenas a la violación y al estupro– que están tipificadas como figuras adicionales e independientes en los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter.

B. Faz objetiva del delito de abusos sexuales

El comportamiento sancionado está descrito en el art. 366 ter, que tiene el siguiente tenor: “Para los efectos de los tres artículos anteriores, se entenderá por acción sexual 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.”

B.1. Actividad prohibida (art. 366 ter)

El delito de abusos deshonestos se describía en el artículo 366 del primitivo texto, que no aludía a una acción precisa: “abusar deshonestamente” de otra persona. La nueva regulación mejora la descripción, sin alcanzar, en todo caso, a dar una noción más acabada de la figura.⁶¹⁶

El tipo utiliza parámetros normativos que delimitan los contornos propios de la conducta, referidos al *carácter sexual* del acto y a su *relevancia o entidad*, en tanto manifestación de la sexualidad.

⁶¹⁵ Ver asimismo el apartado siguiente, a propósito del tratamiento de las figuras de corrupción de menores.

⁶¹⁶ En los textos comparados es una constante en esta clase de delitos recurrir a elementos normativos, e incluso subjetivos, que permiten delimitar sus contornos, inclusive cuando adquiere carácter residual.

Adicionalmente se utiliza un criterio objetivo relativo a la necesidad de que el acto afecte *corporalmente a la víctima*.⁶¹⁷ Este elemento, a su vez, puede materializarse por *contacto corporal directo* o mediante la *afectación genital, anal o bucal* de la víctima.

a) *Carácter sexual*

En primer lugar se exige la ejecución de un “acto de significación sexual”, entendiéndose por tal aquellos que resultan objetivamente adecuados –dentro del medio social en que se desarrollan– para excitar el instinto sexual de una persona. Como señala Muñoz Conde, *no existe un concepto objetivo de lo sexual*, realidad que ofrece dificultades a la hora de precisar una descripción de su contenido.⁶¹⁸ Sin embargo, no debemos olvidar que la referencia pareciera no encontrarse orientada a los elementos básicos que constituyen la conducta sino más bien a las diferencias culturales y sociales que dificultan una calificación de tipo uniforme.

Tradicionalmente –e inclusive en forma mayoritaria hoy en día– se ha recurrido para su precisión a la consideración de un elemento subjetivo (*el ánimo lascivo*) que permite discriminar, entre conductas de similar expresión, las que detentan caracteres sexuales, por la motivación particular del sujeto pasivo a la hora de ejecutar el hecho.⁶¹⁹ Es discutible recurrir a esa fórmula para determinar el disvalor del acto.⁶²⁰

Debería recurrirse a criterios normativos para determinar la significación sexual del hecho, considerando los criterios que existan en el medio social.⁶²¹ Es la valoración general de acuerdo a las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico

⁶¹⁷ Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., p. 198.

⁶¹⁸ La idea de lo sexual resulta evidente –en términos generales– en actos que involucren la invasión de órganos genitales, perdiendo nitidez a medida que se restringe la entidad de la manifestación que lo constituya, es difícil su descripción objetiva en conductas que no importan un contacto corporal entre dos partícipes.

⁶¹⁹ Aceptan esta circunstancia autores como Matus-Ramírez, op. cit., p. 80.

⁶²⁰ En la injuria, por ejemplo, la potencialidad injuriosa de las expresiones que se profieran es analizada en términos objetivos, la animosidad subjetiva especial viene a agregar la característica punible de la intencionalidad de la expresión, sin afectar la calificación de su potencialidad ofensiva.

⁶²¹ En este mismo sentido Bustos, *Manual*, p. 124.

la que deberá determinar la naturaleza o significación sexual del acto. En los comentarios al Código Penal español de 1995 dirigidos por T. S. Vives se señala a este respecto que la conducta ha de ser "objetivamente adecuada para excitar el instinto sexual de una persona, cuyo comportamiento en estos pagos caiga dentro de los standards de la comunidad".⁶²²

La opinión expuesta cuenta con respaldo en la historia de la tramitación legislativa del precepto. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado sustituyó la definición de la conducta por la que hoy se contiene en el texto, con el fin de reemplazar la referencia a un criterio subjetivo, incorporando un elemento normativo (la "significación sexual" del acto).⁶²³

Dicho acto, además, debe ser de "relevancia", de entidad en cuanto manifestación de la sexualidad. Es exigencia -indirecta- de gravedad de la conducta en la representación sexual del victimario y en la potencialidad lesiva de la sexualidad de la víctima.⁶²⁴

b) Contacto corporal directo

La acción ejecutada exige un grado de contacto corporal con la víctima, este elemento posibilita una delimitación más clara de la conducta incriminada, con un fundamento objetivo. Han de descartarse aquellas conductas que no se materializan mediante la interacción corporal de los intervinientes, sin perjuicio de su consideración a propósito de otro título incriminatorio (particularmente por delito de corrupción de menores -si la víctima detenta dicha calidad- o por las figuras residuales de coacción o amenazas). No constituye abuso sexual, por lo tanto, forzar a un tercero a desvestirse o a exhibirse, aun cuando se persiga como objetivo la excitación del agente.

De acuerdo a la descripción típica, el contacto material exigido puede tener dos modalidades, pero en ambas es esencial la "afectación corporal" de la víctima, sin perjuicio de la "intervención

⁶²² Op. cit., p. 909. En esta materia hay que destacar que el comentario se atribuye a E. Oris Berenger.

⁶²³ Primer Informe, p. 52.

⁶²⁴ Se exige la potencialidad, pues normalmente la ejecución de una acción sexual forzada no produce el efecto de excitación que le es propio en naturaleza.

corporal" directa del agente. Una modalidad requiere del contacto directo de carácter físico entre víctima y victimario, tales como tocamientos, caricias, besos, etc. La exigencia de corporeidad no implica un contacto de pieles, puede materializarse en actos ejecutados por sobre la vestimenta de uno de los intervinientes, o de ambos.

La segunda modalidad exige afectación de los genitales y será tratada en el siguiente párrafo.

c) Afectación vaginal, anal o bucal

Puede esta segunda modalidad consistir en cualquier acto que afecte el ano, la boca o la vagina de la víctima, aun cuando no haya habido contacto con el cuerpo del victimario, comprende los casos de abuso sexual que se materializan con la introducción o frotación de objetos en el cuerpo de la persona ofendida o utilizando animales en ello, sea por vía anal, vaginal o bucal (art. 365 bis).

La ausencia de contacto corporal directo, si bien coloca el acento del delito en el cuerpo de la víctima, no deja de lado los caracteres propios de la conducta del agente para la calificación, por cuanto la condición de que el acto detente carácter sexual, hace que su ejecución represente un grado de satisfacción o excitación de ese orden al victimario, aun cuando no haya vinculación corporal.

En la alternativa de contacto corporal de ambos intervinientes, pareciera irrelevante quién asume el rol activo en la ejecución del acto, en tanto su realización haya sido forzada o inducida, lo que se desprende del artículo 366 ter y de la expresión "cualquier" acto de significación sexual. En el informe de la Comisión Mixta, "se comprendería precisamente la realización de la conducta por medio de otra persona y el caso de que se obligue a una persona a realizarla sobre sí misma..."⁶²⁵

De esta forma, sea que el autor haya realizado directamente la conducta o haya forzado u obligado a la víctima a realizarla, ha incidido en su libertad de autodeterminación, mereciendo idéntico reproche penal.

⁶²⁵ Informe de la Comisión Mixta, p. 25.

Esta conclusión permite subsumir algunos casos de ejecución de actos sexuales que no importan contacto corporal directo, y que exigen solamente la afectación vaginal, anal o bucal de la víctima. Nada impide en esta hipótesis pensar que esta actividad se pueda lograr por la acción directa que despliega la propia víctima, forzada a su ejecución por el autor.

La conducta prohibida puede ser ejecutada a través de un tercero, esta forma de ejecución estaría excluida con la calificación de la figura como delito de propia mano, que supone la exclusión de la autoría mediata. Tradicionalmente la doctrina excluye esta posibilidad, sin perjuicio de reconocer que el legislador puede crear tipos penales que se encarguen de sancionar tales conductas. Este es precisamente el objetivo de la disposición al describir el comportamiento "*cualquier*" acto de significación sexual, reemplazando la referencia del texto anterior, que vinculaba la comisión a la acción del agente.⁶²⁶

Lo mismo sucede si el autor, por medio de la coacción, compele a dos personas a realizar una acción sexual, sea para procurar su propia excitación o simplemente para abusar de ellas.

La conducta sexual debe importar el contacto genital, anal o bucal de los partícipes, en razón a las exigencias expresas del tipo.

Se debe tener en cuenta que el acto *no puede consistir* en un acceso carnal, quedan excluidos los accesos carnales descritos en la violación y estupro, todas éstas son figuras independientes, que no están en relación de supletoriedad.

B.2. Modalidades de comisión

La realización de actos de significación sexual no puede merecer reproche penal cuando ha mediado concierto, voluntad recíproca de los partícipes. La frontera de lo ilícito comienza solamente cuando desaparece dicha voluntad, o a lo menos su carácter libre.

En este precedente los arts. 365 bis, 366 y 366 bis diferencian tres hipótesis de comisión (con un menor de 14 años, con un

⁶²⁶ Con ello, "se comprendería precisamente la realización de la conducta por medio de otra persona..." (Informe Comisión Mixta, p. 25).

mayor de esa edad y con una persona mayor de catorce años pero menor de dieciocho), cada una de ellas, a su vez, permite dos modalidades de punición.⁶²⁷

a) Con un menor de catorce años

Tratándose de un menor de catorce años como sujeto pasivo de acciones sexuales distintas del acceso carnal, los artículos 366 bis y 365 bis N° 2 lo sanciona de modo especial. En este último artículo se reprime una forma de realizar acciones de connotación sexual distintas al acceso carnal, o sea, la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o utilizando animales en ello y se sanciona con una pena que puede llegar a presidio mayor en su grado máximo. En tanto que en el artículo 366 bis se prohíbe cualquier otra acción sexual distinta al acceso carnal con una pena que no supera el presidio mayor en su grado mínimo, o sea, la pena en esta hipótesis es de menor gravedad. En ambas situaciones no tiene relevancia la circunstancia de que el menor actúe voluntaria o involuntariamente, pues como se ha señalado con anterioridad, al menor de catorce años jurídicamente no se le reconoce la facultad de disponer de su sexualidad.

b) Abusos sexuales con persona mayor de catorce años

Si el sujeto pasivo es una persona mayor de catorce años, las acciones de connotación sexual que no importan el acceso carnal, sólo son punibles cuando concurre alguna de las circunstancias que enumera el artículo 361 —se usa fuerza o intimidación, la víctima está privada de sentido, es incapaz de oponer resistencia o se abusa de su trastorno mental—, pero se debe hacer distinción con relación a la naturaleza de la acción. Si tal como se indica en el párrafo anterior signado con la letra a), la acción consiste en la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal, conforme al artículo 365 N° 1, la sanción es mas drástica

⁶²⁷ Se mantiene prácticamente idéntico el orden de gravedad definido para dichas circunstancias a propósito de los delitos de violación y estupro, confirmando así el que no sólo se define el disvalor implícito en razón a la relevancia del acto, sino también y en mayor medida por las modalidades de afectación de la libertad que conlleva.

que cuando se trata de cualquier otra actividad sexual distinta al acceso carnal, que se reprime con una pena menos rigurosa. En el primer caso, la pena es de presidio mayor, en tanto que en el segundo es de presidio menor.

c) *Abuso sexual con persona mayor de catorce y menor de dieciocho años*
El artículo 366 fue modificado por la Ley N° 19.927, creando esta tercera modalidad de abuso sexual, esto es, si la víctima es un menor de dieciocho años de edad pero mayor de catorce. Para que el comportamiento sea típico, conforme al artículo recién citado, debe, además, concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 363, vale decir, abusar de la anomalía o perturbación mental de la víctima, de su situación de dependencia, de su desamparo o de su ignorancia o inexperiencia. En todo caso, en la misma forma que se señaló en los párrafos de las letras a) y b) anteriores, corresponde distinguir según sea la clase de actividad sexual de que se trate, que en todo caso no debe importar un acceso carnal. Vale decir, si se trata o no de la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal, pues las sanciones son diferentes; más grave para esta última alternativa conforme lo preceptuado en el artículo 365 bis N° 3, y menos grave en las demás posibles hipótesis conforme el artículo 366 inciso final.

C. *Faz subjetiva del delito de abusos sexuales*

El tipo penal requiere de dolo directo y queda excluida la posibilidad de dolo eventual o comisión culposa. El conocimiento de los presupuestos de hecho de cada una de las modalidades de ejecución del abuso supone que el sujeto activo actúe en forma abusiva o no consentida, lo que induce a exigir una intención dirigida a dicho fin. La violencia e intimidación, la prevalencia y, en su caso, el engaño, requieren una voluntad dirigida a la finalidad (la ejecución típica de la conducta) en forma inequívoca y directa.

Cuando se analizó la significación sexual de la conducta, se sostuvo —y se sostiene mayoritariamente— la exigencia de un elemento subjetivo —el ánimo lascivo o libidinoso— diverso del dolo.

En efecto, el contacto corporal propio de un examen médico puede ser objetivamente idéntico a las caricias corporales de una relación afectiva de pareja. Hay diferencias en la percepción subjetiva del sujeto activo que permiten atribuir carácter eminentemente sexual a unas y no a las otras.

La ausencia de criterios objetivos que hagan posible delimitar a cabalidad la conducta incriminada en el delito de abuso sexual ha sido sorteada mediante la incorporación de este elemento subjetivo especial, que atribuiría a la figura su contenido ilícito. El sentido de esta exigencia se vincula a la relevancia sexual del acto que se ejecuta. Adicionalmente, su incorporación permitiría excluir del tipo penal la realización de actos de índole sexual fundados en motivaciones diversas de aquellas que derivan del instinto erótico o lascivo.⁶²⁸

⁶²⁸ Francisco Maldonado sostiene: la tesis cuenta con algunos defectos de identidad. Por una parte no resulta fácil encontrar una sola definición que enuncie el contenido preciso de esta animosidad lasciva, lo que no es más que una demostración de la vaguedad e imprecisión conatural al concepto. En este ámbito quienes intentan precarlo entienden que su concurrencia importa la búsqueda de excitación sexual, lo que opera como móvil o finalidad.

La calificación de la figura por el ánimo del sujeto activo, fundada en el móvil de su actuar, si bien tendría el efecto aparente de excluir la punibilidad de aquellos casos en que su ejecución importe otros fines legítimos, genera en forma colateral efectos indeseables, por ejemplo aquellas conductas que solo tienen por objeto el vejamen o injuria de la víctima.

Considera que ambas finalidades atribuidas a este elemento subjetivo quedan cubiertas —y mejor reguladas— prescindiendo del mismo, siendo suficiente la inclusión de elementos de carácter normativos que complementen a cabalidad los entornos de lo punible (Cfr. Politoff, Matus, Ramírez, pp. 250 y 251).

De otro lado, la consideración en el tipo penal de una animosidad de esta naturaleza implica acreditar la concurrencia de una motivación particular en la psiquis del sujeto activo, con base en que se entraría a definir la aptitud objetiva de la conducta desplegada en expresión de dicha intencionalidad o móvil. No parece adecuado y conveniente entregar a los móviles del sujeto activo la valoración del acto punible. Dicha lógica, llevada a situaciones extremas, puede significar la aplicación de resultados absurdos y contradictorios.

Así, la intencionalidad inherente a la ejecución del acto (dolo) conlleva el conocimiento y voluntad de su significación sexual (definida con fundamento en dicha referencia normativa), de modo tal que mal podría afirmarse que en su ejecución no se está obrando con miras o motivaciones de carácter sexual. Si no concurre dicha motivación, el hecho no será calificado por el agente como un acto de alcance sexual (por ejemplo, al realizarse un examen ginecológico),

D. Sujetos activo y pasivo

No se exige ninguna calificación del sujeto activo, el tipo puede ser ejecutado por cualquier persona, hombre o mujer. Lo mismo sucede con el sujeto pasivo. Sin embargo, tiene importancia que la víctima sea mayor o menor de 14 años, o que tenga más de catorce años pero menos de dieciocho, circunstancias que ya se comentaron.

El hecho de que los intervinientes se encuentren unidos por un vínculo matrimonial o de convivencia ofrece interés, porque el abuso sexual que no constituye afrenta carnal tiene una sanción expresa en el art. 369 inciso final, con la modalidad que se conforma únicamente cuando concurren las circunstancias del artículo 361 N° 1 (fuerza o intimidación), no así las demás alterativas descritas en el art. 366.⁶²⁹

E. Concurso de delitos

No es fácil distinguir entre la comisión tentada de los delitos de violación o de estupro, del delito de abusos sexuales, particularmente cuando la manifestación objetiva de la conducta parece satisfacer claramente las exigencias de punibilidad de ambas figuras; sin embargo, han de recibir una sanción diversa según cuál sea dicha calificación.

Creemos que en la especie es aplicable el principio de consunción, utilizando como referente la valoración de la conducta que ellos representan, por cuanto el principio obliga a hacer primar la figura que comprenda en su disvalor delictivo a la otra, y no la

solucionándose la punibilidad en razón de la desaparición del dolo propio del autor. Si en ese mismo caso la calificación es errada o se distancia de su valoración social, será la teoría del error la llamada a solucionar el caso.

⁶²⁹ Cabe recordar que no se ha considerado la aplicación de esta normativa en caso de comisión con las circunstancias del estupro —ni respecto de este delito— en tanto la víctima que ha mantenido relaciones de cohabitación no puede invocar haber sido engañada o influenciada por su cónyuge o conviviente, dada la relación de intimidad que los vincula.

que parecía abarcar en sus modalidades de ejecución los actos propios de esta última.

En el caso propuesto, el disvalor de acción se encuentra presente en ambos delitos en igual relación de entidad. Mas respecto al disvalor de resultado, la ejecución tentada del delito de violación (o estupro) importa la puesta en peligro del bien jurídico, mientras que la ejecución consumada de los abusos sexuales, su lesión. En tanto coexiste el mismo interés jurídico protegido en las dos figuras, resulta superior el disvalor delictivo del abuso sexual, que abarca la ejecución tentada de violación o estupro.

F. Penalidad del delito de abuso sexual

El Código Penal fue objeto de modificaciones en esta materia. En efecto, la Ley N° 19.927 del año 2004 agravó diversas sanciones correspondientes a los delitos sexuales, entre ellas las que se prescribían para los abusos sexuales, como se indicará a continuación. En todos estos casos el legislador distingue si el abuso consiste en la introducción de objetos de cualquier índole (artículo 365 bis) o de otro orden de actos con significación sexual que no importan acceso carnal. A su vez, diferencia la penalidad según la edad de la víctima.

Si el abuso sexual afecta a una persona menor de catorce años de edad, la pena es de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (artículo 366 bis), salvo en la situación que la acción sexual consista en alguna de las enumeradas en el artículo 365 bis N° 2 (introducción de objetos o utilizare animales), en cuyo caso la sanción es de presidio mayor en cualquiera de sus grados.

Cuando la víctima tiene más de catorce años la sanción es presidio menor en su grado máximo (artículo 366 inc. 1°), a menos que la acción consista en la introducción de objetos o la utilización de animales, en la que la pena es de presidio mayor en su grado mínimo a medio (artículo 365 bis N° 1).

Finalmente, si el afectado es mayor de catorce años pero tiene menos de dieciocho, la pena que corresponde es presidio menor en su grado máximo (artículo 366 inc. 2°); pero, si se trata de la hipótesis a que se refiere el N° 3 del artículo 365 bis (introducción de objetos o utilización de animales), la sanción se agrava, pues va

desde presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

20.6. DELITO DE CORRUPCIÓN DE MENORES

La corrupción de menores, como concepto genérico, es la realización de actos que interfieren en el proceso de formación y desarrollo de la sexualidad de una persona, poniendo en peligro la libertad en su ejercicio futuro.⁶³⁰

A. Análisis general del delito (*modalidades y bien jurídico*)

El contenido de la punibilidad del delito radica en el amparo de la indemnidad sexual de un menor, de su derecho a vivir en normalidad el proceso de desarrollo y conformación de su sexualidad.⁶³¹

Por ejemplo, quien ha sido sometido a prácticas sexuales en forma prematura, demasiado frecuentes, excesivas o complejas, puede ver afectado el proceso de autoconformación de su sexualidad, con posible trascendencia en su pubertad y madurez.

Los antecedentes fundamentales que respaldan este tipo penal son: a) la potencialidad que detentan ciertos actos de relevancia

⁶³⁰ Vives Antón ha caracterizado el bien jurídico de las principales figuras de corrupción de menores precisando aludiendo a este concepto. En una formulación distinta, Díez Ripollés lo radica en el bienestar psíquico de los menores (*Comentarios al Código Penal de 1995*, coordinados por Vives Antón, p. 958).

⁶³¹ Cabe destacar que Muñoz Conde (op. cit., p. 177) critica esta afirmación. Al analizar el bien jurídico protegido —en general— por estos delitos, señala que "En el caso de los menores el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o equilibrio psíquico futuro. Ciertamente que no está comprobado científicamente que ello sea así, e incluso, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia, se dice precisamente lo contrario: que favorece el desarrollo psíquico y una mejor afectividad en las relaciones interpersonales futuras. La verdad es que en esta materia casi nada es seguro y la mayoría de las afirmaciones se basan en el sentimiento, en la propia experiencia personal y otros datos difíciles de explicar y comprender racionalmente".

sexual para incidir en el proceso de formación y consolidación de la sexualidad de una persona, y b) la vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo para su desarrollo, lo que se satisface estableciendo límites de edad dirigidos a regular su madurez sexual.⁶³²

No es importante para la figura delictiva el contenido de la actividad sexual; tampoco que sea ejecutada por la víctima, por el victimario o un tercero, o que haya o no consentimiento.

La carencia de madurez sexual, en cuanto tal, es lo considerado en el delito de corrupción como facultad humana digna de protección. En esta perspectiva la minoridad opera como referente definitorio del carácter ilícito de la conducta, al margen que la voluntad de la víctima sea vulnerable o no sea libre.

En este esquema el concepto "corrupción", expresivo de la idea de "deterioro", "malformación" o "deformación", se refiere al afecto que deriva del ilícito, manifestado en la alteración que se introduce en la conformación de la sexualidad en desarrollo. No es "el acto" el que debe tener carácter "corrupto", sino "la sexualidad del menor" la que debe ser "corrompida" con su ejecución.⁶³³

B. Antecedentes históricos de la figura

Históricamente la corrupción de un menor de edad fue catalogada como una forma genérica de ejercicio del proxenetismo, que consiste en facilitar la realización de actos sexuales prohibidos (lenocinio), cuya noción más representativa se encuentra en el delito de favorecimiento de la prostitución.⁶³⁴ El Código Penal, con ese criterio, incluyó al delito entre aquellos que afectan a la moralidad pública o a las buenas costumbres, considerando como objeto de protección un interés de carácter colectivo, y no el del menor.

Se sancionó la conducta de quien *facilita* que un niño sea so-

⁶³² Según veremos, la punibilidad del hecho requiere en forma adicional de la concurrencia de un elemento subjetivo cuyas particularidades analizaremos más adelante, en atención a su complejidad.

⁶³³ En este mismo sentido, Etcheberry, op. cit., t. IV, p. 75.

⁶³⁴ Si bien la doctrina normalmente distinguió ambas figuras, un análisis exhaustivo de los contenidos atribuidos a ellas permiten definir una relación de género a especie en todos los modelos legales preexistentes (Rodríguez Devesa, op. cit., p. 178).

metido a prácticas sexuales reiterativas, "antinaturales" (diversas a la realización de un coito heterosexual vaginal) o promiscuas —el ejercicio de actos de prostitución— para impedir la gestación de costumbres inmorales.

Esta concepción consideraba objeto de protección penal a la honestidad, concebía la existencia de actos sexuales "prohibidos" de acuerdo a las prescripciones de un criterio determinado de valoración moral, aun cuando su ejecución fuese consentida. Esta fundamentación no considera adecuadamente los efectos que pudieren ocasionar tales actos a la libertad del individuo, o a su salud psíquica.⁶³⁵ Esta posición es en la actualidad incompatible con la estructura que tiene la nueva legislación sobre el tema, criterio que se ha impuesto universalmente en relación a este grupo de delitos.

C. La corrupción de menores en el Código Penal

Esta figura se encontraba descrita en el primitivo texto del Código Penal junto con el delito de favorecimiento a la prostitución, y en el artículo 367.

Esta forma de considerar al delito no fue acertada. Para comprenderlo se debe tener en cuenta que el favorecimiento a la prostitución —como figura delictiva— busca sancionar a quien facilita o promueve (intermedia) la realización de actos de prostitución, ejecutados por un hombre o una mujer con un tercero extraño, en forma consentida. No se sanciona a estos partícipes cuando ejecutan ellos mismos algún acto de prostitución, pero sí a aquel que genera el escenario propicio para su realización. Por eso el legislador exigía para su tipificación que la intermedación se realizara "*para satisfacer los deseos de un tercero*", y que lo hiciera con *habitudinalidad* o "*abuso de confianza*". Ninguna de estas circunstancias justifican que dichos actos se ubiquen en el concepto y objetivos de la "*corrupción de menores*". Por esa razón, la Ley N° 19.617 eliminó el delito de corrupción de menores del

⁶³⁵ Se vincula a la protección de la integridad física del sujeto o de su salud, en tanto una de las motivaciones que han sido aludidas para justificar la punición del proxenetismo radica en la evitación de enfermedades venéreas, siendo un fundamento secundario en todo caso.

artículo 367 del Código Penal, y estableció otras hipótesis delictivas que protegen el desarrollo sexual de los menores de edad (su indemnidad) y que son subsumibles en la noción de corrupción. A su vez, la Ley N° 19.927 (14-I-2004) incorporó nuevas hipótesis delictuales que están explicadas más adelante.

D. Figuras de corrupción de menores (arts. 366 quáter y 367)

El Código Penal establece varias figuras relativas a la corrupción. Entre ellas el delito de exhibicionismo y de provocación sexual (366 quáter inc. 1°). En el artículo 366 quinquies, se contiene una figura especial que sanciona la utilización de un menor de edad en la producción de pornografía.

En el inciso 3° del art. 366 quáter, se describe la realización de actos forzados de exhibición de un mayor de catorce años y menor de dieciocho. Esta figura podría constituir una modalidad de abuso sexual, pero no un acto de corrupción de menores.

El art. 367 describe el favorecimiento de la prostitución infantil, ilícito que sanciona la explotación sexual comercial de personas, y cuyo tratamiento se reserva para el momento en que se analicen las implicancias penales de la prostitución.

20.7. EXHIBICIONISMO (ART. 366 QUÁTER)

La disposición citada tiene el siguiente tenor: "*El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo*".

A. Antecedentes

Este delito consiste en ejecutar actos de relevancia sexual frente a un menor de 14 años, sin que su realización constituya afectación física o contacto de carácter corporal.

La trascendencia penal de estas conductas radicaba, históricamente, en la restricción de la realización pública de actos sexuales; aun cuando no involucraran a la persona o al cuerpo de la víctima (por ejemplo, mediante materiales de tipo pornográfico o elementos de connotado carácter erótico). La conducta originalmente se definió como un atentado a la moralidad o al pudor público, y se consideraba aun hasta hoy como una modalidad del delito de ultrajes públicos a las buenas costumbres.

Sin embargo, la exposición de un acto sexual no sólo tiene relevancia en la protección de un interés de carácter colectivo, sino porque puede afectar el desarrollo sexual de personas que no han alcanzado el dominio y comprensión de tales actos.

La figura ha sido considerada en las legislaciones modernas como lesiva a la indemnidad sexual de los menores, lo que apoya un cambio en sus presupuestos básicos. Esta nueva visión se concreta en la no exigencia de publicidad que primitivamente caracterizaba su punibilidad; el tipo penal se satisface con la presencia del sujeto pasivo (menor de edad) en condiciones de que pueda percibir el acto, aunque esto se haga en privado. El delito busca la protección de la formación y desarrollo erótico de las personas, como presupuesto necesario para la libertad sexual.⁶³⁶ Este es el marco punitivo de las figuras de exhibicionismo y de provocación sexual, diferenciables por la modalidad de la manifestación libidinosa. Mientras el exhibicionismo involucra una actividad corporal, la provocación no requiere una actividad.

B. La conducta prohibida

Consiste —objetivamente— en “*acciones de significación sexual*” realizadas por el autor con su cuerpo frente a una persona menor de 14 años. El sujeto activo debe ejecutar un acto que revista dicho carácter, sabiendo que ese acto está siendo apreciado por un menor de edad (elemento abarcado por el dolo de la figura). El art. 366 quáter enumera varias actividades, pero el “exhibicionismo” comprende sólo la primera, o sea realizar acciones de significación sexual por el agente ante un menor de catorce años.

⁶³⁶ Bustos, *Manual*, p. 131.

El tipo penal comprende una cantidad indeterminada de actos, que consisten en una manifestación activa del agente de contenido o significación sexual.

La acción del actor puede consistir en expresiones corporales o verbales, de un victimario solitario, o de éste y un tercero, o de varias personas (concertados, inconscientes del carácter exhibicionista del acto o simplemente forzados o inducidos a su ejecución); la limitación incide en la exclusión de contacto corporal con la víctima.⁶³⁷ De mediar ese contacto, esas acciones conformarían el delito de abuso sexual o, en su caso, de violación. El consentimiento de la víctima, si llegase a expresarlo, atendida su calidad de menor, carece de eficacia para legitimar la acción.

El delito de exhibicionismo puede consistir en acciones de acceso carnal, tocamientos obscenos, etc., siempre y cuando su realización no importe la intervención corporal de la víctima.

Queda comprendida en la figura de exhibición la intervención del eventual responsable que se limita a disponer medios para que el menor presencie la ejecución de un acto sexual realizado por terceros. Si ha existido concierto entre ese sujeto y alguno de estos terceros, hay coautoría (art. 15 N° 3), en tanto han dividido las funciones requeridas para concretar el tipo penal.

Las exigencias de que el acto revista significación erótica se cumplen si se dan las condiciones señaladas al analizar el delito de abusos sexuales, en especial el art. 366.⁶³⁸

C. Sujetos activo y pasivo

El artículo 366 quáter no señaló exigencias especiales en relación al sujeto activo, en consecuencia puede cometer el delito cualquier persona.

El sujeto pasivo, sin embargo, tiene que ser un menor de 14 años. Es irrelevante para estos efectos demostrar que el menor tenía capacidad de comprensión sexual, porque el legislador ha utilizado un parámetro objetivo, presumir, en forma absoluta, la

⁶³⁷ Puede incluso tratarse de un hecho que dé lugar a la conformación de más de un ilícito, al menos en términos teóricos.

⁶³⁸ Supra párrafo 21.5.B.

incapacidad del menor en ese sentido (la vulnerabilidad de sus facultades sexuales).

Se sanciona a su vez el delito de exhibicionismo cuando el sujeto pasivo es una persona mayor de 14 años, pero menor de 18, siempre que su ejecución vaya acompañada de las circunstancias de prevalimiento o engaño definidas en el delito de estupro o su ejecución se haya dispuesto mediante el uso de fuerza o intimidación. El art. 366 quáter dispone lo antes señalado: "*Con iguales penas se sancionará a quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1° del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363*".

En relación al mayor de catorce años y menor de dieciocho, podría causar sorpresa que la ley lo considere como posible sujeto pasivo de este delito, puesto que los límites de la capacidad de autodeterminación sexual los estableció el legislador con criterio cronológico (más de 14 años de edad). Puede afirmarse que bajo esa edad es inútil justificar la concurrencia real de una posible capacidad, aun cuando en el hecho existiese. Sin embargo, ese principio no trae como consecuencia que por sobre esa edad la presunción se invierta en términos absolutos, la ley penal en determinadas condiciones otorga la posibilidad de acreditar la falta de capacidad de autodeterminación sexual. Esa situación se presenta cuando concurren las modalidades de intimidación descritas en el art. 361 N° 1, o las circunstancias necesarias para la comisión del delito de estupro señaladas en el art. 363.

D. Delito de peligro

El legislador no exige la real lesión del bien jurídico amparado por estas figuras, no requiere que se haya afectado la indemnidad sexual del menor involucrado. Es suficiente la ejecución del acto con la subjetividad requerida para que el delito se consume, porque es un delito de peligro, lo que descarta la posibilidad de frustración.

E. Faz subjetiva

Es necesario el dolo directo para que se conforme el delito, el dolo eventual y la culpa están excluidos.

Adicionalmente, se exige un elemento subjetivo del injusto (de tendencia interna trascendente), definido en esta figura tradicionalmente como un móvil o ánimo de carácter libidinoso.

La exigencia de dicho ánimo, en los términos expuestos, se establece en la descripción típica, "para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro". Pero no se requiere para la consumación del delito que objetivamente dicha excitación se haya producido, basta que aspire a procurar ese estado anímico.

Quedan excluidos, por consiguiente, los actos materiales de exhibición realizados con fines diversos a la excitación sexual del agente o de terceros, como aquellos que tienen fines terapéuticos, científicos, jocosos o injuriosos (finalidad vejatoria).⁶³⁹

Hay que descartar la punición del delito si concurre dolo eventual. El delito exige un ánimo subjetivo diverso del dolo, que no podría hacerse presente si la animosidad del sujeto no se orienta en forma directa hacia la realización de cada uno de los elementos que componen el tipo objetivo.

F. Penalidad del exhibicionismo

La sanción del delito, al margen de la modalidad de ejecución que se emplee o de la edad de la víctima, es presidio menor en su grado medio a máximo, según el inciso primero del art. 366 quáter.

20.8. PROVOCACIÓN SEXUAL (ART. 366 QUÁTER, INCISO 1°)

El precepto, en cuanto interesa, señala lo siguiente: "*El que, sin realizar una acción sexual en los términos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realice acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o*

⁶³⁹ Muñoz Conde, op. cit., p. 183.

*escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo.*⁶⁴¹

A. Antecedentes generales

La provocación sexual —o sea, hacer ver o escuchar material o presenciar espectáculos pornográficos— detenta un sustrato común con el delito de exhibición sexual. Su especificidad se da por el medio que manifiesta la representación sexual, no involucra ejecución de una acción corporal humana directa para ser percibida por la víctima, sino su exposición ante elementos, objetos, sonidos o medios de expresión sensorial que detentan aptitud o relevancia sexual.

Se requiere que el acto de relevancia sexual se manifieste a través de un medio u objeto caracterizado como "pornográfico", que al ser exhibido o puesto a disposición de menores de edad puede llegar a afectar su desarrollo sexual. Antes de analizar el contenido de la figura reglada en el art. 366 quáter, se precisará el concepto de pornografía, que ha sido objeto de múltiples críticas por su indeterminación.⁶⁴²

Los delitos vinculados a la pornografía —al igual que los actos de exhibición o provocación sexual— conforman un grupo de figuras delictivas que exceden el marco de protección penal de interés individual. El amparo de intereses colectivos, como la moralidad o el pudor público, reclaman un espacio de consideración especial en una serie de figuras que involucran la utilización de medios de carácter pornográfico.

B. Conceptos de pornografía

La pornografía es una calificación de ciertos objetos, elementos o manifestaciones visuales o auditivos, que tienen naturaleza libidinosa (debe constituir una grosera expresión de dicho carácter)

⁶⁴⁰ En Muñoz Conde es posible apreciar una desconfianza natural a conceptos como el de la pornografía, calificados directamente como "manoscritos y escasamente definidos". Se afirma que ello normalmente redundaría en una relajación de las exigencias de determinación legal que pesan sobre las descripciones penales (op. cit., p. 200).



y al mismo tiempo carecen de valor artístico, literario, científico o educativo.⁶⁴¹

El desarrollo de la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema norteamericana ha sido tradicionalmente seguido para arribar a esta definición. De ese concepto se desprende la exigencia de que el acto en su conjunto aparezca caracterizado por un interés libidinoso; que además sea potencialmente ofensivo respecto de terceros (esto debe ser evaluado con criterio objetivo, tomado de las concepciones sociales) y debe encontrarse desprovisto de valor social para algún fin científico o artístico.⁶⁴²

Además, esos objetos o manifestaciones han de tender a que el contenido libidinoso que detenta trascienda hacia quienes lo perciben, lo ven o escuchan.

El legislador utiliza conceptos alternativos para referirse a la pornografía, en la mayoría de los casos hace enunciaciones ejemplares. Por ejemplo se suelen emplear expresiones como "obscenidad", "impudicia" y "afectación de la moralidad" o de las "buenas costumbres". En la época de redacción del Código no se había consensuado un concepto sobre su alcance o sentido, comúnmente se utilizaban referencias indeterminadas como las precitadas.⁶⁴³

"Lo obsceno" siempre fue interpretado como algo impúdico, ofensivo del pudor, relevante penalmente en tanto constituía una ofensa torpe, grosera y repugnante. Se exige que el atentado sea intenso y grave para ser calificado de obsceno, que es un sinónimo del concepto de pornografía.

20.9. EL TIPO Y LOS SUJETOS EN LA PROVOCACIÓN SEXUAL

A. El tipo objetivo

El delito sanciona la conducta que consiste en hacer ver o escuchar materiales de carácter pornográfico, hacer presenciar espectáculos del mismo carácter a menores de 14 años.

⁶⁴¹ Cobo, op. cit., p. 186.

⁶⁴² Vid. Cobo, op. cit., pp. 613 y 614.

⁶⁴³ Las normas introducidas en el año 1999 por la Ley N° 19.617 son las que tienen referencias al concepto de pornografía.



La acción ("hacer ver o escuchar") consiste en realizar actos destinados a que un menor de catorce años perciba visual o auditivamente materiales pornográficos. Han de ser acciones directas tendientes a determinar o forzar a la víctima a observar o escuchar producciones visuales o auditivas de carácter pornográfico; aun puede emplearse la coacción o la fuerza física, que son modalidades abarcadas por el delito. También la conducta puede consistir en hacer presenciar al menor espectáculos pornográficos.

Si bien la conducta es un acto de forzamiento o coacción que se ejerce sobre el sujeto pasivo, ello es insuficiente para afirmar que es un atentado a la libertad sexual, por cuanto la exhibición sexual resulta ajena a la conducta de la víctima, quien actúa es el victimario disponiendo medios de carácter pornográfico. La exposición de mensajes de connotación sexual a que se somete al menor es el elemento característico que permite atribuirle trascendencia penal, lo que se vincula con la protección de la indemnidad sexual, el proceso de desarrollo y conformación de la capacidad de autodeterminación. Si la misma conducta se lleva a cabo con quien tiene capacidad sexual (mayor de catorce años), constituye coacción simple, ese hecho carece de relevancia que permita diferenciarlo de otro tipo de actos forzados.

Los materiales empleados pueden ser de cualquier clase, siempre que tengan una expresión sexual perceptible por los oídos o los ojos. Deben satisfacer las características propias de una muestra pornográfica, cuyas particularidades ya se analizaron.⁶⁴⁴

En efecto, por pornografía ha de entenderse aquellos objetos o manifestaciones visuales o auditivas que tienen un carácter lascivo, y carecen de un sentido artístico, educativo o literario. Normalmente son de índole obscena o grosera, aunque siempre libidinosos y persiguen que aquellos que los vean o escuchen se sientan influenciados en el mismo sentido erótico. La exposición de los medios pornográficos puede ser realizada por el propio agente, puede preexistir, y ser aprovechada por éste, o puede ser encomendada a un tercero, el que pasa a constituirse en coautor.

⁶⁴⁴ Supra párrafo 21.8.B.

B. Sujeto pasivo

Como especie de corrupción de menores, el delito exige un sujeto pasivo especial: un menor de edad, vulnerable en su indemnidad sexual.

En todo caso, corresponde hacer distinción entre el menor de catorce años y de aquel que tiene más de esa edad pero es menor de dieciocho. Tal como se observó en el párrafo 21.7.C, tanto uno como otro puede ser objeto pasivo del delito de provocación sexual, pero en la hipótesis del mayor de catorce años y menor de dieciocho para que sea típico el hecho debe concurrir cualquiera de las circunstancias del artículo 361 N° 1 o del artículo 363, en otros términos fuerza o intimidación, o abuso de la perturbación mental del menor, de su situación de dependencia, desamparo o de su inexperiencia sexual. La diferencia de edad del menor no ofrece importancia para efectos de la sanción que debe imponerse al sujeto activo, siempre es presidio menor en su grado máximo.

C. Faz subjetiva

Es aplicable a este delito lo comentado a propósito del delito de exhibicionismo en el aspecto subjetivo. En consecuencia, es necesaria -al igual que en aquel delito- la concurrencia de dolo directo y de un elemento subjetivo especial, el ánimo lascivo. El artículo 366 quáter requiere del elemento subjetivo -para procurar su excitación sexual o la excitación sexual del otro- de modo que el dolo eventual queda descartado.

20.10. QUE EL MENOR REALICE ACTOS DE SIGNIFICACIÓN SEXUAL
(ART. 366 QUÁTER INCISO 2°)

A. Comentarios generales

Entre los delitos de corrupción de menores el legislador desarrolla una hipótesis que consiste en hacer que el menor realice actos de significación sexual delante del agente o de un tercero, con miras a procurar la excitación sexual propia o la de este último.

La conducta requiere participación activa de la víctima, que es compelida a la ejecución del acto. Si bien esa conducta afecta potencialmente la indemnidad sexual de la víctima, existe otro elemento que en definitiva define la figura, que consiste en la coacción que se ejerce sobre el menor.

En el centro del tipo se encontraría el quebrantamiento de la indemnidad sexual, porque los menores no cuentan con la posibilidad de consentir la realización de actos de esta naturaleza. El delito sería una forma de abuso sexual, más que una modalidad de corrupción de menores.⁶⁴⁵

Llama la atención que no se consideró la punición de la conducta aun cuando la víctima fuera mayor de edad, cuando concurre alguno de los supuestos que evidencian su falta de voluntad, precisados en los delitos de violación y estupro. Por ejemplo, obligar a alguien a desvestirse frente a terceros y realizar movimientos lascivos, con la amenaza de dispararle. En el sistema vigente esas conductas se sancionan como una modalidad de coacción, que constituye una falta en nuestro ordenamiento, a pesar de tener relevancia sexual tanto o más lesiva que el sometimiento breve a caricias sexuales.

B. El comportamiento prohibido en la realización de actos de significación sexual

El acto consiste en intervenir la voluntad del sujeto pasivo para condicionarlo a realizar actos de significación sexual frente al victimario o a terceros (art. 366 quáter, inc. 2°).

La modalidad o caracteres que adopte el conjunto de acciones dirigidas a determinar al sujeto pasivo pueden ser de cualquier naturaleza, sea que corresponda a una gestión de convencimiento, forzamiento directo (coactivo), seducción, condicionamiento, prevalimiento, engaño, etc., pero si se ejecuta sobre una persona mayor de 14 años y menor de 18 sólo deberá manifestarse con alguna de las modalidades de prevalimiento o forzamiento descritas en el artículo 366 inciso final, esto es, las enunciadas en el N° 1 del art. 361 y en el artículo 363 quáter.

⁶⁴⁵ Sobre un ejemplo absolutamente similar Bustos señala que hay un delito de coacción subsumido, que en verdad debió constituir una agravación, pues hay un desvalor diferente y autónomo (*Manual*, p. 130).



La conducta de exhibición del menor puede ser realizada frente al propio agente o ante un tercero, en este último caso la presencia o ausencia del primero de ellos carece de importancia.

Las condiciones de la naturaleza o significación sexual del acto y de la fase subjetiva, son las mismas que se describieron al analizar el delito de exhibicionismo, de modo que se dan por reproducidas.⁶⁴⁶

C. Sujeto pasivo en el delito de realización de actos de significación sexual

Sólo pueden ser víctimas en esta figura penal los menores de edad, como sucede con los demás delitos descritos en el inciso primero del artículo 366 quáter. En las hipótesis en que son sujetos pasivos los menores de 14 años, se sanciona la conducta sin necesidad de que concurren circunstancias adicionales, como la fuerza, intimidación, prevalimiento o el engaño, que se exigen únicamente si la víctima tiene más de esa edad y menos de dieciocho años (art. 366 quáter, inciso final).

20.11. UTILIZACIÓN DEL MENOR EN LA PRODUCCIÓN DE MATERIAL PORNOGRÁFICO (ART. 366 QUINQUES)

La disposición expresa: "*El que participe en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo*". El tipo descrito amplió el ámbito del comportamiento prohibido, al compararlo con la figura que existía con anterioridad al año 2004, cambiando el verbo rector que lo caracterizaba, pues la primitiva disposición aludía al que *empleare* a un menor, y la vigente se refiere al que *hiciera participar* a un menor y extendió su edad a dieciocho años.

⁶⁴⁶ Supra parrafo 21.7.B. y siguientes.



A. Comentarios generales

El tratamiento penal de la pornografía se vincula generalmente con su difusión, en tanto las figuras básicas del Código Penal se crearon teniendo en consideración la moralidad o pudor público.⁶⁴⁷

Con el objeto de proteger intereses individuales, la pornografía ha sido reprimida respecto de su exhibición a menores de edad, en el delito de provocación sexual en el Código Penal. El delito de producción pornográfica no ha considerado la ejecución pública como un elemento de interés para la caracterización de esta conducta delictiva, limitada a la producción o a la distribución de pornografía. Tampoco pareciera haberse considerado la exposición de esos materiales para su percepción visual o auditiva por menores de edad.

El objeto de la incriminación no radica en el contenido del material en sí, o en las acciones ejecutadas con éste, sino en las fases propias de su producción o elaboración.

B. Tipo objetivo

B.1. La conducta sancionada

Lo prohibido es la participación con menores de 18 años de edad en la producción de materiales pornográficos, con fundamento en la protección de su indemnidad sexual, que puede resultar afectada por esa utilización.⁶⁴⁸

El verbo "participar" empleado se refiere al proceso de producción del material pornográfico, importa que el menor intervenga de cualquier forma en el proceso, sea interviniendo en actos de relevancia sexual que involucren su incorporación al contexto de ejecución de actos sexuales, con posibilidad

⁶⁴⁷ Se sanciona su distribución, y sólo por extensión la producción de materiales pornográficos cuando ha sido realizada para fines de distribución.

⁶⁴⁸ Se ha entendido que participar con un menor de 18 años en actos propios de un proceso de producción de material pornográfico es una noción más amplia que "utilizar" que primitivamente empleaba el Código Penal.



de una participación activa o meramente pasiva, o de alguna otra manera, la noción "participar" ha de entenderse con amplitud.

El artículo 366 quinquies, en su inciso segundo, para evitar equívocos, precisa lo que para estos efectos debe entenderse como material pornográfico, al señalar que lo es "*toda representación de éstos (los menores de dieciocho años) dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales*".

B.2. Sujeto activo

Comete el delito quien participa con un menor, noción que comprende a todos y cada uno de quienes intervienen en el proceso de producción, siempre que tengan conocimiento de su intervención. La naturaleza de la participación (autor, cómplice) puede variar según el caso. El tipo penal exige que el participante actúe con dolo directo, o sea necesariamente deba tener conocimiento de que interviene con un menor en el proceso de producción.

B.3. Sujeto pasivo

En este delito el legislador modificó el criterio que había tenido en otros tipos penales respecto al sujeto pasivo. No hizo distinción entre si tenía o no más de catorce años, como lo hizo en el delito sancionado en el artículo 366 quáter. En esta figura—producción de material pornográfico—comprendió a todo menor de dieciocho años, sin que tuviera relevancia la circunstancia de cómo intervino en la producción del material, vale decir en forma voluntaria o sin esa voluntad.

B.4. Concursos

Si la intervención del menor involucra la ejecución material de acciones de relevancia sexual, el hecho es punible a título de violación, estupro o abuso sexual, según la naturaleza del acto. Si importa la ejecución de actos de exhibición frente a terceros, será subsumible en la figura que acabamos de analizar (exhibición



de un menor de edad).⁶⁴⁹ Cuando la intervención del menor es pasiva, se puede penalizar el hecho como delito de exhibicionismo o de provocación sexual.⁶⁵⁰

B.5. Penalidad del delito

La sanción que se impone al delito de producción de material pornográfico —conforme lo dispone el artículo 366 quiniés— tiene un solo grado: presidio menor en su grado máximo. Podría merecer reserva la cuantía de la sanción al compararla con las impuestas en el artículo 366 quáter —exhibición, provocación sexual— que son de naturaleza semejante, aunque la gravedad de estas últimas figuras ameritaría diferenciarlas en su represión. Por otra parte, en el artículo 366 quáter la sanción se regula según se trate de una persona menor de catorce años o de un mayor de esa edad, lo que no sucede en la producción de material pornográfico.

20.11 bis. COMERCIALIZACIÓN, ADQUISICIÓN O ALMACENAMIENTO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO INFANTIL

Ante la inquietud social que se ha constatado en relación a la pornografía, particularmente con la vinculada con los menores, el legislador creó nuevos tipos penales, como la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil, ubicándolo entre aquellos que se refieren al ultraje público y a las buenas costumbres, lo que lleva a inferir que se consideró que no tenían un parentesco directo con los que protegen el bien jurídico de aquellos que reprimen la corrupción de menores. Este nuevo delito está descrito en el artículo 374 bis, cuyo tenor es el siguiente:

"El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba

⁶⁴⁹ La exigencia del ánimo lúbrico se comprende en el elemento de trascendencia inherente al material pornográfico.

⁶⁵⁰ Francisco Maldonado estima que en este marco la figura aparece claramente inútil, porque la totalidad de las manifestaciones que pueden involucrar su comisión ya se encuentran abarcadas en las demás formas comisivas de los delitos enunciados, generando su creación problemas de concurso aparente de leyes.

material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio o máximo.

El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio."

La ubicación de estos delitos hacen inferir que el material pornográfico no constituiría, de modo general, los atentados a las buenas costumbres sancionados en los artículos 373 y 374, salvo cuando en su elaboración se haya utilizado a menores.

En el artículo 374 bis se plantean dos hipótesis distintas referentes al material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, en el inciso primero se alude a su comercialización, introducción, exportación, difusión y exhibición, a la que impone una sanción más rigurosa que a la segunda hipótesis, la del inciso segundo, esto es, la adquisición o almacenamiento del referido material.

El tipo subjetivo de ambas modalidades exige dolo, pero no deja de ser curioso que sólo en la alternativa del almacenamiento y adquisición se exige el directo, o sea, el conocimiento cierto al momento de incurrir en tales comportamientos de que en la elaboración de los mismos se ha utilizado a menores de edad, pues empleó el término "maliciosamente"; en tanto que tratándose de la comercialización, exportación y demás conductas semejantes, no hace tal exigencia. No obstante, la circunstancia de que es la utilización de menores en la confección del material lo que en este caso otorga gravedad a la conducta, es fundamental que el sujeto activo haya tenido conocimiento de tal circunstancia al momento de incurrir en las acciones prohibidas.

El artículo 374 ter complementa los tipos penales en referencia, pues reconociendo los adelantos tecnológicos, precisa que se entienden cometidos en Chile "cuando se realicen a través de un sistema de telecomunicaciones al que se tenga acceso desde territorio nacional". Estos preceptos corresponde vincularlos con el artículo 6° N° 10 del Código Orgánico de Tribunales, que amplía la competencia de los tribunales chilenos a estos delitos, cuando habiéndose cometido fuera del territorio nacional, los menores utilizados en la elaboración del material hayan sido chilenos.

20.12. DELITOS SOBRE LA PROSTITUCIÓN

A. *Concepto de prostitución*

La prostitución no ha sido tipificada como delito en nuestro país, está permitida e incluso reglamentada por el ordenamiento jurídico.⁶⁵¹ El artículo 41 del Código Sanitario, en su inciso primero, dispone que debe llevarse la estadística sanitaria de las personas que se dedican a la prostitución, a quienes prohíbe que se agrupen en prostíbulos o casas de tolerancia. Esa norma se complementa con el reglamento sobre enfermedades de transmisión sexual (D.S. N° 362 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial el 7 de mayo de 1984), que en sus artículos 12 y siguientes se ocupa de la materia y encomienda el control de tales actividades a Carabineros y al Servicio de Salud.

La prostitución puede definirse como la entrega sexual de una persona —hombre o mujer— a cambio de un precio.⁶⁵² No parece necesaria la habitualidad del ejercicio sexual pagado, la característica básica de la prostitución es la fijación de un precio,⁶⁵³ en lo que concuerda Labatut, que entiende por prostitución —siguiendo a Samuel Gajardo— “el comercio sexual ejercido públicamente por la mujer con el propósito de lucro”.⁶⁵⁴

No obstante hay autores que incorporan el elemento habitualidad como necesario, y algunos lo limitan a la mujer.⁶⁵⁵ El ejercicio de esta actividad no queda reducido a la mujer, como se desprende del concepto señalado al iniciar este párrafo —o sea, la entrega sexual de una persona por precio— puede también ser

⁶⁵¹ Cfr. Del Río, op. cit., p. 500.

⁶⁵² E. Orts, op. cit., p. 661; Bajo Fernández, op. cit., p. 258.

⁶⁵³ La noción que Echeberry ofrece sobre la prostitución parece ser demasiado amplia y por ello ambigua: “radica en que haya un trato sexual frecuente, en el cual importe más el acceso carnal mismo o el lucro que con él se obtiene, que la consideración a la persona con quien se realiza” (op. cit., t. IV, p. 73).

⁶⁵⁴ Labatut, op. cit., p. 158.

⁶⁵⁵ Manuel Angel González sostiene que es prostituta la mujer que, mediante un precio, se entrega a quien la solicita. El ejercicio de tal actividad, realizado habitualmente, es constitutivo de lo que denominamos prostitución (op. cit., p. 75). Por nuestra parte, discentimos de este criterio, porque la noción de prostitución del Código Penal no restringe su alcance sólo a las mujeres.

desarrollada por el hombre; el artículo 367 que regula el favorecimiento a la prostitución no alude específicamente a la prostitución femenina, de modo que queda comprendida la del varón que desgraciadamente va en aumento en esta época.⁶⁵⁶

B. *Promoción de la prostitución infantil*

El precepto legal expresa: “El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.”

Si concurren habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales”.

B.1. Bien jurídico

El Código Penal sanciona una conducta vinculada con la prostitución, pero no la actividad misma. El sistema nacional ha preferido no seguir el camino prohibicionista, se limita a controlar el ejercicio de la prostitución y sancionar a los terceros que se dedican a promoverla o facilitarla,⁶⁵⁷ cuando se realiza con menores de edad. Dichos comportamientos importan determinar a un menor a la ejecución promiscua o reiterada de actos sexuales, condicionados generalmente por una situación de abuso o prevalencia. Estos comportamientos afectan potencialmente a su indemnidad sexual.⁶⁵⁸

Algunos autores han sostenido que el bien jurídico protegido por este delito es la *moral sexual colectiva*,⁶⁵⁹ que constituye un atentado contra la libertad sexual, en tanto afecta a personas que motivadas por el lucro son usadas para satisfacer los deseos

⁶⁵⁶ Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 234.

⁶⁵⁷ Por ello la prohibición de la existencia de lenocinos.

⁶⁵⁸ Cfr. Echeberry, op. cit., p. 73.

⁶⁵⁹ Muñoz Conde, op. cit., p. 365; Bajo Fernández y Díaz-Maroto, op. cit., p. 259.

sexuales de otras.⁶⁶⁰ Pero la intermediación dirigida a facilitar la ejecución promiscua de la actividad sexual, amerita reproche penal únicamente cuando afecta la indemnidad sexual del menor; no radica, por consiguiente, en el abuso o en la finalidad lucrativa que moviliza al sujeto activo.

B.2. Límites de la conducta incriminada

El tipo penal es de mera actividad, porque no requiere de resultado, y es de hipótesis múltiple, porque reconoce dos clases de actividades prohibidas: la de *promover* y la de *facilitar* la prostitución de un menor de edad.

Ambos verbos suponen la participación en un acto de carácter sexual ejecutado por terceros, de intervención o cooperación en un hecho ajeno. Así, "promoción" equivale a una actividad de fomentar, mientras que "facilitar" importa cooperación, en un símil al concepto natural de la complicitad.⁶⁶¹

"Promover", por lo tanto, es inducir o inclinar a otros a dedicarse al comercio sexual, y "facilitar" es posibilitar el ejercicio de la prostitución, como sería proporcionar los medios para ese efecto (rufianismo, proxenetismo, alcahuetería).

La actitud pasiva de los padres o guardadores respecto del comercio sexual de sus hijos o pupilos o del marido respecto de la conducta de su mujer, no alcanza a constituir este tipo penal. En otros términos, no procede la comisión por omisión, aunque esta afirmación ha sido controvertida, si bien con argumentos no convincentes. En efecto, el tipo penal es categórico en cuanto alude a comportamientos activos, como son los de promover o facilitar, y lo sancionado es esa forma de operar, no el resultado o efecto de que una persona se prostituya.⁶⁶²

La conducta de promoción o facilitación que realiza el agente para ser típica debe cumplir con cualquiera de estas dos condiciones, que son alternativas: *habitualidad* o *abuso de autoridad o confianza*.

⁶⁶⁰ En este sentido piensan autores como Rodríguez Ramos, op. cit., p. 236.

⁶⁶¹ Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., p. 228.

⁶⁶² En nuestro país Manuel Ángel González sostiene que es posible la conducta omisiva en este delito (op. cit., p. 114).



La *habitualidad* exige una reiteración de actos de promoción o facilitación, por lo menos más de uno, sea en relación a una única persona que se prostituye o a distintas, lo que revela a su vez en el agente una inclinación o tendencia a la realización de tales actos. Parte de la doctrina estima que se requiere una pluralidad amplia de actos, y algunos llegan a identificar la habitualidad con la *costumbre* de obrar en esa forma. En todo caso, los conceptos involucran un elemento objetivo, referido a la reiteración material, y uno de carácter subjetivo: la tendencia o inclinación del agente.

Abusar de la autoridad o confianza significa prevalecer en alguna forma, o aprovecharse de la situación que tiene aquel que posee autoridad sobre el menor (el padre o madre, el tutor, el maestro, entre otros) o la relación de confianza que media entre el agente y ese menor (el empleado doméstico, el amigo íntimo) para inducirlo a facilitarle la actividad sexual ilícita.

B.3. Faz subjetiva de la promoción de la prostitución

El tipo subjetivo supone dolo directo y no admite culpa. El dolo eventual se excluye en razón a las exigencias que derivan de las modalidades que deben caracterizar a las conductas incriminadas, relativas a la habitualidad y al actuar prevalente. Ambos caracteres requieren de una voluntad resuelta, dirigida hacia la realización de los actos de prostitución.

El sujeto activo ha de actuar con el móvil de satisfacer los deseos de otro, lo que constituye un elemento subjetivo de tendencia trascendente. No es necesario, entonces, que se cumpla ese objetivo para que se consuma el delito, el tipo penal se satisface por el hecho de que el sujeto obre en ese sentido. Si el móvil del sujeto activo era el de satisfacer sus propios deseos, no se da el tipo subjetivo necesario, un comportamiento de esa naturaleza podría constituir el delito de violación o esupro.

B.4. Sujetos activo y pasivo

El sujeto activo puede ser cualquiera persona, un hombre o una mujer. El sujeto pasivo, o sea la persona que se prostituye, necesariamente debe ser *menor de dieciocho años de edad*.



Se presentan dudas si constituye delito promover o facilitar la prostitución de un menor ya prostituido. A pesar de los reparos que tal alternativa puede ofrecer, se debe aceptar dicha hipótesis, porque en la legislación nacional no hay distinción al respecto. Además no es la conducta disipada del menor lo que se castiga, sino la del tercero mayor que la promueve o facilita con el móvil de satisfacer los deseos de otro. Por consiguiente, la circunstancia de que el menor esté o no prostituido no presenta -para estos efectos- importancia.

B.5. *Iter criminis*

El delito de promoción de la prostitución de un menor de edad puede darse sólo en la fase de consumación, porque requiere de una mera actividad; hay que descartar la posibilidad de frustración y de tentativa.⁶⁶³

B.6. Penalidad del delito

La pena que corresponde a este delito es de presidio menor en su grado máximo, salvo que concurra en su comisión alguna de las circunstancias mencionadas en el inciso segundo del artículo 367 -habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño-, hipótesis que corresponde a presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

B.7. Obtención de servicios sexuales

El artículo 367 ter castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo al que "a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro".

⁶⁶³ Sostiene que es un delito de resultados Luis Rodríguez, de consiguiente, piensa que puede darse la hipótesis de tentativa y frustración (op. cit. p. 234).

Este delito prohíbe comportamientos que vienen a lesionar la indemnidad sexual de los adolescentes, que aceptan satisfacer deseos sexuales de otro voluntariamente y motivados por el lucro, sin que concurran las circunstancias del delito de violación (artículo 361) y estupro (artículo 363). El sujeto activo es el individuo que ofreciendo dinero obtiene el consentimiento del mayor de catorce y menor de dieciocho años, que es el sujeto pasivo, pero sólo se castiga al primero y no así al segundo, cuyo dolo debe incluir el conocimiento de la minoridad de edad de este último.

C. *Trata de blancas (facilitar la entrada o salida del país para ejercer la prostitución)*

C.1. Conceptos generales

Esta figura penal es de reciente creación. La Ley N° 19.409, de 7 de septiembre de 1995, la incorporó al Código Penal con el nuevo art. 367 bis, disposición que fue modificada a su vez por la Ley N° 19.927, y que expresa: "El que *promoviere o facilitare la entrada o salida* de personas del país para que éstas *ejercen la prostitución* en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:

1. Si la víctima es menor de edad.
2. Si se ejerce *violencia o intimidación*.
3. Si el agente actúa *mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza*.
4. Si el autor fuere *ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima*.
5. Si el agente se vale del estado de *desamparo económico de la víctima*.
6. Si existe *habitualidad* en la conducta del agente".

Esta disposición mantiene la tendencia del legislador a crear delitos de peligro, en la especie vinculados a la prostitución. Se hace referencia a la actividad que se denomina "trata de blancas",



con sentido más amplio, porque no distingue en cuanto al sexo de la víctima. Las expresiones que emplean han sido precisadas en su alcance al comentar el delito de promoción de la prostitución, entre ellas las de "promover" o "facilitar" y la noción de lo que se entiende por actos de prostitución, las que se dan por reproducidas en este párrafo.⁶⁶⁴

El *tipo objetivo* está conformado por las conductas de *facilitar* o *promover la entrada o salida* del país de personas, estas conductas son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el delito requiere. Cualquiera actividades en el sentido indicado —criterio cuestionable por su amplitud—, tales como reclutar personas para tal efecto, publicitar la referida posibilidad, obtener los pasajes para el viaje, los pasaportes o autorizaciones y otras análogas, quedan comprendidas en los verbos rectores. El hecho se consuma con la simple realización de la actividad prohibida, no se exige que las víctimas realmente salgan o entren al país para que el tipo se dé, porque es un delito de *mera actividad*, como tal no requiere resultado.

La disposición no aclara lo que ha de entenderse por salir del país o por entrar en él, no precisa el momento o circunstancias en que debe entenderse que ese hecho sucede. Aparte de lo señalado, se debe recordar que desde una perspectiva material es suficiente con el acto de *promover* o *facilitar* la salida de personas desde el territorio nacional,⁶⁶⁵ o su introducción desde fuera del país, sin que ofrezcan interés las modalidades que se empleen para esos efectos; lo que confiere connotación típica a la conducta es el móvil del agente en tal sentido. Asimismo es irrelevante la mayor o menor permanencia de las personas a quienes se promueve para la prostitución, como también es indiferente si la entrada o salida del territorio se realiza para radicarse o para permanecer sólo temporalmente en el otro país.

El artículo se refiere a la entrada o salida de *personas*, lo que inclina a pensar que debe tratarse de más de una, aunque no es necesario que deban hacerlo simultáneamente.

⁶⁶⁴ Supra párrafo 21.12.B.2.

⁶⁶⁵ Territorio nacional es el ámbito precisado en el capítulo en que se analizó la aplicación de la ley penal, y comprende el terrestre, marítimo y aéreo (t. I, párrafos 9.I y II).

C.2. El tipo subjetivo

El *tipo subjetivo* supone dolo directo, conocimiento y voluntad de que entren o salgan personas del país. Como se trata de una figura de *tendencia trascendente*, exige además un elemento subjetivo: el *móvil* del agente debe ser que las personas de que se trata ejerzan la prostitución, se dediquen al comercio sexual. No se exige que el propósito se concrete, es suficiente que el agente lo tenga cuando facilita o promueve la entrada o salida.

C.3. Sujetos activo y pasivo

Esta figura es un delito común, de modo que el *sujeto activo* puede ser cualquier persona, hombre o mujer, mayor o menor de edad, lo mismo sucede con el *sujeto pasivo*, cuyo consentimiento no es necesario, se puede obrar en contra de su voluntad.

C.4. Calificantes

Este delito cuenta con formas calificadas de comisión, expresadas en la concurrencia de una o más de las seis circunstancias que enumera la disposición transcrita, a saber, la menor edad de la víctima (menor de dieciocho años cumplidos): si siendo mayor, el agente emplea violencia o intimidación, engaño, abuso de confianza o autoridad; si está unido por la vinculación parental señalada en el N° 4, o es curador o encargado de la educación de la víctima, si es su cónyuge o conviviente o se prevale de su desamparo económico. También se califica el delito si el sujeto *activo habitualmente* incurre en esas conductas.

No deja de sorprender el casuismo reiterado del legislador en esta materia y resulta dudoso que se haga referencia a medios de comisión como la fuerza, la intimidación o en el engaño, pues su empleo necesariamente debe vincularse con el sujeto pasivo, lo que parece inadecuado, porque en esta oportunidad no se sanciona la conducta de obligar a que un tercero se prostituya, sino la de promover o facilitar su entrada o salida del país; si se hiciera referencia al transporte impuesto por la fuerza o el engaño, podría darse la figura de secuestro.

No parece que los medios engañosos, abusivos o violentos se refieran a los medios empleados por el agente sobre terceros para facilitar o promover la entrada o salida, porque normalmente ellos conformarán otra clase de delitos. La habitualidad se explicó cuando se trató la promoción de corrupción de menores, y el desamparo económico no debe identificarse con la carencia total de recursos financieros de la víctima, suficiente es un estado de inseguridad de recursos o de permanente pobreza.

C.5. Penalidad del delito

La sanción del delito varía según se trata de una figura *simple* o de una *calificada*. El delito simple se castiga con presidio menor en su grado máximo y multa; el calificado, con una pena evidentemente excesiva, presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa (o sea la señalada por el art. 367 a la promoción de la prostitución).

20.13. FIGURAS ADICIONALES

El Código Penal mantiene la vigencia de dos tipos penales que quiebran la sistemática que se ha expuesto al tratar los delitos vinculados al ejercicio sexual individual, como son la sodomía y el incesto. Ambas figuras constituyen limitaciones al ejercicio sexual libre y voluntario, extensivo incluso en uno de ellos a su ejecución por personas mayores de edad y plenamente capaces, que escapan por completo del sustrato básico que se ha defendido como causal de atipicidad de estos delitos: la libertad de autodeterminación sexual. Esto explica que en la sodomía el criterio seguido por el legislador para definir la figura es impedir la corrupción de menores de edad, y no otro.

20.14. LA SODOMÍA (ART. 365)

En lo esencial, el delito sanciona el ejercicio consentido de conductas de carácter homosexual. Históricamente se intentó por esta vía proscribir los actos que comprenden la ejecución de una

cópula sexual entre dos varones,⁶⁶⁶ para amparar la moral sexual, según se explicó en su oportunidad, la que se situó en la protección de la honestidad y en el orden de las familias, referente esencial en los llamados "*delitos sexuales*".

El delito no se sanciona en las legislaciones modernas, porque se califica como un acto comprendido en el libre ejercicio de las facultades humanas de índole sexual. Por ejemplo, en España se consideró como una modalidad del delito de abusos deshonestos, y se sancionaba por excepción cuando constituía una hipótesis de abuso de menores (pederastía) o cuando se sorprendía a varios sujetos practicando la homosexualidad,⁶⁶⁷ pero se eliminó de la regulación desde mucho antes de la dictación del nuevo Código de 1995.

A. Bien jurídico

Esta figura no encuentra justificación como atentado a la libertad sexual; en nuestro medio se estableció históricamente como límite de dicha libertad, porque sería una modalidad del ejercicio de la sexualidad constitutiva de un peligro social.

La comisión redactora del Código dejó expresa constancia que la razón de la prohibición de tales comportamientos "radicaba en el *peligro de que se extienda su contagio y llegue a constituir una plaga en la sociedad*".⁶⁶⁸ En este contexto el bien jurídico protegido correspondía a la moral social en el aspecto indicado, lo que justificó su inclusión entre los delitos contra la moralidad pública. Se pretendió amparar una determinada concepción moral sobre el ejercicio de las facultades de índole sexual, en la cual la realización de actos sodomíticos (homosexuales) ejecutados por adultos en forma consentida, y aun en privado, resultaban intolerables.

En esa perspectiva la sodomía, como delito, ha merecido serias reservas, hoy su sanción se califica como una intromisión

⁶⁶⁶ La consideración histórica del lesbianismo como realidad social cobró relevancia mucho después de la época de configuración de la codificación clásica.

⁶⁶⁷ Cuello, op. cit., t. II, p. 568.

⁶⁶⁸ Sesión N° 71, de 10 de abril de 1872.

ilegítima del Estado en la libertad del individuo. No se justifica la sanción de esta conducta ejecutada por personas que cuentan con capacidad para autodeterminarse respecto del uso de sus facultades, posición que se confirma porque en estos hechos no puede siquiera identificarse una víctima.

La legislación actual acoge la crítica expuesta, en efecto, la Ley N° 19.617 deroga la penalización de la sodomía entre adultos. Sin embargo, la mantiene cuando uno de los intervinientes es menor de 18 años de edad. El motivo que se tuvo en vista es la corrupción de menores, al entender que esta conducta constituye un peligro potencial para el desarrollo sexual normal de los menores de edad (indemnidad sexual).⁶⁶⁹

El ámbito de los intereses protegidos en la forma indicada se limita al de personas que no han alcanzado la mayoría de edad. Se establecen dos márgenes para determinar el ejercicio legítimo de la libertad sexual. Uno se refiere a menores de 14 años y se extiende a todo tipo de actos sexuales. Cumplida dicha edad, se considera que la persona reúne las condiciones que la habilitan para mantener relaciones heterosexuales, y sólo a los 18 años alcanza madurez en ese ámbito para ejercerla a su libre arbitrio en cuanto a la manera de practicarla.

El bien jurídico amparado correspondería, en consecuencia, a la indemnidad sexual de los menores de 18 años (se busca el amparo del normal desarrollo y consolidación de su sexualidad).

B. La acción prohibida

Se encuentra descrita en el artículo 365: "El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

Para determinar el alcance del delito recién descrito, han de tenerse en cuenta diversas consideraciones. Primeramente que este precepto sustituye al que existía en el Código con anterioridad

⁶⁶⁹ Lo expuesto consta en el informe de la Comisión Mixta (p. 20) como también en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (pp. 35 y ss.).

a la promulgación de la Ley N° 19.617, con la cual tiene claras diferencias, pues en el primitivo texto aludía derechamente a la sodomía, pero sin establecer en qué consistía la conducta prohibida. Sólo por vía interpretativa se entendió que se restringía al concubito de dos varones y que, por consiguiente, quedaban excluidas las conductas análogas entre dos mujeres. En el texto vigente se omite hacer referencia expresa a la voz "sodomía" y se precisa que la acción sancionada es el acceso carnal a una persona menor de dieciocho años del mismo sexo, lo que significa que el legislador extendió el ámbito delictivo, además de la sodomía, al lesbianismo y, de otro lado, restringió el tipo penal, limitándolo a los menores de edad exclusivamente, de manera que el mismo comportamiento practicado por mayores de dieciocho años de edad es atípico.⁶⁷⁰

Pero el art. 365 provoca algunas otras interrogantes, entre ellas, si al emplear la disposición la expresión menores de dieciocho años comprende a todos aquellos que no han cumplido esa edad, inclusive los menores de catorce, o deben excluirse estos últimos. Otro punto de interés es el alcance que debe darse a la noción acceso carnal, puesto que en los arts. 361, 362 y 363 se alude a accesos por vía vaginal, anal o bucal.

Se puede sostener —sin margen de duda— que los menores de catorce años quedan excluidos como sujetos de este delito, como se desprende de la frase: "sin que medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro". En la violación, además de las circunstancias enumeradas en el art. 361 (violencia o prevalimiento), se hace referencia en el art. 362 a la edad de la víctima, el acceso carnal de un menor de catorce años siempre es violación, por la misma razón el legislador los excluyó como posibles víctimas del delito de estupro en el art. 363, donde los sujetos pasivos deben tener más de esa edad y no superar los dieciocho años. Se explicó en su oportunidad que los menores de catorce años quedan protegidos por la indemnidad de su sexualidad, a todo evento, aunque medie su consentimiento. De manera que

⁶⁷⁰ Autores como Matus-Ramírez sostienen que la figura no comprende el lesbianismo, a pesar de lo explícito del texto, y en seguida —paradójicamente— critican al legislador por no haberlo comprendido en el artículo 365 en estudio (op. cit., p. 87).

el menor de catorce años no puede jurídicamente ser víctima de los delitos de estupro (art. 363), sodomía o lesbianismo (art. 365). Confirma la tesis antes indicada, la circunstancia de que la pena señalada para la sodomía en el art. 365 es menos rigurosa que la prescrita por el art. 366 bis para sancionar acciones sexuales distintas al acceso carnal que afecten a un menor de catorce años. No aceptar la exclusión de dichos menores del delito de sodomía llevaría a la absurda conclusión de que el acceso carnal de un niño tendría menor pena que el mero abuso sexual de otra naturaleza realizado en su contra.

Otro aspecto de interés es el referente al sentido de la expresión "acceso carnal", materia que fue objeto de tratamiento al comentar el delito de violación y que se reproduce en esta oportunidad.⁶⁷¹ Podrá llamar la atención que el legislador tanto en los arts. 361, 362 y 363 especifica que el acceso carnal comprende el realizado por vía vaginal, anal o bucal, en tanto que en el art. 365 no lo hace, pero es obvio que por el contexto de las disposiciones se refiere a todas esas alternativas y que su repetición puede haberse considerado redundante en atención a que ya en el art. 363 se había señalado a qué clase de acceso carnal se hacía referencia. Lo que se confirma con lo expresado en los arts. 366 y 366 bis, donde se excluye de tales conductas el acceso carnal, sin precisar a cuál se refiere, aunque es evidente que abarca las diversas alternativas antes señaladas, sin distinción.⁶⁷²

⁶⁷¹ Supra párrafo N° 21.3.C.I.

⁶⁷² Francisco Maldonado sostiene que la noción "acceso carnal" que emplea el art. 365 queda limitada únicamente al concepto natural de cópula, vale decir, la realizada por vía vaginal. Con este fundamento, en su concepto, resulta imposible la configuración de la conducta en caso de concurrencia exclusiva de personas del sexo femenino. Considera que si bien el legislador manifestó en forma clara la intención de incluir el lesbianismo como forma conitiva (al caracterizar a los intervinientes como personas "del mismo sexo" en lugar de referirse exclusivamente al sexo masculino), la descripción que utilizó al definir el verbo rector impide incluir en el tipo dicha modalidad. Según manifestó, a propósito del tratamiento de esta conducta en el delito de violación, la exigencia de ejecución activa del vocablo "acceso" (*"el que accediere"*) y el carácter "carnal" atribuido al mismo, impiden que una mujer pueda ejecutar la conducta. Para materializarlo necesariamente debiera recurrir a algún tipo de instrumento para ejecutar el acto de invasión vaginal o anal, lo que privaría a dicha invasión del carácter carnal exigido.



En definitiva, la acción prohibida en el delito de sodomía (palabra que debe ser entendida en sentido amplio, comprenda tanto de la sodomía como del lesbianismo), consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, de una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, siempre que en ese acto no se haya recurrido a la violencia, al prevalimiento o al engaño mencionados en los arts. 361 y 363. En otros términos, debe tratarse de un acceso libremente aceptado por el menor.

C. Consentimiento de la víctima

El delito sólo sanciona las hipótesis de acceso libremente consentido entre ambos partícipes. De no ser así, se estará en presencia de una modalidad de comisión de los delitos de violación o estupro, sancionables a dichos títulos. Esta exigencia, que corresponde al sentido original de la proscripción penal, ha sido incluida en forma expresa por el legislador al describir el tipo (*"sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro"*).

20.15. EL DELITO DE INCESTO (ART. 375)

Está descrito en el artículo 375, que expresa: *"El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio"*.

A. Antecedentes generales y bien jurídico

Es una figura prácticamente abandonada en los códigos penales. En el Código español de 1848 su tipificación era ya criticada por Pacheco, quien expresaba: "Esos misterios domésticos: ¿Qué bien se seguirá a la sociedad de esclarecerlos con la luz de un juicio?"⁶⁷³ En la actualidad en las legislaciones de origen latino hay tendencia a suprimir este delito como tipo penal independiente, no así en

⁶⁷³ Pacheco, op. cit., p. 165.



las sajonas, donde hay inclinación a mantenerlo (en Alemania e Inglaterra).

Por incesto se entiende la cópula realizada voluntariamente entre personas de distinto sexo ligadas entre sí por vínculos de parentesco precisados por la ley penal.⁶⁷⁴ En otros términos consiste en la ejecución de un acceso carnal entre personas que no pueden contraer matrimonio en razón de encontrarse unidos por una relación de parentesco por consanguinidad o afinidad.

Históricamente el bien jurídico que se intentó proteger por este delito —ubicado por la Comisión Redactora entre aquellos que atentan contra el orden de las familias— es el abuso de la sexualidad al interior de la familia (no es por ende un delito en contra de la libertad sexual, pero sí se dirige a limitar su ejercicio en el seno de la célula familiar). Se pretende mantener cierta sanidad en las relaciones sexuales en el seno de la familia (condición social) y, a su vez, evitar la posible degeneración de la especie —consecuencia de la relación entre parientes— constatada como experiencia histórica (consideración eugenésica), mas indemostrada científicamente en la actualidad.

La verdad es que la figura no encuentra sustento alguno en el esquema previsto por nuestra legislación actual —derivado de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 cuyo objeto es el de protección y amparo de la libertad de autodeterminación sexual. Ello se debe no sólo a que sus caracteres no permiten fundar su existencia en la protección de dicho interés, sino que además, y por definición, se encuentra dirigida a su lesión.

El propio legislador ha separado el tratamiento de este delito, creando a su respecto un párrafo independiente ("*del incesto*"), que lo incluye como única hipótesis. Al mantener la figura, considero relevante la consideración eugenésica y el amparo de las prohibiciones civiles de contraer matrimonio que se fundan en las relaciones de parentesco.

B. Conducta prohibida

Llama la atención que el artículo 375 no haya definido con precisión la conducta en que consiste, que ha de determinarse por la

⁶⁷⁴ Del Río, *Elementos*, p. 498.

⁶⁷⁵ Ercheberry, op. cit., p. 42.

vía interpretativa. Se debe recurrir a los fundamentos de la figura, centrados en la protección del orden de las familias (manifestado en el hecho de establecerse límites al uso de la sexualidad entre personas que se encuentran unidas por ciertos vínculos familiares que imposibilitan su unión conyugal) y en el amparo de la integridad física y psíquica de la descendencia.

Ambos fundamentos llevan a concentrar las alternativas en aquellas modalidades de vinculación sexual que pueden dar lugar a la descendencia, por lo cual debemos entender que la conducta corresponde a una conjunción o acceso carnal de carácter vaginal y heterosexual.

La Comisión Redactora dejó expresa constancia del interés de proscribir a través de este delito todo concubito posible entre personas que se encuentran en la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio, de modo que procede exigir la heterosexualidad en los intervinientes. Por su parte, el fundamento que vincula la figura a la afectación de la descendencia, en tanto la supone, requiere que su comisión sea hábil para producirla, lo que ocurre exclusivamente en una relación de penetración vaginal.

Consideramos que las particularidades que caracterizan dicha relación deben ser definidas en idénticos términos a como ha sido tratada la cópula a propósito del delito de violación (obviamente en la modalidad de acceso vaginal), al menos en lo que se refiere al momento consumativo.

C. Consentimiento

La conducta ha de ser realizada en forma voluntaria por los dos partícipes, lo que no implica que de ello derive responsabilidad criminal para ambos.

Si no ha mediado el libre consentimiento de alguno de los partícipes, se darán las figuras de violación o estupro. En estos casos, se sanciona el hecho por el delito que corresponda, agravado en razón del artículo 13.⁶⁷⁵ Un sector minoritario de la doctrina considera en cambio que el caso debiera tratarse como un concurso

ideal de los delitos de violación e incesto,⁶⁷⁶ donde la agravante no tendría atinencia por ser un elemento del tipo penal.

La jurisprudencia nacional ha mantenido ambos criterios, existiendo sentencias recientes de la Corte Suprema en las que se ha sostenido que si el agente emplea violencia o intimidación para realizar el coito con la pariente, o ésta es menor de 12 años de edad (de acuerdo a la normativa anterior a la ley N° 19.927), el tipo penal a aplicar es "violación", con la agravante de parentesco (art. 13) y no incesto, por cuanto esta figura exige que la mujer acepte libremente la relación carnal con su pariente. O sea no habría concurso de delitos. Se estaría ante un concurso aparente de leyes que se resuelve con el principio de especialidad, pues la violación es un elemento del tipo de violación y por ello resulta especial respecto del incesto (Gaceta Jurídica, 7 de mayo de 1996, o Fallos del Mcs, año 1996, N° 450, p. 1013).

Se debe destacar que por esta exigencia el delito puede caer de víctima, pudiendo ambos partícipes ser penalizados si concurren a su respecto la totalidad de los demás presupuestos (particularmente el elemento cognoscitivo del dolo).

D. Relación parental de los intervinientes

La punibilidad de la conducta radica en la exigencia de que ambos intervinientes estén unidos por un vínculo parental. Se consideran sólo los parentescos por consanguinidad, en toda la línea recta (*ascendientes o descendientes*) y la colateral, pero limitada a los hermanos (vínculo de segundo grado).

La Ley N° 19.617 —que modificó esta figura— no sólo eliminó del texto las remisiones a las categorías de filiación, sino que además suprimió los parentescos por afinidad.

Corresponde analizar si en los casos de filiación adoptiva el vínculo que prima es la familia biológica o natural o es la familia adoptiva. La doctrina no ha dado una solución uniforme a este punto, existiendo opiniones divergentes.

Hoy la Ley N° 19.620 regula la institución estableciendo una única modalidad de adopción, con anterioridad a este cuerpo legal

⁶⁷⁶ Labatut, op. cit., pp. 152 y 153.



existían tres clases de adopción, de las cuales sólo una permitía constituir una relación de filiación que generaba el estado civil de hijo y padre o madre respectivamente (la llamada adopción plena). Las demás modalidades (adopción clásica y adopción simple) en tanto no creaban un vínculo filiativo, no alteran el parentesco.

El actual régimen de adopción y la primitiva adopción plena generan un vínculo filiativo que produce los efectos que derivan de una relación parental biológica, extinguiendo incluso las relaciones de parentesco natural u originarias.

Autores como Etcheberry afirman que es posible estructurar la exigencia del tipo con la relación que deriva de la filiación adoptiva, porque el delito tiene como fundamento, junto a los aspectos biológicos, la protección de la familia. Apoya esta tesis el hecho de que el tipo penal originario contemplaba la hipótesis de parentesco por afinidad, en la cual no concurren los fundamentos de naturaleza biológica (la probable degeneración de la descendencia).⁶⁷⁷

No se participa de ese criterio porque debe darse primacía a las relaciones de tipo biológico, ya que la propia legislación de adopción detalla que la institución se aplica para todos los "efectos civiles", pero exceptúa los impedimentos matrimoniales, con lo cual se excluye de inmediato la normativa penal. Además, si exceptúa la regla en el propio ámbito civil respecto de las inhabilidades para contraer matrimonio, debiera entenderse que la misma regla procede para el incesto.

En el incesto no pueden considerarse, por consiguiente, las relaciones creadas por la filiación adoptiva.

E. Sujeto pasivo

Como se requiere del consentimiento para la ejecución de la relación carnal, la posibilidad de comisión del delito por personas que no cuentan con capacidad para consentir en la realización de una cópula sexual queda descartada. No es posible, en consecuencia, un incesto con un familiar menor de 14 años cumplidos; en ese caso, nunca el acto se puede estimar consentido. Esta conducta constituye el delito de violación previsto en el artículo 362.

⁶⁷⁷ Etcheberry, op. cit., t. IV, pp. 44 y 45.



F. El tipo subjetivo en el delito de incesto

Se requiere de dolo directo, por la exigencia de que la cópula sea voluntaria, lo que supone una manifestación activa dirigida a una finalidad determinada (la cópula).

El dolo se conforma con el conocimiento que deben tener ambos autores (mujer y hombre parientes) del vínculo de filiación que los une y la voluntad de cohabitar. El primer elemento es exigido expresamente en el texto de la ley: "*El que, conociendo las relaciones que lo ligan...*".

Se trata de un delito plurisubjetivo, de convergencia de voluntades y de participación necesaria, donde ambos partícipes son autores del hecho y donde no hay víctima. La ignorancia o el error de la existencia de la relación parental descarta el dolo y, por ende, el tipo penal.

Sin embargo, existe incesto aunque sólo uno de los intervinientes tenga conocimiento del parentesco y no así el otro, siempre que la relación carnal sea voluntaria para ambos, alternativa en que habrá únicamente un autor.

G. Pena del delito

El legislador sanciona esta conducta con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

21. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Hay numerosas normas complementarias que generan un verdadero estatuto especial para la punición y tramitación procesal de los delitos analizados. La mayoría de ellas se encuentran en el párrafo 7° del Título. Según el propio encabezado, son aplicables a los delitos contenidos en los párrafos 5° y 6°.⁶⁷⁸

⁶⁷⁸ Queda comprendido el delito de proxenetismo o favorecimiento de la prostitución, regulado en los artículos 367 y 367 bis.

Contienen normas que modifican la aplicación de las reglas generales de carácter penal, normas que modifican el régimen procesal aplicable a la instrucción, acreditación y persecución de estos delitos, y algunas que regulan efectos civiles derivados de su comisión. Ya se han analizado las hipótesis concursales contenidas en el artículo 372 bis, y la llamada "violación conyugal" (inciso final del artículo 369).

21.1. NORMAS PENALES

a) *Agravante especial* (art. 368)

La disposición expresa: "*Si los delitos previstos en los dos párrafos anteriores hubieren sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una divisible.*"

Exceptuándose los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusarse de autoridad o confianza."

Se establece una agravante especial de responsabilidad penal aplicable a una serie de personas que ejecuten el delito y que detentan una cualidad particular (de carácter profesional o personal) que las coloque en una posición de autoridad o prevalencia respecto de la víctima. El fundamento de la circunstancia radica en la utilización o aprovechamiento de esa posición ventajosa para procurar o facilitar la comisión del ilícito.

Asimismo, algunas de las cualidades expresadas en el texto se fundan en la existencia de una relación de cuidado para con la víctima, elemento que permite justificar el aumento de la punición, por cuanto la circunstancia no sólo serviría para favorecer la comisión del delito, sino que además implicaría un quebrantamiento del deber implícito de cuidado de la víctima que ella conlleva.

En este marco la ley determina una pena agravada para quienes detentan el carácter de *autoridad pública, ministro de un culto*

religioso. Además, en razón de la existencia del deber de cuidado se incluye a quienes tuvieron la calidad de *guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido*.

Cabe destacar dentro de estas hipótesis, a quienes tienen el cuidado de "hecho" de una persona, no se requiere un título o una forma jurídica que habilite la posición de cuidado. Basta el hecho de haber asumido de facto esa condición para la aplicación de la agravante.⁶⁷⁹

La utilización de esta circunstancia no ha sido establecida con carácter general, se excluyen algunos delitos en consideración a la identidad de fundamentos concurrentes entre la modalidad de comisión y el presupuesto de hecho de la agravante (por el principio *ne bis in idem*) o de su irrelevancia respecto de la forma de ejecución empleada. Esto se dice en el inciso segundo del artículo 368, que determina dos situaciones en las cuales la agravación no tiene aplicación, que corresponden a los delitos cuya descripción típica comprende el uso de fuerza o intimidación o el abuso de una relación de dependencia de la víctima o de autoridad o confianza.

El efecto de esta agravante es impedir que se aplique al responsable el mínimo de la pena señalada al delito, lo que constituye un efecto especial y distinto al de las agravantes genéricas del artículo 12 del Código Penal.

Como esta agravante tiene un estatuto especial de punibilidad, corresponde aplicarla en forma previa a las circunstancias genéricas modificatorias de responsabilidad criminal, inmediatamente después del análisis de la participación punible y del *iter criminis*.

⁶⁷⁹ Con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 19.617 no se aplicaba esta causal a quienes tuvieron el cuidado de hecho de la víctima. Estudios realizados concluyen que el 71 % de los abusos de menores de edad son cometidos por parientes o personas cercanas a la víctima, la mayoría se encontraba al cuidado del menor al cometer el abuso aun cuando no detentaban un título jurídico que les impusiera esa obligación.

b) Regla especial de penalidad de partícipes (art. 371 inciso 1°)

El precepto expresa: "Los ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperaren como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los dos párrafos precedentes, serán penados como autores".

La disposición prescribe que la sanción aplicable a los cómplices que poseen la calidad que en ella señala será igual a la prevista para los autores del respectivo delito, y no la que se determina en los artículos 51 y siguientes.

Las razones de la agravación son idénticas a las expuestas en el apartado anterior, en tanto las causales previstas corresponden a un mismo fundamento.

c) Forma de computar el tiempo de prescripción de la acción penal si la víctima es menor (art. 369 quáter)

Velando por garantizar la posibilidad de que las víctimas menores de edad en algunos atentados sexuales puedan hacer efectiva la acción penal derivada de tales delitos, la disposición citada en el enunciado expresa lo siguiente: "En los delitos previstos en los dos párrafos anteriores, el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla dieciocho años".

Se sabe que por mandato del artículo 93 el plazo de prescripción de la acción penal, como regla general, se cuenta desde "que se hubiere cometido el delito", pues bien, tratándose de víctimas menores de edad, se modifica el referido criterio y se establece que debe computarse desde que alcance la mayoría de edad, o sea, desde cuando cumple dieciocho años. El objetivo de la disposición es asegurar la sancionabilidad de esta clase de atentados, pues los menores normalmente no están en condiciones de hacer efectivo este derecho, en tanto no alcancen el desarrollo adecuado de su personalidad.

Esta manera especial de computar el plazo de prescripción comprende únicamente los delitos descritos en los párrafos quinto y sexto del Título VII del Libro Segundo, entre otros, la violación, el estupro, la sodomía, los abusos sexuales.

El artículo 369 quáter fue incorporado al Código Penal por la Ley N° 20.207, de 31 de agosto del año 2007, por consiguiente puede plantearse la duda sobre si es aplicable a los delitos cometidos

con anterioridad a la fecha indicada y cuyo plazo está corriendo o, de contrario, sólo a los que se cometan con posterioridad. Pen-
samos que la modificación de la forma de computar el plazo de
prescripción no tiene el carácter de una norma de procedimiento
y, por tanto, debería aplicarse a los delitos que se cometan con
posterioridad a su vigencia.

d) *Medidas alternativas a la privación de libertad (Ley N° 18.216)*

Existen dos reglas excepcionales previstas para la aplicación de
medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad
previstas en la Ley N° 18.216 (remisión condicional de la pena, li-
bertad vigilada y reclusión nocturna) en relación a estos delitos.

La primera de ellas elimina la facultad judicial de aplicar cual-
quiera de las medidas reguladas en dicha ley en la hipótesis de
sancionarse un delito de violación de una persona menor de 12
años⁶⁸⁰ (artículo 362), incluyendo el caso en que se ha cometido
además el homicidio de la víctima (artículo 372 bis). La regla se
encuentra contenida en el inciso final del artículo 1° de la Ley
N° 18.216, y fue introducida por la Ley N° 19.617.

La segunda regla faculta al juez para imponer una obligación
adicional cuando acoge al condenado a algunas de las medidas
antes indicadas, que consiste en la prohibición de que acceda
a las inmediaciones del hogar de la víctima, al establecimiento
educacional donde estudie o a su lugar de trabajo (art. 30). El
incumplimiento de esta obligación produce los efectos del que-
brantamiento de la medida que se le impuso. Esta restricción tiene
una limitación, no puede prohibirse el acceso al hogar común si
la víctima fuere cónyuge o conviviente, salvo que ese acceso ponga
en peligro a menores de edad o se hubiere obtenido el acuerdo
de aquella para permitir ese acceso mediante coacción.

e) *Libertad condicional*

La regulación de la libertad condicional prevista en el D.L. 321 de
1925 contiene una norma especial aplicable a los delitos previstos

⁶⁸⁰ El artículo 1° de la Ley N° 18.216 sobre remisión condicional de la
pena y otros beneficios, en cuanto a la edad de la víctima debería actualizarse,
pues aún se refiere a los menores de 12 años, a pesar de que el Código Penal
subió esa edad a catorce años.

en los artículos 362 (violación de un menor de 12 años), 372 bis
(violación con homicidio) y el delito de trata de blancas.

La regla general –establecida en el artículo 2° N° 1 de dicho
cuerpo legal– dispone que para acceder a la libertad condicional
deberá haberse cumplido la mitad de la condena impuesta; por su
parte, el artículo 3° de dicho Decreto Ley establece excepciones
a esta regla, en su inciso segundo exige el cumplimiento efectivo
de los dos tercios de la condena para los delitos señalados en el
párrafo anterior.

El sentido del precepto es dar un tratamiento penal más riguroso
a los ilícitos aludidos, considerados socialmente más relevantes
y de mayor entidad.⁶⁸¹

f) *Penas accesorias (artículos 371 inciso 2° y 372)*

El tenor del inciso es el siguiente: “*Los maestros o encargados en
cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán
además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo
u oficio*”.

La sanción tiene un sentido preventivo especial negativo,
fundado en la calidad profesional que detenta el condenado. Se
impone dicha pena accesorial en miras a evitar la eventual reitera-
ción de conductas delictivas similares, privando al condenado de
estar en alguna de las situaciones que lo colocan en una posición
de prevalencia que pudiere llegar a ser utilizada para la comisión
de ilícitos de esta naturaleza.

La norma no considera la calidad profesional del victimario
para realizar la acción prevalente o abusiva, en tanto no exige
que dicha calidad haya sido utilizada para la comisión del deli-
to. Solamente la considera para evitar el peligro de reiteración,
suprimiendo esa condición.

⁶⁸¹ El delito de violación de un menor de 12 años fue incorporado a este
artículo por la Ley N° 19.617, de modo que sus efectos sólo pueden ser apli-
cados a los cometidos con posterioridad a la fecha de promulgación de dicha
ley, esto es el 12 de julio de 1999. La Ley N° 19.927 de 2004 modificó el Código
Penal, en especial el art. 362, donde sustituyó la edad de 12 años por la de 14
años para los efectos de la violación y demás atentados sexuales; pero no se
modificó la Ley N° 18.216 en el sentido indicado. Otro tanto sucede con el D.
L. N° 321 sobre Libertad Condicional.



Se incorporaron nuevas penas accesorias en el artículo 372, a saber, la sujeción a la vigilancia de la autoridad y la pena de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

g) Clausura (artículo 368 bis)

Esta disposición señala que "Cuando, en la comisión de los delitos señalados en los artículos 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter o 374 bis se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario o encargado, o no pudiendo éste menos que saberlo, podrá decretarse en la sentencia su clausura definitiva.

Asimismo, durante el proceso judicial respectivo, podrá decretarse, como medida cautelar, la clausura temporal de dichos establecimientos o locales".

Esta norma contempla la posibilidad que el Tribunal imponga en la sentencia la sanción de clausura definitiva del recinto que se haya utilizado para cometer los ilícitos que la misma disposición indica, los que básicamente corresponden a figuras de corrupción de menores. También se faculta al Tribunal para decretar como medida cautelar (entendemos que después de la formalización de la investigación), la clausura temporal de los mismos recintos.

21.2. NORMAS PROCESALES

a) Acción penal (artículo 369)

El artículo 369 tiene una regla que otorga a las figuras analizadas en este capítulo el carácter de delitos de acción mixta, esto es, aquellos que siendo perseguibles de oficio —carácter básico de un delito de acción pública— requieren de denuncia de la víctima o de quienes se encontraren habilitados para representarla o remplazarla, aun cuando no formalicen instancia.

En este sentido se señala —literalmente— que "no se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía por la persona ofendida, o por su representante legal".

El fundamento de este tratamiento son las consecuencias que puede haber acarreado para la víctima la comisión del delito, respetándose su eventual deseo de no publicitar dicho hecho.

En consideración a que el estado emocional que puede aquejar a la víctima no le permita estar en condiciones de adoptar una resolución sobre este punto, se ha previsto que junto con ella, sean legitimados activos de la acción sus familiares más cercanos o quienes tuvieran con la víctima una relación —aparentemente formal— de cuidado personal. La norma considera como principal sector afectado a los menores de edad, quienes son en mayor medida los que quedan sometidos a la representación, actuación o denuncia a su nombre.

Como se ha hecho patente que la mayoría de los abusos sexuales en Chile son ejecutados sobre menores de edad y por quienes se encuentran estrechamente vinculados a ellos, se ha regulado un segundo orden de efectos si la víctima no puede denunciar directamente por su edad o estado, y los representantes habilitados no existen o no son habidos o están implicados en el delito.

En esta alternativa se habilita a quienes en razón de su ejercicio profesional, han llegado a tomar conocimiento del hecho (delito), para ejercer válidamente la denuncia e iniciar el proceso respectivo.

La Ley N° 20.084, que establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, en su artículo 4°, dispone ciertas reglas especiales de orden procesal para los delitos sexuales. Impide que se proceda penalmente en ciertos casos. Así no puede procederse penalmente cuando el violado es un menor de catorce años de edad (artículo 362), o ha sido víctima de sodomía, esto es, acceso carnal por una persona de su mismo sexo sin que medien la circunstancia de violación o estupro (artículo 365), o de una acción sexual distinta al acceso carnal (abuso sexual), o de los delitos de provocación o exhibición sexuales (artículo 366 quáter), a menos que exista entre el menor y el imputado una diferencia de edad de a lo menos dos años tratándose del delito de violación o de tres años en los demás casos. Esta disposición de violación o de tres años en los demás casos, evitando en lo posible proteger al imputado, también menor, evitando en lo posible las consecuencias de su procesamiento penal, pues la ferida ley crea un sistema especial para su juzgamiento.



b) *Apreciación de la prueba (artículo 369 bis)*

El precepto expresa: "En los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica".

La regla establece que en estos delitos el juez debe apreciar los antecedentes probatorios conforme a los principios de la "sana crítica", sistema que, entre extremos, se encuentra más cercano al de libre valoración que al de prueba legal o tasada.

La doctrina ha definido este sistema —en sus elementos básicos— como aquél en virtud del cual el juez para arribar a su conclusión sobre la ocurrencia de los hechos que se someten a su consideración recurre a las máximas de la experiencia y de la lógica. Por ello, las únicas exigencias que parecieran corresponderle radican en la necesidad de que el tribunal detalle cuáles son los argumentos racionales (de experiencia y lógica) que ha tenido a la vista para acreditar los hechos, explicitando las razones que lo han llevado a atribuir mérito de prueba a algunos medios y restársela a otros.

c) *Medidas de protección (artículo 372 ter)*

Este artículo expresa: "En los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores, el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia, y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél".

La normativa procesal vigente, de carácter general, establece como objeto básico del sumario otorgar protección a la víctima. Los jueces cuentan con la posibilidad de dictar, dentro de las medidas generales iniciales de la instrucción, aquellas que permitan el amparo inmediato del afectado. Asimismo puede denegar la libertad provisional a quienes están procesados, por el peligro que puede existir para la seguridad personal de la víctima. Esta facultad se mantiene en los casos que rige el Código Procesal Penal, con las diferencias obvias de quien tiene a su cargo la protección de la víctima.

Considerando el alto porcentaje de agresiones sexuales donde son víctimas menores de edad, y que éstas son ejecutadas frecuentemente por personas cercanas al entorno familiar del menor, se ha otorgado a los jueces la posibilidad de decretar medidas de protección para el ofendido y/o para su familia.

La facultad se establece en términos genéricos, pudiendo las medidas revestir diversa naturaleza y modalidades. Sin perjuicio de ello la ley detalla, por vía ejemplar, que las medidas pueden consistir en *la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal, la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél*.

Dicha facultad puede ser ejercida de oficio o a petición de parte y, en todo caso, se exige que la resolución sea fundada; su imposición normalmente implica una restricción en el ejercicio de derechos fundamentales del imputado.

d) *Técnicas de investigación (artículo 369 ter)*

La Ley N° 19.927 incorporó al Código Penal una disposición —el artículo 369 ter— que faculta al ministerio público para solicitar al juez de garantía la interceptación de comunicaciones (aun cuando los delitos a que se refiere no sean crímenes), la fotografía, filmación u otro medio de reproducción de imágenes útiles para el esclarecimiento de los hechos, o la utilización de agentes encubiertos y efectuar entregas vigiladas cuando se investigue a una persona u organización delictiva que hubiere cometido, o esté preparando, o esté realizando alguno de los delitos que la disposición enumera, tales como la producción de material pornográfico, la promoción de la prostitución, entre otros.

Es evidente el esfuerzo del legislador tendiente a facilitar la investigación de este tipo de ilícitos; sin embargo, parece claro que preceptos de esta naturaleza son extraños al Código Penal y sería conveniente ubicarlos en el Código Procesal Penal.



21.3. EFECTOS CIVILES DEL DELITO

a) Alimentos (artículo 370)

El artículo 370 establece que *"el condenado por los delitos previstos en los artículos 361 a 366 bis será obligado a dar alimentos, cuando proceda, de acuerdo a las normas del Código Civil"*.

Llama la atención el sentido abstracto que contiene la norma en los alcances del derecho de alimentos, como también los delitos seleccionados para definir el ámbito de su aplicación.

Por una parte ha de considerarse que la norma se aplica cuando la ejecución del delito dé lugar a descendencia, única alternativa que puede relacionarse al nacimiento de una obligación civil de carácter alimentario. Esto limita la aplicación de la norma a los casos en que el delito tiene aptitud para la procreación, esto es, cuando su ejecución importa una conjunción vaginal heterosexual.

Sorprende que el legislador se haya referido entonces a los delitos previstos en los artículos 361 al 366 bis del Código Penal como presupuestos de aplicación de la regla, en tanto sólo la conducta contenida en el primero de ellos y en el artículo 363 pueden dar lugar a la aplicación de sus efectos.

En forma expresa el legislador ha declarado que los alimentos no afectan a la solicitud y otorgamiento de las indemnizaciones civiles que sean procedentes.

b) Pérdida de derechos de familia (artículo 370 bis)

La norma tiene el siguiente tenor: *"El que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se les confieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor."*

El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes".

El legislador se ha puesto en la hipótesis de que exista una relación parental entre victimario y víctima, cuando esta última tiene menos de 18 años, al establecer una serie de reglas excepcionales sobre los derechos y deberes que pueden surgir entre ellos de acuerdo con la ley civil.

Se determina que el victimario pierde todos los derechos que la ley le confiere respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. En forma redundante se establece que quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere.

Estas declaraciones el juez debe hacerlas en la sentencia, ordenando su subinscripción al margen de la inscripción de nacimiento del menor, y de ser procedente, decretará la emancipación del menor.

Confirma el carácter sancionatorio de la medida la circunstancia que, expresamente, se disponga que subsisten las obligaciones civiles derivadas de la relación parental que afecten al condenado con la víctima o sus descendientes.

Llama la atención que esta regulación se limite exclusivamente a la hipótesis en que la víctima sea menor de edad, no se divisa razón para tener un criterio diverso tratándose de una víctima mayor de edad (derechos sucesorios, de alimentos, etc.).

c) Inhabilidades civiles (art. 372)

El artículo 372 establece dos inhabilidades civiles para los responsables de estos delitos cuando las víctimas son menores de edad (18 años de edad): *interdicción del derecho de ejercer la guarda y pérdida del derecho de ser oídos como pariente en los casos que la ley lo exige.*

22. DELITOS CONTRA LA FACULTAD DE AUTODETERMINACIÓN

22.1. CONCEPTOS GENERALES

La mayor parte de las figuras penales descritas por el Código, de manera directa o indirecta afectan a la autodeterminación de los