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 CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA
DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

Tercera edición actualizada

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

DERECHO PENAL
PARTE ESPECIAL

TOMO III

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

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

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 166.669, año 2007
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta tercera edición de
600 ejemplares en el mes de noviembre de 2007

IMPRESORES: Salesianos Impresores S. A.

IMPRESO EN CHILE/ PRINTED IN CHILE

ISBN 978-956-10-1821-1

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 CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA
DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD

Tercera edición actualizada
con la colaboración de Alejandro Maureira Dueñas,
ayudante de la cátedra del autor

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

www.editorialjuridica.cl.

PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN

El legislador en nuestro país ha seguido hasta ahora el camino –muy conservador– de no promulgar un nuevo Código Penal, y mantener el vigente desde 1875. Esto ha obligado a su continuada modificación para adaptarlo a los nuevos tiempos, lo que inevitablemente crea en su normativa más de alguna incoherencia. La responsabilidad de esta situación no es exclusiva de los cuerpos colegisladores; también en parte le corresponde a las instituciones académicas, que por mantener posiciones –a veces– extremas, no logran llegar a acuerdos sobre más de algún aspecto, indudablemente conflictivo. El hecho cierto es que se sigue aplicando un Código con mucho más de un siglo de vigencia, que fue dictado para una realidad y con visiones hace tiempo superadas.

Desde la segunda edición de este tercer tomo se han promulgado varias leyes que han modificado el Código Penal y sus normas complementarias –como las N° 19.947 del año 2004, N° 20.066 de 2005 y la N° 20.084 de 2005, entre otras–, lo que ha obligado a realizar una ardua tarea de revisión de su texto, que se ha llevado a cabo con la colaboración de nuestro ayudante de cátedra, don Alejandro Moreira Dueñas. Esperamos que este libro, con las correcciones realizadas, continúe sirviendo de apoyo a la docencia y como texto de consulta a los profesionales que lo requieran. Esperamos no haber incurrido en demasiadas omisiones.

Santiago, septiembre de 2007.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

INTRODUCCIÓN

Este tercer volumen de Derecho Penal inicia el estudio de la parte especial, labor compleja y, si se quiere, atrevida. Es frecuente que los trabajos nacionales sobre esta área del saber no logren superar la etapa de la parte general, lo que es comprensible dada la extensión y dificultades de las materias, como la variedad de figuras a las que corresponde hacer referencia. Ello explica que buena parte de la última bibliografía extranjera sea la resultante de estudios colectivos, producto del esfuerzo de varios especialistas.

No obstante las naturales aprensiones, hemos intentado iniciar la publicación de una parte especial que aspira a suministrar un texto sencillo, donde se expongan los distintos delitos descritos por el Código Penal, con su problemática fundamental.

Principalmente está dedicado a los estudiantes de Derecho, pero pensamos que puede servir también al profesional como respuesta primera a sus inquietudes sobre estas materias.

Este volumen se ocupa de los delitos contra la vida, contra la integridad física, contra el honor, contra el orden de la familia y contra la honestidad. En otros términos, no se ha seguido una ordenación sistemática de los tipos, sino los comprendidos en los títulos VII *(Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública)* y VIII *(Crímenes y simples delitos contra las personas)* del Libro Segundo del Código.

En esta obra el autor no se propuso agotar los temas; seguramente en múltiples ocasiones se observarán vacíos y omisiones, a pesar del esfuerzo que se empleó para escribirla.

En el futuro, si es posible, se continuará con el resto de las demás figuras penales.

EL AUTOR

Santiago, enero de 1998

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

1. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA PARTE ESPECIAL

La parte especial del Derecho Penal en el Código está desarrollada en los Libros II y III. Se sabe que la parte general se encuentra reglada en el Libro I, al que no se le puso epígrafe, como se hizo en el Libro II, denominado "Crímenes y simples delitos y sus penas", y el Libro III, el cual no tiene un nombre especial, pero que se refiere a las "faltas".

Cada uno de estos libros ha sido dividido en títulos, y éstos a su vez en párrafos. El Libro II tiene diez títulos y el Libro III, tres, incluido el denominado "Título final", que señala la vigencia del nuevo texto y la derogación de las leyes penales preexistentes.

Al distribuir los tipos penales en los respectivos títulos, el legislador no se atuvo a un criterio sistemático doctrinario, básicamente respetó la estructura del Código Español de 1848, que le sirvió de modelo. Tal ordenamiento ha sido objeto de críticas; suficiente es mencionar que el Título VII, bajo el enunciado de "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública", en su párrafo 1° trata el delito de aborto, que no tiene una vinculación específica con la familia o con la moralidad pública, es un delito contra la vida en formación.

Otro tanto sucede con el Título V, "De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos", que contiene también figuras que pueden cometer quienes carecen de tal calidad.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Se ha objetado el orden de ubicación de los títulos, porque se inicia con los que afectan al Estado, en general a la sociedad (delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado), y no así con los delitos que afectan al individuo como persona. Conforme a los modernos criterios, debería darse primacía a estos últimos.[1] El Código nacional al ubicar los delitos siguió criterios propios de la época en que fue elaborado, representado, entre otros, por el pensamiento de Hegel, que reconoce trascendencia al individuo sólo en cuanto está insertó en una sociedad políticamente organizada, de manera que lo determinante es el Estado como tal, sin él sería impertinente hablar de la persona en particular. Dentro de cada título se ubicaron los delitos con criterios pragmáticos, que si bien pueden vincularse en ocasiones con los bienes jurídicos, no es algo absoluto, y aun a veces ni aproximado.

Es demostrativo que entre los delitos contra la propiedad se comprendan los que afectan a la posesión y mera tenencia; se excluye de este grupo a hechos que normalmente amparan la propiedad, como sucede con las malversaciones, que son apropiaciones indebidas calificadas; sin embargo se describen en el Título V.

No sorprende el hecho de que el Código Penal mantenga una nomenclatura como la señalada, porque códigos penales de países de cultura jurídico-penal históricamente reconocida, como Italia y Alemania, conservan en sus textos un sistema semejante al nacional. El Código Penal de Alemania comienza describiendo los delitos contra la paz, sigue con los que afectan al Estado y sólo en sus últimas secciones se refiere a los delitos contra la vida, el honor y la propiedad. El Código Penal de Italia describe primeramente los atentados contra el Estado y termina con los que afectan a las personas –Título XI–, delitos contra la libertad –Título XII– y delitos contra la propiedad –Título XIII.

[1] El Código Penal suizo inicia la descripción de los delitos con aquellos que afectan al individuo, otro tanto sucede con el Proyecto de C. P. de España de 1980. El C. P. español de 1822 dividía los delitos entre aquellos que afectan a la sociedad y los que se referían al individuo, y los trataba en el orden recién señalado, o sea, primero los vinculados con la sociedad y luego los referentes al individuo; el C. P. de España de 1848 modificó el sistema, y en él se basó la Comisión Redactora del C. P. nacional. En América el moderno C. P. de Perú de 1991 inicia la parte especial con los delitos contra la vida (art. 106).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

Criterios empleados para clasificar los delitos

Son numerosos los reparos de la doctrina respecto de la manera cómo los textos legales, en particular los códigos penales, agrupan los hechos que describen como injustos. Se afirma en contrario, que esos reparos son producto de una lamentable confusión entre lo que es ley penal y el derecho penal. El legislador enfrenta situaciones históricas contingentes con dificultades concretas, y las debe solventar con leyes adecuadas a las circunstancias. El legislador no hace doctrina, no crea derecho penal, esta creación es obra del jurista, de la cátedra, del tribunal. Ellos son los que deben precisar, por vía interpretativa, el alcance y los límites del respectivo instituto penal. La ubicación del hecho y su descripción son consecuencia y resultado de un momento y una contingencia social dada. La labor de creación corresponde a la dogmática jurídica, considerando la criminología y la política criminal. De allí que se hable de un tipo sistemático y de un tipo literal.[2]

El legislador es a veces más acucioso y pormenoriza las circunstancias de la conducta que describe, lo que facilita su interpretación, pero en otras ocasiones es ambiguo y se autolibera de la obligación de precisar el hecho, lo que requiere que el juez extreme el celo para desentrañar el exacto alcance de la figura penal. Tal sucede con el art. 342, que sanciona al que "maliciosamente causare un aborto", sin expresar qué se entiende por "aborto".

Esta diversidad entre ambas clases de tipo –el legal y el sistemático– conlleva que no siempre el ordenamiento de los hechos delictivos realizado por el legislador corresponda al que determina la doctrina, lo que se explica por cuanto ambos no se desarrollan en el mismo plano: el legal es de orden político, el doctrinal es de naturaleza teleológica y sistemática. Las nuevas tendencias penales aspiran a suprimir tales diferencias analizando los tipos a través de las conclusiones alcanzadas por la política criminal, en otros términos, interrelacionando la dogmática jurídica pe-

[2] Schmidhäuser expresa qué tipo de texto "es el supuesto de hecho legal tal como se da en una primera comprensión" y tipo de comprensión es ese supuesto de hecho como resultado de la interpretación para la aplicación del derecho (citado por Bacigalupo, *Estudios de la parte especial del Derecho Penal*, p. 9).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nal con la política criminal y las constataciones empíricas de la criminología, que parece ser el camino más adecuado y efectivo para construir un derecho válido.

Doctrinariamente, uno de los mejores criterios clasificadores es el seguido a partir de Carmignani,[3] que considera los bienes jurídicos en juego.[4] Se sabe, por lo señalado al comentar la teoría general del delito, que éstos tienen por objeto amparar ciertos bienes socialmente preferentes. La determinación de cuáles de esos bienes son los que cada delito tiene como objeto de protección permite, a su vez, agrupar las distintas figuras penales que se dirigen a la protección de un mismo bien o bienes análogos, de allí que se reconozcan delitos que protegen la vida, la propiedad, la libertad individual, etc. Las leyes penales, en particular los códigos, generalmente tienen en cuenta esa circunstancia para clasificar los hechos que sancionan, pero no siempre obran así, pues a veces relacionan ese supuesto clasificatorio con los objetivos y fines perseguidos al dictarse una ley en particular o al reglar un conjunto de conductas prohibidas, que llevan a abarcar en un mismo sector a delitos que no siempre tienen igual bien jurídico en consideración. No obstante, el legislador los reúne sea porque esos delitos requieren de autores con una determinada característica, o porque tienen una clase especial de víctimas, o una modalidad dada de ejecución, o cualquier otro aspecto o criterio valedero. De modo que no sólo los bienes jurídicos han de considerarse al hacer el análisis, sino también la *ratio legis*. Esto aparece evidente en el párrafo de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal (Título V), donde se describe una gama de conductas que no siempre tienen por objeto proteger un mismo bien jurídico, pero que se vinculan por la calidad del sujeto que las realiza: un funcionario público. No puede, de consiguiente, el intérprete alzarse como crítico severo del legislador nacional,[5] que es quien estableció el sistema al describir los delitos en la parte especial del Código en vigencia. En el mensaje sus redactores señalaron –siguiendo las doctrinas político-sociales de

[3] Creus, Carlos, *Derecho Penal, parte especial,* Buenos Aires, 1983, p. 1.

[4] Cfr. Labatut. *D. P.,* t. II, p. 9; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 7; Bustos, Grisolía y Politoff, *D. P., parte especial,* p. 33.

[5] Así lo hace G. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 9.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la época– que "tomaron como punto de partida la organización misma de la sociedad", y con el objeto de mantenerla principiaron considerando los atentados a la soberanía o seguridad del Estado, luego los que afectaban el libre ejercicio de los poderes públicos, y así sucesivamente, hasta terminar con los que tenían relación con la familia, con el individuo y con la propiedad. Ese fue el criterio que se siguió para analizar los crímenes y simples delitos, pero en el Libro III –dedicado a las faltas– tomó en cuenta la gravedad de las mismas y no así aspectos teleológicos.

2. ¿UNA PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL?

Sectores doctrinarios creen en la conveniencia de crear una parte general de la parte especial del Derecho Penal, la que constituiría un puente de unión entre la parte general propiamente tal y los delitos en especial (así Wolf en Alemania, Pisapia en Italia).[6] El referido criterio no ha tenido repercusión, y hasta hoy se considera como una simple propuesta. La doctrina mayoritaria piensa que es suficiente con la parte general tradicional, que ha de construirse teniendo como sustento la parte especial, y para el servicio de ésta. Los problemas que plantean el error, la autoría, las justificantes, no tienen otro fin que facilitar la solución de las dificultades que encuentran su origen en el análisis de cualquier delito. Parece inadecuado crear una parte general específica para los delitos, toda vez que, como se ha anotado, la general está al servicio de la parte especial, que tiene por objeto señalar los bienes jurídicos de que se preocupa y cuáles son los tipos de injustos que considera, materias estas que escapan a la preocupación de la parte general y marcan la diferencia entre ambas.[7]

Históricamente la parte general se ha ido desarrollando con los comentarios que en el tiempo se fueron reuniendo al analizar los delitos en particular; fue una labor lenta de los estudiosos de la ley penal –que en los primeros tiempos simplemente se dedicó a crear figuras penales y señalar su sanción– con motivo de su aplicación, la que se tradujo en el establecimiento de criterios

[6] Creus, op. cit., p. 2.

[7] Vives Antón, *T. S., D. P., parte especial,* pp. 25-26.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

generales sobre el *iter criminis,* la participación y la culpabilidad. A través de los siglos pasaron a constituir un conjunto de principios básicos y fundamentales que dieron vida a una parte general del Derecho Penal, y que en la etapa de la codificación se incorporó como una sección con cierta autonomía, aunque siempre conservando su carácter dependiente de la especial. Esta modalidad dual del Derecho Penal –parte general y parte especial– fue incorporada en la doctrina por autores de prestigio como Romagnosi, Carrara, Feuerbach, y continúa siendo respetada por la doctrina moderna.

No corresponde establecer diferencias tajantes entre ambas partes, general y especial, porque son complementarias, de manera que no exigen puentes que las conecten, creando una particular parte general para los delitos en especial. Es cierto que principios como la analogía, el delito continuado, quedan marginados de la parte especial, pero son compatibles con la parte general, pues si bien es cierto que no hay posibilidad de crear tipos penales analógicamente, sí es posible por analogía establecer circunstancias modificatorias de responsabilidad en favor del procesado. Podría aun la costumbre en determinadas circunstancias, tener un rol en relación a la parte general, lo que ha de descartarse categóricamente en la parte especial. Empero, la parte general no se construye al margen de la especial, por cuanto uno de sus principales objetivos es establecer de modo genérico los elementos de todos los delitos, los presupuestos necesarios para atribuir a un sujeto cualquiera lesión o peligro de lesión de un bien jurídico tipificado, aunque no determina cuáles son estos bienes ni qué actos peligrosos o lesionadores los constituyen, por cuanto estas materias las precisa la parte especial, lo que evidencia la inseparabilidad ontológica y sistemática de una y otra.[8]

3. METODOLOGÍA QUE SE EMPLEARÁ PARA EXPONER LA PARTE ESPECIAL

Quizá el sistema más recomendable para el comentario de los delitos en especial es respetar el criterio empleado por el legis-

[8] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, *D. P., parte especial,* p. 25.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

lador al describirlos. De ser así, se debería seguir estrictamente el Código Penal, que los ha dividido entre los diez títulos que constituyen su Libro II: I, Crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; II, Crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado; III, De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución; IV, De los crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio; V, De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos; VI, De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares; VII, De los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública; VIII, Crímenes y simples delitos contra las personas; IX, Crímenes y simples delitos contra la propiedad, y X, De los cuasidelitos.

Es cierto que, en principio, no es recomendable alterar el orden seguido por el legislador, pero está justificado hacerlo para efectos sistemáticos, sobre todo en obras como la presente, cuyo destino principal es servir de complemento a la cátedra universitaria.[9]

En la actualidad la doctrina distingue dos grandes grupos de figuras delictivas:[10] a) aquellas que afectan a los bienes jurídicos del individuo, y b) aquellas que afectan a los bienes jurídicos de la sociedad. Esta clasificación en parte ha sido acogida por algunos autores,[11] y la consideraremos no sólo por su sentido valórico, sino particularmente por sus cualidades didácticas. La cátedra nacional generalmente inicia la enseñanza de la parte especial con los delitos que afectan al individuo, camino que se adoptará en esta exposición.

Atendido lo comentado, a continuación se analizarán los delitos contra las personas que se tratan en el Libro II, título VIII, pero en el cual se incluirá el delito de aborto, que está descrito en el título VII. Se iniciará el estudio de estas figuras con los delitos contra la vida, que el Código sanciona entre aquellos que protegen a las personas.

[9] En forma análoga razona Etcheberry (*D. P.*, t. III, pp. 10-11).

[10] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 5.

[11] Cfr. T. S. Vives Antón, *D. P., parte especial*, pp. 25-26.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

4. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

A. *Conceptos generales sobre estos delitos*

El título VIII del Libro II se denomina "Crímenes y simples delitos contra las personas",[12] y está dividido en ocho párrafos: el 1° "Del homicidio"; el 2° "Del infanticidio"; el 3° "Lesiones corporales"; el 4° "Del duelo"; el 5° "Disposiciones comunes a los párrafos I, III y IV de este título"; el 6° "De la calumnia"; el 7° "De las injurias", y el 8° "Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores".

El simple enunciado de las diversas figuras que comprende permite plantear reparos en relación al empleo de la voz "personas" que los engloba. La Comisión Redactora no hizo, al parecer, un mayor análisis del título, simplemente lo recogió del C. P. español de 1848, que sirvió de modelo para redactar el nacional. La expresión "persona" tiene distintos matices; desde un ángulo jurídico-penal puede considerarse que se refiere a quien es titular de los derechos que el Código señala como objetos de protección; puede también entenderse como el ente físico que constituye la persona o podría hacer alusión a la esencia de la persona, o sea, su vida. Estos sentidos o alcances de la expresión "persona" no son satisfactorios, pues "personas" son los titulares de todos los derechos que son objeto de preocupación de las leyes penales, y no sólo de aquellos a que se refieren los delitos que se sancionan en este título; la propiedad, la familia, el estado civil, etc., siempre se vinculan con las personas. No puede referirse el ente físico de la persona, porque el título comprende a los delitos de injuria y calumnia, que dicen relación con la persona como ente espiritual; y, de otro lado, existen demasiadas figuras regladas fuera de este título que se vinculan con la persona como cuerpo físico; suficiente es recordar el robo con violencia, la violación, el secuestro, entre muchas otras. Se descarta, a su vez, la posible referencia a la vida como valor esencial, porque sanciona al delito de lesiones, que si mediatamente se relaciona con la vida, pro-

[12] Códigos penales más modernos, como el de Colombia (1980), emplean una mejor denominación: "Delitos contra la vida y la integridad personal" (Tít. XIII); el de Perú (1991), "Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud" (Tít. I).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

tege un bien jurídico diferente. Además en este título se dejó al margen el delito de aborto, cuyo objeto es la defensa de la vida en formación; sin embargo, su descripción se hizo en un lugar distinto (el título VII). Se puede señalar que aunque el Código Penal español mantenía la misma denominación que se critica, en la Propuesta del Anteproyecto de un Nuevo Código Penal de 1983, se abandonan esas expresiones y se reemplazan por la de "vida" e "integridad", que parecen más apropiadas. No obstante, el Código Penal de 1995 de España, inicia la parte especial con los delitos que afectan a las personas, pero sin emplear esta expresión. Sus párrafos los titula "del homicidio y sus formas", "del aborto", "de las lesiones".

La palabra "personas" empleada para individualizar al título VIII ha sido objeto de serias reservas. Autores como Cuello Calón[13] y Quintano Ripollés,[14] en Chile Alfredo Etcheberry,[15] han estimado que excede el ámbito de los delitos que en él se reglan, toda vez que "persona" –como ya se señaló– no es sólo el ente físico y su honor, se extiende a otros valores inherentes a la personalidad, así la libertad, la honestidad, que no están comprendidos en las figuras punibles de este título, pero que sí lo están en las sancionadas en otros títulos.

5. EL HOMICIDIO

5.1. Enunciado

El delito contra la vida por excelencia es el homicidio, pero también hay otros tipos penales que coinciden en la protección de este bien jurídico. En realidad existen numerosas figuras delictivas donde el bien "vida" tiene relevancia y, no obstante, normalmente no se incluyen entre aquellas que especialmente la protegen. Habría que hacer distinción quizás entre aquellas que exclusivamente protegen la vida de las que de manera accesoria o secundaria lo hacen. Ante tal realidad, parece más atinado respetar la deno-

[13] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 432.
[14] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 193.
[15] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 15.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

minación que sobre la materia emplea la ley penal, sin perjuicio que, con fines didácticos y sistemáticos, se analice a continuación del homicidio la figura de aborto, que es un atentado a la vida dependiente (en formación), que históricamente ha constituido un tipo separadamente considerado y con denominación propia.

El párrafo primero del título VIII del Libro Segundo describe y sanciona las conductas constitutivas de homicidio (391 N° 2), y entre ellas distingue (art. 390) la denominada homicidio simple, homicidio calificado (art. 392), parricidio, auxilio al suicidio, y homicidio en riña (art. 394). Se excluye –de manera no explicable– el infanticidio, que se regla en un párrafo especial, bajo el título "Del infanticidio", siguiendo la tradición española, pues así lo hacía el Código Penal de 1848. En España mantuvo cierta vigencia esta nomenclatura hasta el año 1995, oportunidad en que el nuevo Código eliminó como figuras separadas el parricidio y el infanticidio.

La expresión "homicidio", de consiguiente, en nuestro sistema tiene doble alcance:[16] uno genérico, cuando encabeza el párrafo 1°, comprensivo de varias conductas, conformante cada una de ellas de tipos de homicidio. El sentido de esta expresión genérica –homicidio– usada por el Código correspondería al que Beling señala para el "delito tipo" de homicidio –matar a otro–, que no se define ni se pena en la ley, pero cuya noción se desprende de las diversas figuras que sí se sancionan. En sentido restringido, "homicidio" se refiere al tipo penal descrito en el art. 392 N° 2, como figura básica de este grupo de delitos.[17]

5.2. Clasificación de los homicidios

Los delitos de homicidio se pueden agrupar en dos amplios sectores: figuras *principales* y *secundarias*. Entre las principales están el homicidio simple, el homicidio calificado, el parricidio y el

[16] Cfr. Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal, parte especial,* "Delitos contra las personas", p. 3; M. Cobo del Rosal, J. C. Carbonell Mateu, *D. P., parte especial,* p. 505; Muñoz Conde, *D. P., parte especial,* p. 10.

[17] Bustos, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte especial,* Barcelona, 1986, p. 22.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

infanticidio. El homicidio simple es la figura base (genérica y residual),[18] el homicidio calificado y el parricidio, desde el punto de vista de sus sanciones, son delitos agravados, y el infanticidio –en relación al parricidio– es una figura privilegiada (atenuada).

Son figuras secundarias el auxilio al suicidio y el homicidio en riña, aunque la naturaleza de esta última descripción es discutible, y con acertado criterio se eliminó en el Código Penal de España.

Todos estos delitos tienen por objeto proteger la vida plena o independiente, o sea, la vida de la persona después del nacimiento. Como a su vez el aborto ampara la vida dependiente o en formación, o sea, la de un ser humano antes de que nazca, se comentará a continuación de estos delitos, por cuanto se trate de existencia independiente o dependiente, lo protegido en definitiva es la "vida". La diferencia incide en la intensidad de la protección que en el ámbito penal se presta a una y a otra, pero el bien jurídico es el mismo, sin perjuicio que la ley sea más estricta con los atentados a la vida independiente, que reprime con sanciones de mayor drasticidad.

El homicidio simple constituye la figura base o residual de los delitos de homicidio, por ello se iniciará el comentario con este tipo penal; los enunciados generales que en él se hagan serán aplicables a las demás figuras, agravadas y privilegiadas, que se tratarán de manera separada y sólo en cuanto a las particularidades y modalidades que presentan.

Existen otros atentados a las personas que están tratados en el título VIII, entre los delitos contra las personas, tales como las lesiones y mutilaciones, que se califican como atentados a la salud y la integridad física, pero que indudablemente deben vincularse con la vida. Si no hay salud o cuerpo físico, no hay vida para los efectos jurídico-penales, de suerte que estos bienes aparecen como presupuestos de la vida y podría estimarse que se encuentran en relación progresiva con ésta. Si bien los referidos principios son reconocidos por sectores de la doctrina,[19] se debe concluir que los bienes vida, salud e integridad corporal son diferentes y jurídicamente tienen distinta valoración; sin

[18] Cfr. Cobo del Rosal-Carbonell, op. cit., p. 505.

[19] Cobo-Carbonell, op. cit., p. 504.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

perjuicio de ello, en las hipótesis límite ha de tenerse en cuenta la referida relación.[20]

5.3. El homicidio simple

A. *Concepto*

El delito de homicidio simple es la figura base de los delitos de homicidio, porque sus elementos fundamentales integran también a las otras formas de homicidio y, además, es residual, toda vez que en él calzan aquellas muertes que siendo ilícitas no conforman un tipo de homicidio especial. El homicidio simple no se encuentra definido en el Código Penal, que prácticamente se limita a precisar su sanción en el art. 391 N° 2.

Para determinar su concepto, hay que relacionarlo con lo expresado por el N° 1 del art. 391, y los arts. 390 y 394.

De lo que dicen estas disposiciones se colige que homicidio simple es "la muerte que una persona causa a otra sin que concurran las circunstancias propias del parricidio, infanticidio u homicidio calificado".[21]

Se trata, de consiguiente, de un tipo penal al cual se llega por exclusión de las figuras agravadas y privilegiadas, lo que autoriza a calificarlo como figura residual o subsidiaria.

A continuación se analizará su objetividad jurídica, y el tipo objetivo y subjetivo.

B. *Bien jurídico protegido*

El bien u objeto jurídico protegido por los distintos delitos de homicidio es la vida, noción que escapa a posibles definiciones de orden normativo, pero –como expresa Bacigalupo– su sentido

[20] Véanse los comentarios que sobre el homicidio frustrado con resultado lesiones gravísimas se hacen en *El homicidio y sus figuras penales,* M. Garrido, pp. 69 y ss.

[21] En el mismo sentido, Bustos, Grisolía y Politoff, op. cit., p. 51.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

es obvio.[22] Lo protegido por esta figura es la vida, sin distinción alguna, bien cuya garantía está avalada por la Constitución en el art. 19 N° 1, donde se asegura la vida de la persona como la del que está por nacer. Pero el homicidio protege únicamente la vida de la persona viva, que tiene existencia independiente, no la del *nasciturus,* cuya existencia es dependiente y que se ampara con el delito de aborto.

En el plano físico-biológico[23] la protección de la vida es amplia, opera a pesar de la voluntad del titular de ese bien, porque no es un bien disponible conforme a los deseos del dueño. Si bien la protección de la vida es amplia, nunca llega a ser absoluta; eso sucede, por lo demás, con todos los bienes calificados como valiosos en materia penal, porque sin perjuicio de que se consideren dignos de ser amparados frente a las posibles lesiones o puestas en peligro que los afecten, su protección encuentra límite cuando entra en colisión con otros derechos relevantes. La vida no escapa a ese principio, se permite su sacrificio frente a la defensa legítima en determinados casos (art. 10 N^{os} 4, 5 y 6), o ante la reacción del Estado respecto de hechos de alta gravedad, al imponer la pena de muerte, sanción que tiene reconocimiento en la Constitución (art. 19 N° 3 de la C.P.R.), la que acertadamente restringe su imposición al exigir que la ley que la determine se apruebe con un quórum calificado.

Las legislaciones se inclinan por proteger con amplitud el bien vida en sentido físico-biológico para evitar que se incurra en la distinción que hicieron países como Alemania e Italia, con fundamento en aspectos raciales o en anomalías síquicas. Como señala Bajo Fernández, siguiendo a Esser, el mero extremo físico de la persona o su consideración como objeto con contenido de valor (cuya protección depende de este último) "no se encuentra nunca en su total puridad en un derecho concreto".[24]

La doctrina nacional concuerda en que en principio la vida es protegida con el delito de homicidio en su plano físico-biológico, libre de valoraciones sociales sobre la calidad o naturaleza de esa vida. En consecuencia, su debilidad o proximidad de ex-

[22] Bacigalupo, op. cit., p. 13.
[23] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 58.
[24] Bajo Fernández, Miguel, op. cit., p. 5.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

tinción no permite excluirla de protección, por ello se rechaza la eutanasia. Todas las vidas son igualmente amparadas, sea que su titular sea hombre o mujer, niño o anciano, de cualquier color o raza, viable o no viable (con o sin capacidad para sobrevivir después de nacido).[25] Lo protegido, en todo caso, es el individuo como "función vital" integral; hay vida por lo tanto mientras el complejo orgánico del sujeto –como un todo– funciona como tal, no cuando alguna parte del mismo puede seguir operando.[26] Así un corazón que se mantenga operativo fuera del cuerpo, o cualquier otro órgano, no constituye vida para estos efectos, y su destrucción no es homicidio.

La noción señalada es la concepción tradicionalmente aceptada en relación a la protección de la vida, pero en los últimos decenios se le han incorporado criterios valorativos con motivo de los progresos científicos alcanzados por la ciencia médica, que la han proyectado a planos que primitivamente se visualizaban como de un futuro lejano. Hacemos referencia a la denominada mecánica genética, a los adelantos del tratamiento médico y, especialmente, a los trasplantes de órganos, que han obligado a la revisión de numerosos conceptos que históricamente hasta esta segunda mitad de siglo no eran discutidos, tanto sobre el inicio de la vida como de su término. La Carta Fundamental en este aspecto no es todo lo explícita que podría haber sido; pretendiendo garantizar la vida dependiente hace referencia a la "vida del que está por nacer", expresión cuya interpretación se presta a equívocos; es dudoso sostener que el óvulo femenino recién inseminado es alguien que está por nacer.

En nuestro país se ha dado un paso adelante, en todo caso, pues el artículo 3° de la Ley N° 20.120, de 22 de septiembre de 2006, que se refiere a la investigación científica, prohíbe "toda clase de práctica eugenésica, salvo la consejería genética". Esta misma Ley se preocupa de poner cierto límite a la generación del ser humano, pues el artículo 5° dispone: "Prohíbese la clonación de seres humanos, cualesquiera que sean el fin perseguido y la técnica utilizada".

[25] Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 172, Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 22; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 59-60; Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 436; Bajo Fernández, op. cit., p. 5.

[26] Creus, op. cit., p. 6.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El artículo 17 de esta normativa sanciona como delito con pena privativa de libertad la infracción de tales prohibiciones.

Hoy ofrece particular importancia determinar desde cuándo y hasta cuándo se extiende la protección de la vida plena para los efectos del delito de homicidio. La respuesta podría aparentemente ser simple: desde el nacimiento hasta la muerte; pero el problema se suscita en torno a la precisión de ambas nociones, lo que hasta hace pocas décadas no era imprescindible. Por el momento no se hará referencia a la vida dependiente, que se analizará al estudiar el aborto. Puede afirmarse categóricamente, desde luego, que no hay interrupción en la protección de la existencia, no hay espacios entre la vida en formación y la vida independiente libres de ser amparadas por el Derecho Penal. El problema radica en precisar cuándo termina una y cuándo comienza la otra, lo que puede repercutir en la calificación del hecho delictivo, sea como aborto u homicidio.

C. *El nacimiento*

En materia penal, y sobre todo para efectos del homicidio, se es persona desde que se nace, lo que se desprende de la descripción de los tipos penales a la que se aludirá a continuación y por el hecho que la Constitución Política así lo establece. Suficiente es leer su art. 1°, que dice: "los hombres *nacen* libres e iguales en dignidad y derechos", de modo que la personalidad se adquiere con el nacimiento y por esa sola circunstancia se es libre e igual a los demás seres humanos; además, el ya citado art. 19 N° 1 en su inciso 2° declara que la "ley protege la vida del que está por *nacer*", en consecuencia, al vincular este precepto con el inciso primero se colige que se es persona desde que se nace.

La duda que tradicionalmente se ha presentado en el ámbito penal se refiere a lo que se debe entender por "nacimiento", y ello porque en la primera mitad del siglo se pretendió proyectar los principios de orden civil al Código Penal, criterio que la moderna doctrina unánimemente ha descartado, por tratarse de áreas que reglan institutos diferentes. Basta recordar que el inciso 2° del art. 74 del Código Civil presume que no ha existido jamás "la criatura que muere en el vientre materno", premisa que al aplicarla en materia

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

penal podría provocar problemas en el delito de aborto; además los arts. 80 y siguientes del Código Civil presumen la muerte del desaparecido. Pero aun recurriendo a los preceptos civiles se llega a conclusión análoga a la que se señalará a continuación.

En el ámbito penal la noción "nacimiento" o "inicio de la personalidad" no ofrece dudas, pues el art. 394 aclara las que podrían suscitarse, porque regla el delito de infanticidio entre los delitos contra las personas, de lo que se infiere que para el Código Penal el sujeto pasivo en esa figura es una "persona". De otro lado, la referida disposición califica como infanticidio la muerte del hijo o descendiente "dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto", lo que implícitamente importa hacer coincidir para los efectos penales la noción de "parto" con la de "nacimiento", que es el principio de toda persona. De modo que ambos instantes se refieren al mismo hecho considerado desde perspectivas diversas: para la criatura es nacimiento, para la madre es parto. Indudablemente, después del parto la criatura debe sobrevivir, o sea, haber respirado y tener circulación sanguínea propia (autonomía de vida) siquiera un instante, pero no tiene trascendencia que esté o no cortado el cordón umbilical que la une a la placenta, que no forma parte del cuerpo de la madre, y que también se expulsa naturalmente. El Código Penal señala que la muerte causada al recién nacido dentro de las 48 horas "después del parto" constituye infanticidio –no delito de homicidio–, pero aunque el infanticidio esté en párrafo aparte, sistemáticamente es una forma de homicidio. A su vez, la muerte del producto de la concepción antes del parto y durante el parto es aborto, lo que se explicitará al analizar este delito. En otras legislaciones se sigue un sistema diverso respecto a este último aspecto, calificando muertes como las recién señaladas de infanticidio.[27]

De modo que la expulsión del producto de la concepción del vientre materno marca la diferencia entre el aborto y el homicidio. Esta separación –se haya cortado o no el cordón umbilical– otorga

[27] En el Código Penal de Perú de 1991, el delito de infanticidio se extiende a la muerte del hijo durante el parto (art. 110). En el Código Penal de Argentina la muerte provocada del producto de la concepción, durante el nacimiento, es infanticidio (art. 81, inc. 2°). Otro tanto sucede en el Código Penal de Italia (art. 578).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

individualidad a la criatura y la madre pasa a ser prescindible o sustituible por una máquina (en el parto prematuro, una incubadora) o por otra persona.[28]

Si se acude a las normas del Código Civil, se puede llegar a conclusiones análogas a las que se desprenden del Código Penal, aunque en este aspecto se han planteado ciertas discusiones a las cuales no haremos referencia por estar sobrepasadas históricamente.[29] Como bien hace notar Etcheberry, los arts. 55 y 74 del Código Civil permiten concluir que es persona todo individuo de la especie humana nacido de mujer; el nacimiento según la segunda disposición es el inicio de su existencia legal y se produce "al separarse completamente de su madre". Separación completa es un concepto civil normativo que debe entenderse en el sentido jurídico, o sea, que la criatura haya adquirido la calidad de individuo, que materialmente tenga existencia física independiente de la de su madre, que esté separado espacialmente de ella y, al mismo tiempo, que viva por sí mismo: tenga circulación sanguínea propia y respire por sus pulmones. Carece de trascendencia que el cordón umbilical esté o no cortado, porque ese cordón lo une a la placenta, que es un órgano extraño al cuerpo de la mujer.[30]

De consiguiente, en nuestra legislación no pueden proponerse situaciones como las suscitadas en España, donde la doctrina disiente desde cuándo un atentado a la vida constituye homicidio o aborto. Así existe un sector conforme al cual hay homicidio cuando "comienza el nacimiento", de modo que los atentados durante el proceso del parto constituirían homicidio y no aborto,[31] en tanto que otros participan del criterio aquí sostenido: sólo se

[28] López Barja de Quiroga, Jacobo, *Derecho Penal, parte especial,* p. 18.

[29] Sectores de la doctrina sostenían que los conceptos de parto y nacimiento eran diversos, el primero consistiría en la simple expulsión de la criatura del vientre de la madre, en tanto que el segundo requeriría del corte del cordón umbilical (Raimundo del Río, *Derecho Penal,* 1939, Santiago, pp. 369 y ss).

[30] Véase la amplia argumentación de Etcheberry sobre este punto en su *D. P.,* t. III, pp. 21 y ss. En igual sentido Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 53 y ss.

[31] Así lo estiman autores como Cuello Calón, *D. P.,* t. II, p. 435; Cobo del Rosal y Carbonell, op. cit., p. 510. Autores como Muñoz Conde exigen el corte del cordón umbilical, *D. P.,* p. 8; otro tanto hace Bacigalupo, op. cit., p. 16, y Bajo Fernández, op. cit., p. 22.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

puede cometer homicidio en contra del nacido. El problema tiene importancia tanto respecto de la participación como del delito culposo, en el sistema nacional no existe aborto culposo, las manipulaciones descuidadas que se realicen por el facultativo durante el nacimiento no pueden castigarse penalmente conforme a la doctrina del nacimiento, en tanto que si se concuerda con la del comienzo del nacimiento, tales comportamientos podrían constituir cuasidelito de homicidio.

D. *La muerte*

La muerte es una noción de orden naturalista, para efectos jurídicos sin embargo tiene carácter normativo, fundamentalmente porque el legislador se ha visto compelido a precisar la forma de diagnosticarla, lo que importa en definitiva adoptar una posición en cuanto a qué ha de entenderse por morir para los efectos jurídicos. Esta situación, que es relativamente nueva, deriva de los adelantos científicos y de las modernas técnicas médicas, que han abierto la posibilidad de trasplantar órganos, algunos tan vitales como el corazón, y también de prolongar el funcionamiento biomecánico del cuerpo y de sus órganos más importantes.

La noción de muerte es una sola: la cesación de la vida,[32] pero al Derecho no le interesa determinar la concepción ontológica de la muerte, sino precisar el momento en que se puede afirmar –para los efectos legales– cuándo una persona ha dejado de ser tal, por haberse iniciado el proceso de su extinción, de manera irreversible.

Tradicionalmente la denominada *muerte real* se constataba con los *signos positivos de muerte:* las alteraciones que por ese motivo sufren las distintas partes del cuerpo, de orden químico y físico, como la rigidez, las livideces cadavéricas, la putrefacción y otros análogos. Pero como la muerte es un proceso donde los órganos del cuerpo van cesando en sus funciones en etapas y momentos distintos, que se prolongan en el tiempo, se acostumbró diagnosticarla considerando los llamados *signos negativos de vida,* o sea, la cesación de las funciones vitales fundamentales, la circulación sanguínea, la respiración, los reflejos, el movimiento. En el fondo,

[32] Cousiño, Luis, *Manual de Medicina Legal,* t. II, p. 213.

LA JURISPRUDENCIA DE LIBROS EN DERECHO - LEY Nº 17.336

se trata del diagnóstico de la muerte, que constituye la "muerte clínica".[33]

Como los diversos órganos del cuerpo en este proceso no se deterioran coetáneamente, unos lo hacen antes que otros y, al mismo tiempo, existe la conveniencia de aprovechar esas partes del cuerpo para salvar otras vidas cuya sobrevivencia depende de que se les reemplace el órgano que tienen lesionado por el sano de una persona recién fallecida, ha debido buscarse un sistema que permita usar algunas de esas piezas antes de que sufran deterioro. De allí que el legislador nacional haya recogido el criterio de la muerte cerebral, al igual que lo han hecho numerosas legislaciones. Este criterio tiene como fundamento que la corteza del cerebro no puede subsistir sin oxígeno más allá de unos pocos minutos (entre 3 y 6); muertas las células cerebrales la función del cerebro cesa de manera irreversible. Si se concibe la "vida" como el "crecimiento y progreso finalista de un ser hacia el cumplimiento de sus posibilidades potenciales", la muerte podría ser la "desaparición de ese todo organizado armónica y teleológicamente" que es el ser humano; sin función cerebral no habría vida en el sentido de humanidad.[34]

En nuestro país, en forma relativa y para el solo efecto de los trasplantes, se ha incorporado esa noción. En efecto, la Ley N° 19.451, publicada en el Diario Oficial de 10 de abril de 1996, que "Establece normas sobre trasplante y donación de órganos", dispone en el art. 7° que para efectos de esa ley "se considerará como muerte la referida en el art. 11", y en esta última disposición prescribe que "Para los efectos previstos en esta ley, la muerte se *acreditará* mediante certificación unánime e inequívoca, otorgada por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía.

Los médicos que otorguen la certificación *no podrán formar parte del equipo que vaya a efectuar el trasplante.*

La certificación se otorgará cuando se haya comprobado la *abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas,* lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados. El reglamento deberá considerar, como mínimo, que la persona cuya muerte encefálica se declara, presente las siguientes condiciones:

[33] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 62.

[34] Tozzini, Carlos. *El problema de la muerte del donante en los trasplantes de corazón.* "Problemas actuales de las ciencias penales", Buenos Aires, 1970, p. 249.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

1. Ningún movimiento voluntario observado durante una hora;
2. Apnea luego de tres minutos de desconexión de ventilador, y
3. Ausencia de reflejos troncoencefálicos.

En estos casos, al certificado de defunción expedido por un médico, se agregará un documento en que se dejará constancia de los antecedentes que permitieron acreditar la muerte".

El Reglamento de la citada Ley N° 19.451 (Decreto N° 656 del Ministerio de Salud Pública, Diario Oficial de 17 de diciembre de 1997) en su artículo 22 dispone que la certificación de la muerte encefálica "se otorgará cuando se haya comprobado la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas, lo que se acreditará con la certeza diagnóstica de la causa del mal, realizando un diagnóstico positivo del daño encefálico estructural, según parámetros clínicos corroborados por las pruebas o exámenes calificados". La disposición agrega que la evaluación debe ser hecha por dos médicos cirujanos –uno de los cuales tiene que ser neurólogo o neurocirujano, que no puede formar parte del equipo a cargo del trasplante– y antes de llevarla a cabo debe excluirse toda circunstancia "que pueda restar validez o interferir el examen clínico y específicamente" hace referencia a cuatro de ellas, entre las cuales menciona "la presencia de hipotermia, definida como temperatura corporal central inferior a 35° C" y la "intoxicación con depresores del sistema nervioso central". Precisa que durante el proceso de evaluación la persona deberá presentar cuatro condiciones: "estar en coma y sin ventilación espontánea", no tener reflejos de decorticación, ni descerebración, ni convulsiones; carecer de reflejos fotomotores "corneales, ocuvestibulares, faríngeos ni traqueales", y no presentar movimientos respiratorios espontáneos.

El referido artículo 22 en su inciso penúltimo reglamenta la certificación en el caso de muerte de niños. Cuando se trata "de menores de dos meses, la evaluación clínica antes señalada deberá acompañarse de un electroencefalograma con resultado isoeléctrico y repetirse con un intervalo mínimo de 48 horas", este intervalo va disminuyendo según aumenta la edad del menor, de modo que para los mayores de diez años y menores de quince es sólo de seis horas.

Si en las evaluaciones en comentario no es posible cumplir con algunas de las especificaciones a que se ha hecho referencia, el Reglamento dispone que se aplicarán las técnicas de laboratorio

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que determine el Ministerio de Salud. De acuerdo al artículo 23 el certificado, tratándose de muerte encefálica, debe ir acompañado de un documento "en el que conste los antecedentes que permitieron acreditar la muerte". En aquellos casos en que se sospeche que la muerte ha sido consecuencia de un delito o ha sido causada por vehículo en la vía pública y, en general, cuando pueda dar lugar a un proceso criminal, se solicitará autorización al Director del Servicio Médico Legal, o al médico cirujano en quien haya delegado esa atribución (art. 24).

La Ley de trasplantes fue modificada en relación a su artículo 11; el texto actualmente vigente que se ha comentado, es más estricto que el primitivo en las exigencias para certificar el deceso, requiere la cesación total e irreversible de todas las funciones encefálicas, en tanto que el texto anterior exigía la cesación irreversible de las funciones del cerebro. El encéfalo importa un conjunto de funciones de mayor extensión, el tenor de la norma podría excluir casos en que una persona ha sufrido una afección que lo haya dejado en estado vegetal. Pero esto no autorizaría para concluir que el legislador habría adoptado posición –desde una perspectiva de valor– respecto a qué debe considerarse *vida para estos efectos,* no significaría que se ha inclinado por la noción de vida orgánica (físico-biológica),[35] en contraposición a la de vida identificada con la conciencia de la propia existencia y del mundo que nos rodea (vida síquica).

E. *Prolongación artificial de la vida. Aceleración del proceso de muerte (eutanasia)*

Los adelantos técnicos han hecho posible que la vida pueda prolongarse artificialmente cuando una persona está en proceso de muerte, sin que tales medidas se dirijan a la recuperación de su salud. Salvo expresa voluntad del afectado, o de quienes pueden manifestarla por él esa prolongación no importa una obligación inherente al tratamiento médico. La interrupción de los procedimientos que no tienen fines terapéuticos, sino que se dirigen a prolongar artificialmente el proceso de terminación

[35] Cfr. Ranieri, Silvio, *Manual de Derecho Penal,* t. V, p. 315.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de la vida (*eutanasia pasiva*), no importa homicidio. A su vez, la mantención de la vida artificialmente (sobrevida), sin objeto de recuperación del paciente –*ortotanasia*– no es punible.

La situación contraria es la aceleración del proceso de muerte –*eutanasia activa*–, que sí constituye homicidio, porque la vida se protege sin importar su precariedad, por débil que sea queda siempre bajo la protección del derecho.[36]

No tiene importancia para estos efectos que el organismo se mantenga funcionando con la colaboración de medios artificiales, siempre que éstos no reemplacen todas las funciones vitales. El que está sujeto a un pulmón mecánico, o a un marcapasos, vive,[37] suspenderle esa ayuda importa homicidio, si como consecuencia de tal acto fallece. No tiene trascendencia que la víctima manifieste su voluntad para que se le prive de la existencia, o de su consentimiento en tal sentido, porque la vida, como se ha precisado, es un bien indisponible. La voluntad tiene trascendencia en el tratamiento médico, porque no puede ser impuesto a una persona, a menos que sea el único medio de evitar su muerte. Es explicable que sea rechazado el tratamiento por el paciente cuando con él se logra retardar únicamente el proceso natural de terminación de la vida o su simple suspensión momentánea. El bien *vida* siempre es objeto de una superior protección en el ámbito constitucional y penal, el facultativo que trata al paciente en semejantes contingencias adquiere el papel de garante de ese bien, obligación que debe asumir a pesar de la voluntad en contrario del afectado. No obstante lo señalado, amplios sectores de la doctrina se inclinan hoy por reconocer la preeminencia de la libertad del paciente pare renunciar a la atención médica dirigida a preservar su salud o su vida, posición que respaldan en el derecho que le corresponde en su calidad de ser humano para decidir sobre su propia existencia (muerte digna).

[36] Autores como Muñoz Conde piensan que "la mitigación del dolor que no produce un acortamiento verificable de la vida del paciente", sería una acción lícita (op. cit., p. 9).

[37] Cfr. Creus, *D. P., parte especial*, p. 7.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

F. *El tipo penal del homicidio simple*

Como toda figura penal, la descripción que se hace de ella en el art. 391: "El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado...", comprende dos fases, la objetiva y la subjetiva. A continuación se analizará cada uno de estos extremos.

G. Tipo objetivo

El tipo objetivo está integrado por la descripción de la conducta prohibida (acción u omisión), que consiste en la actividad dirigida a matar a otro; por el resultado, que es precisamente el deceso de una persona y como tercer elemento del tipo se requiere la relación de imputabilidad objetiva de esa muerte a la conducta realizada por el agente (o como tradicionalmente se ha expresado: la relación de causalidad).

G.1. La conducta

Consiste en *matar a otro* y se ha aceptado que ese comportamiento no sólo comprende la *acción* positiva dirigida a provocar la muerte, sino también la *omisión* de una acción que pudo impedir o evitar esa muerte. Se trata de un tipo *resultativo*[38] o prohibitivo de causar el resultado muerte de otro,[39] de consiguiente no tiene importancia (salvo para los efectos del homicidio calificado) la forma o manera de provocar el deceso, lo prohibido es causar una muerte, es un delito de medios abiertos[40] y de resultado.

G.2. La acción

Consiste en el comportamiento positivo (o activo) de un sujeto que se concreta en la muerte de otra persona distinta a aquella que

[38] Bajo Fernández, op. cit., p. 7.
[39] Cobo-Carbonell, op. cit., p. 505.
[40] Labatut, *D. P.*, t. II, pp. 172-173.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

realiza la actividad (el suicidio no es un hecho típico). Los *medios* empleados para matar pueden ser *materiales* o *inmateriales*. Los materiales son directos (cualquiera actividad personal del sujeto como disparar a la víctima, golpearla) o indirectos, como usar a animales o a terceros inocentes que realizan la actividad de matar sin saberlo (pueden ser inducidos a error); es posible emplear a la víctima como instrumento (colocar un artefacto explosivo en la puerta de la habitación de la víctima de modo que al abrirla cause su propia muerte). Es homicidio también aquella hipótesis en que la misma víctima provoca su deceso (se entierra el cuchillo con que lo ataca su agresor al pretender arrebatárselo).[41]

Los medios inmateriales pueden ser *intelectuales* (el agente invita a la víctima a que recorra un terreno que él sabe que está minado) o *morales*, que son aquellos que actúan sobre la psiquis del sujeto pasivo, creándole una intensa impresión que causa su deceso (anunciarle al anciano, enfermo grave del corazón, que su hijo más querido ha fallecido).[42] Entre los medios intelectuales se puede incluir la palabra (decirle al no vidente que continúe avanzando cuando enfrenta un precipicio).

G.3. La omisión

Existe consenso en la doctrina nacional en el sentido de que la omisión es una forma de cometer homicidio.[43] La omisión puede dar vida a un delito de homicidio de omisión impropia, como también puede dar lugar a la falta de omisión de socorro (art. 494 N° 14).

[41] Creus, op. cit., pp. 8-9.

[42] Se piensa por algunos autores, como Jiménez de Asúa, que matar empleando medios morales no constituye homicidio, porque el verbo rector del tipo es "matar", pero no aterrorizar o hacer sufrir; asustar no sería matar (*Tratado*, t. III, pp. 499-500). No obstante, mayoritariamente, tanto en España como en Chile se estima que los medios morales son aptos para cometer el delito. En este sentido, entre otros, Creus, op. cit., p. 9; Bustos, op. cit., p. 24; López Barja de Quiroga, op. cit., p. 22; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 20. No sucede otro tanto en Francia, donde tradicionalmente la doctrina se inclina por rechazar tal posibilidad.

[43] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 20; Labatut, *D. P.*, t. II, pp. 172-173; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 68 y ss.; Garrido, op. cit., p. 29.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

La posibilidad de que se consuma por omisión un delito descrito como de acción, en particular cuando se trata de delitos contra las personas, encuentra respaldo sistemático en el art. 492, en cuanto expresa: "Las penas del art. 490 se impondrán también, respectivamente, al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurriere en una *omisión* que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas". Se sabe que cuando se hace referencia a los delitos contra las personas se alude a aquellos reglados en el título VIII del Libro 2°, y entre ellos no se describe ningún tipo omisivo, de manera que implícitamente se está reconociendo que las situaciones allí señaladas pueden realizarse en forma omisiva,[44] y entre ellas está comprendido el delito de homicidio. Los verbos rectores empleados para describir los tipos penales se deben entender en sentido *social* y *normativo,* no naturalístico;[45] como bien señalaba Antolisei, el hombre de la calle no hace ninguna diferencia entre la madre que deja morir de hambre a su niño de la que lo arroja al río.[46]

Respecto de los elementos típicos en el delito de homicidio de comisión por omisión (omisión impropia), se hace remisión a lo señalado sobre este aspecto al tratar la parte general.[47] Sin perjuicio de ello deberá recordarse que el sujeto activo del delito de homicidio requiere en esta hipótesis estar en una situación especial –denominada *posición de garante*– en relación a la víctima. Posición que desde un aspecto formal tiene dos fuentes, según mayoritariamente se acepta;[48] la ley (sobre todo con motivo de las obligaciones de familia: los padres deben protección a los hijos) y el negocio jurídico, entendido en sentido amplio (v. gr. el contrato y el cuasicontrato, que obliga, por ejemplo, a la enfermera contratada por el paciente a protegerlo durante la secuela de su enfermedad). No hay unanimidad en cuanto a calificar como fuentes de esta posición el hacer precedente (si un sujeto crea peligros para terceros, tiene

[44] Cfr. Cury, *D. P.*, t. II, p. 303; López Barja, op. cit., pp. 18-19.

[45] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 8; Mir Puig, *D. P., parte general,* pp. 258-259; Cobo-Vives, *D. P., parte general,* p. 403.

[46] Citado por Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 69.

[47] T. II, pp. 183 y ss.

[48] Cfr. Politoff, *D. P.*, t. I, p. 318.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

la obligación de impedir que éstos se concreten: el que atropella a un peatón estaría obligado a prestarle auxilio; de no obrar así, respondería de homicidio doloso si el herido fallece) y la comunidad de peligro (cuando varias personas enfrentan una situación de riesgos, adquieren el deber de auxiliarse mutuamente, caso del equipo de alpinistas).[49] De consiguiente, el homicidio cometido por omisión es un delito *especial propio,* porque requiere de un autor calificado, que debe cumplir con características particulares, en contraposición con el homicidio por acción, que es un delito *común,* porque su autor puede ser cualquiera persona.

Además de la posición de garante y del resultado muerte de la víctima, para que pueda darse el tipo de omisión impropia deben en la realidad fáctica *darse las circunstancias de riesgo* para la vida de esta última (es el caso del lazarillo, cuando el no vidente avanza hacia el precipicio donde puede despeñarse). Pero lo antes indicado es insuficiente, el garante ha de estar en condiciones de realizar la acción necesaria para evitar que el riesgo se concrete.

Cuando la no realización de una actividad evitadora del peligro que puede causar la muerte de una persona pudo ser cumplida por un tercero que no se encontraba en posición de garante de la víctima, sea que ésta fallezca o no por tal motivo, no hay conducta típica, porque el legislador no impuso como norma general el cuidado de la vida de nuestros semejantes. No obstante, hay un caso especial, en que impuso tal obligación, y es el consagrado en el art. 494 N° 14 (la no prestación de auxilio a la persona que en despoblado está herida, maltratada o en peligro de perecer, a la que debe socorrer salvo el caso que de hacerlo sufra detrimento). Si no se presta ayuda, se incurre en un delito *propio de omisión* (carece de correlato en un delito común), que el Código Penal califica y sanciona como *falta.*[50]

G.4. Modalidades de la acción (el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto de la acción)

Cuando se mata mediante una conducta activa (acción), cualquiera persona puede ser autora del delito de homicidio, sin distinción

[49] Cfr. Politoff, *D. P.*, t. I, p. 320.

[50] Este delito-falta está estudiado en el párrafo N° 18.4.

LA BIBLIOTECA DE LIBROS EN DERECHO LEY N° 17.336

de su sexo, edad o cualquier otra circunstancia, lo mismo sucede con el sujeto pasivo del delito, o sea el titular del derecho a la vida. Las únicas limitaciones son de orden negativo, que ambos sujetos no se encuentren vinculados con la relación parental o conyugal a que se refiere el art. 390 (padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo o ascendiente o descendiente legítimo), o cuando se trata de una criatura de no más de 48 horas de edad y quien lo prive de la vida sea uno de sus ascendientes (art. 394). El objeto de la acción se confunde aparentemente en este caso con el sujeto pasivo, pero son dos nociones jurídicamente identificables: el objeto de la acción es el cuerpo de la víctima, en contra del cual el agente dirige su actividad para provocar el deceso, en tanto que el sujeto pasivo es la persona –como ente jurídico– titular del derecho a la vida que es atacada.

Respecto del homicidio cometido por omisión se plantean ciertas modalidades particulares. Primeramente el sujeto activo no puede ser cualquiera persona, sino aquella que se encuentra en una posición de garante de la vida de la víctima, de consiguiente se trata siempre de un sujeto *calificado,* y por ello el delito deja de ser común, se trata de un tipo *especial propio,* pues de no actuar un sujeto calificado, simplemente no hay otro tipo penal genérico (la institutriz es la encargada de evitar que el menor a su cargo sea atropellado en la vía pública, pero no la amiga que la acompaña o el transeúnte que está presente y que tampoco hacen nada). De otro lado, por la naturaleza de la comisión por omisión, no hay actividad dirigida por el agente en contra del cuerpo de la víctima. En el aspecto subjetivo también hay diferencias entre el homicidio por acción y el de comisión por omisión.[51]

G.5. El resultado

El delito de homicidio es un delito de lesión, requiere para su *consumación* de un resultado: la *muerte de la víctima.* Al comentar el bien jurídico protegido se analizó cómo se establece la muerte de una persona. En general la situación del homicidio en este aspecto no ofrece mayores alternativas, pero puede presentar algunas frente a determinadas modalidades. Tal sucede cuando la víctima

[51] Consúltese párrafo G.8.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

no es sólo una persona, sino dos o más (con una granada se causa la muerte de tres individuos que estaban reunidos), o cuando el deceso se produce con posterioridad –más o menos distanciada– a la realización de la actividad delictiva (el delincuente hiere mortalmente a su enemigo, que es socorrido en forma oportuna, pero fallece semanas después en el hospital). Finalmente, puede ocurrir que el resultado no se produce a pesar de los esfuerzos realizados por el autor (homicidio intentado).

La solución a que se llegue respecto a la ejecución por el agente de un acto materialmente único que se concreta en más de una muerte dependerá de si actuó con dolo o con culpa y de la concepción que se tenga sobre la naturaleza de la acción, vale decir, si se adhiere a una noción naturalista o normativa de acción.[52] Como en esta obra se mantiene una noción jurídica del concepto de acción y, por otro lado, el delito de homicidio *doloso en el Código Penal se colma con la perpetración de un solo resultado de muerte, porque el homicidio protege como bien jurídico la vida individual,* o sea, la de una persona (el tipo homicidio doloso no puede abarcar otras muertes además de aquélla), se concluye que cada una de las vidas a que se puso término constituye un delito de homicidio, sin que tenga relevancia la forma que empleó el autor para concretar su voluntad de ponerles fin. Por lo tanto, habrá un concurso material de delitos dolosos de homicidio que podrá sancionarse de conformidad con el art. 74 del C. P. o 509 del C. de P. P. No corresponde en hipótesis como la comentada aplicar el art. 75, que no rige el denominado concurso homogéneo, sino el heterogéneo y, por ello, nunca podrán esas muertes calificarse como un hecho único, porque jurídica, y también materialmente, son varios: cada una de las distintas muertes que su autor quiso provocar es un hecho distinto. En el ámbito objetivo –en la realidad fáctica– y en el subjetivo –en la mente del autor– hay jurídicamente varias muertes.

Cuando el resultado múltiple corresponde a una muerte causada con dolo y otra con culpa, simplemente se enfrenta un concurso real entre un homicidio doloso y otro atribuible a culpa.

Es frecuente que la acción matadora del autor no se materialice de inmediato en el deceso de la víctima, deceso que sobreviene con posterioridad. Normalmente la referida circunstancia no modifica la relación existente entre la acción y el resultado, de

[52] Esta materia fue comentada en el t. II, párrafo 3.2.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

suerte que si la muerte sobreviene días y aun meses más tarde, siempre se estará ante un homicidio. El problema se suscita cuando entre la acción y el resultado muerte sobreviene algún otro hecho que interrumpe o modifica el curso causal originario; las situaciones que se plantean encuentran solución con los principios de la *causalidad* natural y los de la *imputación objetiva,* que se analizarán en el próximo párrafo.

El resultado –muerte de la víctima– puede no presentarse cuando se realiza el delito, debido a múltiples circunstancias. Puede interrumpirse la acción realizada por el autor, si esa interrupción es voluntaria y definitiva (desistimiento eficaz), los actos realizados serían atípicos, salvo el caso de que constituyeran por sí mismos un delito diferente (lesiones, coacción u otro). Si la ejecución se interrumpe por causas independientes de la voluntad del agente, conforme al art. 7° se estaría ante una tentativa, siempre que el sujeto no hubiera alcanzado a realizar toda la actividad personal que le correspondía, o sea, le quedaban actos que él mismo debía ejecutar (el delincuente saca su revólver, apunta a la víctima, pero terceros le arrebatan el arma, de modo que le faltó apretar el gatillo).[53] Puede el autor incurrir en error que impida que el resultado se concrete (ejem., en el curso causal que pretendió dar a su acción: dispara, pero apunta mal y la bala no hiere a la víctima, o ésta se protege a tiempo), se dará el caso de un homicidio frustrado. Entre otras alternativas, puede suceder que no exista el bien jurídico protegido por el homicidio, o sea, la vida (dispara en contra de un cadáver, incurriendo también el autor en error de tipo, pero al revés), se trata del denominado delito imposible, situación que corresponde estudiar conforme a los principios de la tentativa inidónea.[54]

G.6. Relación de causalidad. Imputación objetiva[55]

El tercer elemento del tipo objetivo es la posibilidad de atribuir el resultado a la acción realizada por el sujeto activo, materia

[53] Consúltese t. II, párrafos 85 y ss.

[54] Tales alternativas se comentan en el t. II, párrafo 95.

[55] Con extensión se refieren a esta materia en relación al homicidio autores como Bajo Fernández, op. cit., pp. 13 y ss.; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 507 y ss.; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 79.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que debe determinarse de acuerdo a los principios normativos de imputación objetiva, que presuponen a su vez una relación causal de orden naturalístico en los delitos de acción.[56] No se detallarán en esta oportunidad las diversas alternativas que tal materia presenta, pero es útil precisar que, como primer paso para poder atribuir el resultado muerte a una conducta dada, ha de establecerse si él mismo está en una relación de causalidad con esa conducta, lo que atendida la posición adoptada en este libro, procede establecer con la doctrina que considera equivalente a todas las condiciones *(conditio sine qua non)*, que consiste en suprimir mentalmente la acción de que se trate, si al hacerlo desaparece el resultado, se colige que ese resultado, en principio, ha sido causado por la acción en cuestión. Cuando se trata de una omisión, se agrega mentalmente la acción esperada, si al hacerlo desaparece la muerte, se establece que esa omisión es causa de aquélla.

Es indudable que para la efectividad del sistema hay que someterlo a correctivos, tales como el de la prohibición del retroceso y, en su caso, al de la supresión hipotética acumulativa de las condiciones concurrentes. De no ser así, la herida leve que con voluntad de matar se infiere a la víctima, que la obliga a dirigirse a un hospital en vehículo que sufre una colisión a consecuencia de la cual muere, constituiría homicidio consumado para el autor de la herida. La prohibición del retroceso permite determinar que el fallecimiento de la víctima tuvo su causa en el accidente automovilístico, de modo que se debe estar al hecho concreto en examen y no retroceder más allá de él. Todo sin perjuicio de que el autor de la lesión responda por el homicidio frustrado que le es atribuible. El segundo correctivo permite resolver alternativas como la del conocido ejemplo de cátedra: un individuo al que le disparan al mismo tiempo dos delincuentes que le causan heridas mortales, si se elimina mentalmente uno de esos disparos, la muerte subsiste como resultado del otro disparo. Aquí el sistema de la supresión mental hipotética aparentemente fracasaría, pero en hipótesis como éstas deben suprimirse copulativamente las dos condiciones (ambos disparos), y si al hacerlo desaparece el resultado, quiere decir que cada uno de esos disparos fue causa del deceso.

[56] Consúltese esta materia en el t. II, párrafo 10.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Establecida la causalidad en la forma indicada –que permite un primer descarte–, debe continuarse el análisis recurriendo a los principios de la imputación objetiva, en otros términos, corresponde establecer si el resultado muerte es consecuencia de la *creación de un riesgo* no autorizado por el sistema jurídico. Es útil recordar algunos principios básicos: al que crea un riesgo no permitido contra la vida, se le atribuye el resultado muerte (si el cirujano dispone una intervención quirúrgica no prescrita por la *lex artis* y el paciente fallece durante la misma, puede atribuirse objetivamente ese resultado fatal a la acción del cirujano); a quien realiza una acción aumentando el peligro inherente a un riesgo autorizado, se le puede atribuir objetivamente ese resultado (el mismo cirujano aludido prescribe y realiza una operación que corresponde llevar a cabo en el caso en cuestión, pero si al efectuarla ensaya un procedimiento de su invención durante el cual fallece el paciente, le es imputable objetivamente ese resultado). En todo caso, el resultado debe producirse en el ámbito de protección de la norma; en las situaciones antes indicadas, por ejemplo, si el paciente fallece durante la intervención quirúrgica, porque se desprendió la lámpara del quirófano, la que al caer le fractura el cráneo mortalmente, este resultado fatal no puede atribuirse objetivamente al cirujano. El ámbito de protección de las normas que regulan la actividad médica no está destinado a evitar contingencias de la naturaleza de la recién descrita; esa muerte queda fuera del ámbito de su protección[57] y de aquel al cual se extiende la posición de garante del facultativo.

G.7. El homicidio concausal

La doctrina no considera en la actualidad al homicidio concausal, porque los principios de la imputación objetiva lo hacen innecesario, y porque supone adherir a las tendencias *individualizadoras* que seleccionan una condición, entre las diversas que concurren a la realización del hecho, y la elevan a la calidad de causa (teoría de la causa adecuada, de la causa necesaria, de la relevancia, entre otras).

[57] Consúltese a Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal,* pp. 373 y ss.; Mir Puig, *D. P.,* p. 189; Bustos, *Manual,* p. 314; Cury, *D. P.,* t. I, p. 290.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

El profesor Labatut decía que hay homicidio concausal cuando "con intención de matar, el agente ejecuta un hecho que por sí solo es insuficiente para producir la muerte, la que sobreviene por la concurrencia de causas preexistentes, concomitantes o supervinientes, ajenas a la voluntad del hechor".[58] (El agente hiere con una daga a la víctima que sufre de hemofilia, con el fin de matarla, pero sólo logra lesionarla superficialmente, no obstante, el herido fallece por anemia aguda). Como el delincuente ignoraba el mal que sufría el herido, la hemofilia se alza como una concausa que no le sería atribuible y respondería por homicidio intentado.[59]

G.8. Comportamiento homicida que se concreta en lesiones gravísimas

Puede presentarse un desvío del curso causal, el sujeto agrede con voluntad de matar, pero en vez de alcanzar su objetivo sólo logra dejar lesionada a la víctima de alguna de las modalidades que indica el art. 397 N° 1 (v. gr., con pérdida de un miembro importante, impotente) delito que se sanciona con una pena semejante a la del homicidio consumado. Al seguir el criterio de que se trata de un homicidio frustrado, habría que rebajar la pena correspondiente al homicidio consumado en un grado, en tanto que si se castiga como lesiones gravísimas, se debería imponer una análoga a la del homicidio consumado. Esta última es la solución adecuada, en atención a que aquel que pretende causar una lesión de las calificadas como gravísimas, por lo menos a título de dolo eventual, sabe que pone en riesgo la vida de la víctima, como, a su vez, el que atenta derechamente contra la vida tiene conocimiento de

[58] Labatut, *D. P.*, t. II, pp. 174-175.

[59] Se ha de recordar que no habría homicidio concausal si el delincuente, teniendo conocimiento de la enfermedad que aqueja a su víctima, la hiere levemente, porque sabe que se desangrará, hipótesis en que su conducta constituiría homicidio doloso. De consiguiente, el que la herida sea o no causa de la muerte en estos casos depende en definitiva de la subjetividad del agente (si conoce o no la existencia de la hemofilia) –que integra la fase subjetiva del tipo homicidio, pero no la objetiva–, lo que suscita la crítica que se hace a la tesis de la causa adecuada, que generó el denominado homicidio concausal.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que está en la posibilidad cierta de causar una lesión gravísima, la que por ello supone el dolo antes indicado.

Además, si bien es cierto que la vida y la integridad física son bienes jurídicos distintos, es indiscutible que ambos se encuentran en una secuela de intensidad: el dolo de matar generalmente conlleva el de lesionar; esto explica que el legislador en el delito de lesiones gravísimas equiparó el desvalor de la acción con aquella que causa la muerte, asignándole la misma pena, en su parte inferior (arts. 391 N° 2 y 397 N° 1).

En situaciones como la descrita no se da una hipótesis de concurso ideal entre homicidio doloso frustrado en concurrencia con lesiones gravísimas culposas. Se trata de un sola acción que objetivamente se materializa en un resultado, el de lesiones gravísimas, provocadas cuando menos con dolo eventual. El peligro de la vida no concretado es consumido por el delito de lesiones gravísimas; el dolo homicida lleva ínsito el de lesionar por lo menos a título eventual. Debe descartarse en este caso toda idea de una responsabilidad objetiva o por el resultado, como a principios del siglo se sostuvo por algunos sectores doctrinarios.[60]

G.9. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo no ofrece particulares alternativas en materia de homicidio, sin perjuicio de que parte de la elaboración sistemática de esta fase del tipo haya logrado su desarrollo precisamente por el análisis de este delito. Como se trata de una figura de resultado, tiene que haber un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, pero esa voluntad puede presentar distintas alternativas direccionales. Puede tener como fin determinante la provocación del deceso (*dolo directo:* odia a su enemigo y pretende matarlo), o considera esa muerte como consecuencia inevitable de la acción que desea realizar (*dolo indirecto:* no persigue matar al conductor que duerme en su automóvil, pero sí quiere destruir el vehículo y sabe que al lograrlo en esas condiciones causará necesariamente

[60] Hay diversos criterios en cuanto a cómo resolver situaciones como la planteada, sobre ellas puede consultarse a Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 84 y ss.; y Cobo-Carbonell, Mateu, op. cit., p. 516.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

su deceso), o prevé el resultado como posibilidad, pero frente a su eventual ocurrencia queda indiferente anímicamente por su interés preferente en realizar la acción que se ha propuesto (*dolo eventual:* el delincuente que huye en vehículo a gran velocidad por una calle muy concurrida no pretende atropellar a los transeúntes, pero ese posible resultado lo deja indiferente en relación a su voluntad de mantener la velocidad).[61] La situación es distinta en el delito de homicidio en grado de intentado (tentativa propiamente tal y frustración), donde mayoritariamente se estima por la doctrina nacional que es posible únicamente el dolo directo, porque para que exista requiere que todos los actos realizados por el actor subjetivamente los haya dirigido hacia el referido objetivo, lo que hace indispensable una intencionalidad que en el dolo eventual no se da.[62]

En el delito de homicidio de comisión por omisión se requiere de dolo (cuasidolo), que se satisface con la fase cognitiva, no requiere por lo tanto de la volitiva (el querer provocar el deceso), es suficiente que el agente tenga conocimiento del peligro de muerte que amenaza a la persona por cuya vida responde, de cuál es la acción evitadora que debe realizar y ha de estar en situación de ejecutarla.

G.10. El *dolus generalis*

No es infrecuente la circunstancia de que el homicida, creyendo que ha concluido su acción letal (sin que en la realidad haya provocado la muerte), realice una actividad posterior (como enterrar al que cree un cadáver) y sea esta acción la que realmente provoque el deceso de la víctima.[63] Se estaría, según se afirma

[61] En la doctrina nacional existe consenso en estimar que las distintas modalidades de dolo son idóneas por conformar el tipo subjetivo en el delito de homicidio, Etcheberry, *D. P.*, t. III, pp. 29-30; Garrido, *El homicidio*, pp. 60 y ss.; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 90 y ss. La doctrina española también da acogida a las diversas clases de dolo en el homicidio, entre otros, Muñoz Conde, *D. P., parte especial*, p. 14; Cobo-Carbonell, op. cit., pp. 514-515; Bajo Fernández, op. cit., p. 31; Bacigalupo, op. cit., p. 24.

[62] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 30; Cury, *D. P.*, t. II, p. 205.

[63] Consúltese t. II, párrafo 13.6.3, letra a).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

por algunos autores, frente a un dolo general, el sujeto quería provocar la muerte y en el hecho concretó su objetivo, lo que inclinaría a pensar que su dolo se extendió a todos los actos por él realizados en relación al hecho unitariamente considerado, y por razones de justicia material se debería sancionar como delito doloso consumado.[64] Pero esta solución no es compartida por algunos sectores, que califican al hecho como un homicidio doloso frustrado (la actividad homicida que no logra matar a la víctima) en concurrencia con un homicidio culposo consumado (enterrar vivo al herido); se trataría de un concurso real o material de delitos.[65] Existe una variante de esta posición, que distingue dos hipótesis: la primera se da cuando el sujeto desde el principio de la comisión del delito pretende realizar la segunda actividad, situación esta que se asimilaría al *dolus generalis;* la segunda alternativa es aquella en que la decisión del comportamiento posterior fue adoptada por el agente después de haber llevado a cabo la actividad homicida, aquí habría dos acciones distintas realizadas por el sujeto activo, cada una con su particular subjetividad y, por ello, se trataría de un concurso material de delitos, uno doloso frustrado y el otro culposo consumado.

Conforme a los principios sostenidos en esta obra, se estima que el denominado *dolus generalis* es en verdad una alteración del curso causal no esencial (error en el curso causal), que en nada haría variar el hecho iniciado con voluntad homicida, pues los actos posteriores tienen también naturaleza letal y el sujeto activo lo sabe. De modo que el *dolo inherente a la actividad delictiva comprende o abarca el acto posterior* que provoca la muerte, de consiguiente, esa muerte queda comprendida en su dolo *(dolus generalis).*

G.11. El error en el homicidio

El error es el equivocado concepto que tiene el agente en relación a la acción que realiza, en el homicidio no presenta modalidades

[64] Cfr. Muñoz Conde, *Teoría General del delito,* p. 63; Welzel, op. cit., p. 198.

[65] Cfr. Sergio Politoff, *Derecho Penal,* t. I, p. 462. Este autor trata el tema con amplitud y resume las distintas posiciones sobre la materia.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

distintas a las señaladas al comentar la teoría general del delito.[66] Es útil recordar que tratándose del error en la persona se deben hacer algunas distinciones cuando la víctima es el objeto sobre el cual recae la acción, particularmente cuando éste no es intercambiable (no es lo mismo matar a un extraño que a un hijo o al cónyuge). Estas hipótesis *(error in personae* y *aberratio ictus)* han sido regladas en nuestra legislación en el art. 1° inc. final, que establece que es intrascendente para los efectos penales que el mal recaiga sobre persona distinta a aquella que se pretendía ofender, salvo en cuanto no deben tomarse en cuenta las circunstancias no conocidas por el delincuente que agravarían su responsabilidad, pero sí las que la atenuarían. Si bien este precepto según la doctrina mayoritaria estaría restringido en su aplicación al error en la persona, se estima por nuestra parte que atendido el tenor del texto y la finalidad que subyace en él, comprende también al error en el golpe *(aberratio ictus).* Según la referida disposición, tales errores no beneficiarían al sujeto activo, salvo en lo que se ha señalado respecto de las circunstancias que atenúan la responsabilidad.

H. *El homicidio y la culpa*

El homicidio no sólo acepta la hipótesis dolosa, sino también la culposa. La falta de cuidado en la realización de la acción creadora de riesgo que se concreta en la muerte de otro (cuasidelito de homicidio de acción) o en el cumplimiento de la obligación de garante (cuasidelito de homicidio de comisión por omisión) constituyen culpa. Ambas modalidades de homicidio culposo son punibles en el sistema nacional, como se desprende de los arts. 490 y 492.

Es útil precisar que si bien tanto el delito doloso de homicidio como el culposo aparentemente están descritos en el Código Penal con la misma estructura y fundamento, conforman dos institutos diferentes. El homicidio doloso exige una voluntad dirigida a matar –en el sentido amplio indicado en el párrafo precedente– y que la actividad se concrete en una muerte; en tanto que en el homicidio culposo dicha voluntad no puede darse. El homicidio

[66] Consúltese el t. II, N° 13.6.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

culposo requiere de una voluntad dirigida a realizar una actividad cualquiera –generalmente atípica–, pero por llevarla a cabo sin el cuidado debido o esperado según las circunstancias, se concreta en la lesión de un bien jurídico, la vida de una persona o de varias; nunca esa voluntad va dirigida a matar a la víctima, de modo que siempre habrá un solo cuasidelito con resultado múltiple.[67] En el sistema nacional no se regla específicamente el homicidio culposo (el art. 490 es un tipo penal abierto), como se hace en otros sistemas, entre ellos el de Argentina (art. 84), de Colombia (art. 329), el de Perú (art. 111). No obstante, hay sectores nacionales de la

[67] Se sostiene que no existe en nuestro sistema un *crimen culpae* (una culpa que se castiga por ella misma), sino una *crimina culposa* (un hecho castigado con motivo de la culpa), pero pensamos que tal afirmación parte de una exacerbación del principio de lesividad sobre el principio de tipicidad que rige en materia penal y que tiene consagración constitucional (art. 19 N° 3 inc. final: sólo pueden ser delitos las conductas, no los resultados, cosa distinta es que ese comportamiento humano, que es el fundamento substancial del delito, pueda ser sancionado únicamente cuando lesiona un bien jurídico valioso (principio de lesividad). No se sanciona una muerte, la destrucción de un bien, sino la conducta de la persona que provocó tales efectos, los primeros son eventos corrientes e inevitables, que ocurren en el mundo de la naturaleza, lo único que el derecho puede evitar con la conminación penal es la actividad de los individuos. De consiguiente, el delito protege bienes jurídicos, pero esta protección se circunscribe exclusivamente a los ataques que puede sufrir por el hacer o no hacer –normativamente entendido– de una persona, y esta protección tiene estructura y valoración jurídica diversa según esa lesión sobrevenga por la voluntad de un hombre (dolo) o por la falta de cuidado normativamente esperado de su parte (culpa). Y es así, porque en la primera hipótesis hay una voluntad dirigida a lesionar, en tanto que en la segunda se trata de un comportamiento generalmente lícito, pero que se lleva a cabo sin el cuidado exigido, lo que en sí no es punible, a menos que cause daño. En esta última alternativa se requiere también lesión de un bien jurídico, pero el tipo no se determina por el daño concreto, sino por la lesión genérica al bien jurídico, sin perjuicio de que al determinar la pena se tome en cuenta ese daño material causado. Opina en sentido contrario, en nuestro país, Juan Bustos, para quien cada muerte o lesión constituye un cuasidelito, siempre que la falta de cuidado objetivo se pueda relacionar con cada una de ellas (*El delito culposo,* en especial pp. 114-115). La jurisprudencia nacional ha seguido ambas tesis, pero es interesante reparar que la Corte Suprema, en fallo del año 1992, se pronunció expresamente en el sentido de que una muerte y las lesiones causadas a otra persona con culpa, constituyen un solo cuasidelito y no varios (*Fallos del Mes,* N° 408, S. N° 2, p. 838).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS PUEDE SER ILEGAL (LEY N° 17.336)

doctrina que consideran que en estos casos se trata de un solo hecho constitutivo de dos o más delitos y hacen aplicación del art. 75, imponiendo la pena mayor al delito más grave.

I. *El homicidio preterintencional*

Se habla de homicidio preterintencional (o ultraintencional) cuando un sujeto con dolo de lesionar (y no de matar) agrede a otra persona causando su muerte. Lo que sucede es que el resultado de su conducta sobrepasa su voluntad (ultraintención). Se requiere que el sujeto activo realice una *acción dirigida a lesionar* a la víctima –y no *a matarla*–, pero que esa acción *se concrete en su deceso,* estando ésta *causalmente relacionada* con aquélla. La preterintención supone que el actor –siendo la muerte previsible– no haya querido matar, sino lesionar. Indudablemente es *fundamental que el resultado fatal sea previsible* por el sujeto, de no ser así se podría estar frente a un caso fortuito.[68]

La preterintención se caracteriza por una *progresión del mal en la misma línea de lesión* que el agente pretendía causar a su víctima[69] (lesionarla levemente y en el hecho le causa una lesión grave; pretende golpearla y la mata), es la intensificación del daño a un mismo bien jurídico afectado (integridad corporal) o a bienes jurídicos relacionados (salud-vida). Por lo tanto, no debe confundirse con la *aberratio delicti* (el delincuente pretende romper la vitrina con una pedrada, y ésta golpea a un transeúnte, matándolo); tampoco con la *aberratio ictus* (error en el golpe: Pedro dispara para matar a Juan, pero por su mala puntería mata a Diego, que pasaba por el lugar).

El tratamiento del homicidio preterintencional se discutió en el pasado en nuestro país, pero hay consenso en la actualidad de que su naturaleza es la de un *concurso ideal* de delitos[70] entre el tipo

[68] Cfr. Politoff, *D. P.*, t. I, p. 439.

[69] Bajo Fernández, op. cit., p. 37.

[70] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, pp. 34-35; Politoff, op. cit., t. I, p. 441; Bustos, op. cit., p. 26; Bacigalupo, op. cit., p. 25; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 98. Cobo-Carbonell parecen inclinarse por el concurso ideal, pero con reserva en atención a que los bienes jurídicos salud y vida son diferentes (op. cit., p. 516).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

penal correspondiente al delito de lesiones dolosas y el de homicidio atribuible a culpa. Una vez afirmada la existencia de los dos delitos,[71] esto es, lesiones dolosas intentadas o consumadas –según el caso– y cuasidelito de homicidio consumado, procedería hacer aplicación del art. 75, porque se trataría de un solo hecho que constituye dos delitos, de modo que se castiga con la pena mayor correspondiente al delito más grave. Si no es posible distinguir ambos hechos, habrá únicamente un delito: un homicidio culposo, porque no se estaría en posibilidad de separar las lesiones del homicidio, siendo así, resultaría impropio hablar de concurso.[72]

En el sistema nacional la preterintención no está reglada en la ley, lo que llevó a pensar un tiempo que la muerte provocada en tales condiciones debía calificarse por el resultado, como homicidio doloso, lo que significaría que en nuestra legislación se aceptaría el principio del versari; principio en la actualidad absolutamente incompatible con un derecho penal fundamentado en la culpabilidad, como el que nos rige. En otros códigos, entre ellos el de Italia (art. 584), de Colombia (art. 325), de Argentina (art. 82), se ha reglado expresamente esta situación.

J. *La antijuridicidad. El consentimiento de la víctima. La eutanasia*

La antijuridicidad se comentará con detención cuando se analicen los delitos de lesiones. Pero esta materia presenta interés particular en relación al ejercicio de ciertas actividades, como la médica y la deportiva, cuando se concretan en un resultado fatal; también ofrece interés respecto de la eutanasia.[73]

El consentimiento del paciente o del deportista para que se lleve a efecto un tratamiento o se participe en una actividad deportiva siempre es necesario, pero nunca es suficiente para justificar una alternativa fatal, porque dichas actividades por esencia están desti-

[71] Bustos, *D. P., parte especial,* p. 27.

[72] Cfr. Bustos, op. cit., p. 28; Muñoz Conde, op. cit., p. 18; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 516. Etcheberry sostiene que se estaría ante un concurso entre lesiones menos graves y homicidio culposo (*D. P.,* t. III, p. 35).

[73] Véase el párrafo N° 12.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

nadas a beneficiar la salud y la vida, no a extinguirla. Si así sucede en la actividad médica y deportiva con el referido consentimiento, menos podría ese consentimiento justificar el homicidio consentido, o sea, cuando la víctima pide que un tercero lo prive de la vida, o acepta que otro lo mate. Suficiente es señalar que implícitamente el sistema no permite que una persona actúe como sujeto activo y pasivo de su propia muerte, al sancionar al que auxilia al suicida, en el art. 393. Si se castiga al que colabora en la acción de aquel que pone término a su existencia de manera cruenta, significa que tal acto no está autorizado por el Derecho y por lo tanto es antijurídico. De consiguiente, la denominada eutanasia activa (muerte piadosa o digna) queda descartada en nuestro sistema, no obstante las voces que se alzan para reconocerla. De otro lado, no puede esta materia enfrentarse con criterios simplificadores, la situación ofrece matices complejos que obligan a reflexionar sobre el tema, en atención a que los adelantos de la ciencia han creado una realidad inesperada, donde las posibilidades de la técnica son inimaginables. Es recomendable evitar que la praxis sobrepase los principios, como sensiblemente sucede en nuestro tiempo;[74] piénsase en situaciones como la muerte cerebral, la hipótesis de astronautas sin posibilidad de rescate y otras parecidas. En Códigos como el de España (art. 409), de Colombia (art. 112) y del Perú (art. 326) se atenúa la pena en alternativas de muertes eutanásicas o consentidas.

K. *La culpabilidad en el homicidio*

No ofrece especiales peculiaridades, de modo que se hace remisión a las explicaciones que sobre esta materia se dieron al tratar la teoría del delito.[75]

[74] Recuérdese la situación ocurrida en algunos estados de los Estados Unidos de Norteamérica, en particular el de Michigan, donde se dictó una ley prohibiendo la eutanasia, con motivo de la actividad desarrollada por el médico Jack Kevorkian –que fue procesado y condenado–, quien desde el año 1990 estuvo ayudando a que enfermos terminales adelantaran su muerte mediante una máquina que producía monóxido de carbono, que al ser aspirado por éstos por su expresa voluntad, les causaba la muerte indolora y rápida.

[75] Véase el t. II, párrafos N° 57 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

6. EL HOMICIDIO CALIFICADO

6.1. Nociones generales

La legislación nacional no emplea la denominación "homicidio calificado", que en el ambiente académico se da al tipo penal descrito en el art. 391 N° 1, pero existe consenso en que es la adecuada. En el Código español el art. 406 describe una figura en términos muy parecidos a los empleados por el Código nacional; aquella disposición fue la fuente de origen de la redacción del art. 391. A pesar de ello ambas disposiciones presentan varias diferencias, entre otras que el precepto español denomina al delito con la expresión *asesinato,* lo que el nuestro no hace. En Chile se justificaría el título de *homicidio calificado,* porque se trata de un delito de mayor desvalor en relación a figuras como el homicidio simple y el infanticidio.[76] Sin embargo, esta manera de individualizarlo ofrece reparos, por cuanto parece aludir a formas agravadas, en tanto que el homicidio calificado conforma un tipo particular, por ello hay autores que insinúan el uso indistinto de la expresión *calificado* o *asesinato.*[77] También se ha propuesto emplear los términos *homicidio circunstanciado,* pero no es recomendable atendidas las razones antes anotadas.

El homicidio calificado está descrito en el art. 391 N° 1 en los siguientes términos: "El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera: Con alevosía.

Segunda: Por premio o promesa remuneratoria.

Tercera: Por medio de veneno.

Cuarta: Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta: Con premeditación conocida".

[76] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 35.

[77] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 149.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (Ley N° 17.336)

6.2. Definición

Del precepto transcrito fluye la noción del homicidio calificado, que puede definirse como la muerte causada a otra persona que no constituyendo *parricidio* o *infanticidio,* se lleva a cabo con alguna de las *cinco circunstancias* que se enumeran en el art. 391 N° 1°.

6.3. Naturaleza del delito

Uno de los puntos dudosos respecto del homicidio calificado se refiere a su naturaleza. Se trata de un delito independiente, autónomo respecto del homicidio, o es una figura agravada o circunstanciada en relación al mismo. El homicidio calificado constituye un delito con identidad propia, de hipótesis múltiple, pues admite las diversas alternativas que se describen en las cinco circunstancias enumeradas por el art. 391. Estas circunstancias, si bien tienen semejanza con las cinco primeras agravantes del art. 12, no pueden considerarse como tales, porque son *elementos del delito,* de conformidad con el art. 63. Se trata de un delito con vida independiente históricamente, pues ya en la legislación española –fuente de la disposición nacional– se denomina *asesinato* y no homicidio.

La referida conclusión tendría como respaldo tanto el mayor *injusto* de la conducta como el mayor *reproche* que encierra. Este homicidio además de afectar el bien *vida,* conlleva, según sus modalidades, un mayor desvalor objetivo del resultado, al soslayar la posibilidad de defensa de la víctima (en la alevosía, en el uso de veneno) o al afectar la integridad física de la víctima con el maltrato de obra que significa aumentar innecesariamente el dolor de su muerte (en el ensañamiento).[78] También tiene incidencia en el reproche de la conducta en cuanto evidencia perversidad en el victimario (mayor culpabilidad).[79] Como experiencia política criminal, se ha podido constatar que en la conciencia pública siempre ha existido el sentimiento de que un delito como éste es

[78] Bajo Fernández, op. cit., p. 59.
[79] Cobo-Carbonell, op. cit., p. 538.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

algo más que un homicidio simple.[80] No obstante, la subsistencia del homicidio calificado continúa siendo controvertida y se afirma que responde a una simple creación de la ley que carece de fundamento sistemático definido.

6.4. Características típicas del homicidio calificado

Las características del homicidio calificado son las mismas que se señalaron para el homicidio simple, de modo que en este párrafo se dan por reproducidas y a continuación se hará alusión únicamente a las particularidades que presenta.

a) *El tipo objetivo*

El *tipo objetivo* corresponde al descrito en párrafos precedentes al comentar el homicidio simple,[81] con la particularidad de que sus posibles medios de comisión quedan restringidos a los cinco señalados en el art. 391 N° 1°. Surgen dudas respecto de si puede cometerse el delito mediante una *omisión* (comisión por omisión), pero la respuesta debe ser positiva, siempre que el sujeto activo se encuentre en posición de garante respecto de la vida de la víctima.[82] Se da esa hipótesis cuando se emplea veneno (la institutriz, que odia al niño a su cargo, no impide que el menor se beba un líquido con potencialidad letal). Se menciona también como posibilidad de realizar este delito mediante una omisión, cuando se hace por precio o recompensa (la enfermera que por una suma de dinero se abstiene de suministrar al enfermo grave a su cargo el medicamento prescrito para evitar su muerte); pero esta última situación es discutible que se pueda cometer por omisión en nuestro sistema, porque el delito está integrado por dos conductas,[83] una "acción", que consiste en prometer o pagar un precio y, además, por otra

[80] Cfr. Quintano Ripollés, *Compendio*, t. II, p. 202; Bajo Fernández, op. cit., p. 59.

[81] Supra N° 5.3-G.

[82] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 61.

[83] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 457; Soler, op. cit., t. III, p. 45.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

"actividad" o "pasividad", que es la conducta del sicario que provoca el deceso.[84] En los demás casos es difícil concebir una comisión por omisión, así en una muerte con *alevosía* es imprescindible "actuar" a traición o sobre seguro; también es difícil concebir la omisión cuando se actúa con *ensañamiento*.[85]

b) *El sujeto activo*

El sujeto activo no presenta aspectos relevantes en general, salvo en cuanto a que debe cumplir con una condición negativa: que no tenga con la víctima alguna de las relaciones de parentesco o matrimonio descritas en los arts. 390 y 394. Por otra parte, en la situación del homicidio por premio o promesa el sujeto activo es múltiple y presenta ciertas modalidades. Si entre el sujeto activo y el pasivo existe la vinculación conyugal o el parentesco inherente al parricidio (art. 390) o al infanticidio (art. 394), concurriendo alguna de las circunstancias calificantes del delito, no se da el tipo homicidio calificado, sino el de parricidio o infanticidio, según corresponda, toda vez que expresamente el art. 391 dispone: "El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior..." aludiendo al art. 390, que sanciona el parricidio. Sin perjuicio de que la circunstancia de que se trate, si calza en alguna de las cinco primeras *agravantes* del art. 12,[86] se considere como una

[84] La actividad compleja a que se ha hecho alusión, según sectores de la doctrina, no lo sería, por cuanto hay autores que consideran que es el sicario quien comete homicidio calificado, y no quien lo induce a ello mediante un precio o recompensa. (Así Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 45.) En esta obra no se comparte este criterio, porque la hipótesis del sicario en el art. 391 está concebida como una figura de participación necesaria, integrada por dos comportamientos distintos.

[85] Autores como Cobo y Carbonell señalan tal posibilidad en el caso del ensañamiento: una muerte omisiva acompañada de "acciones positivas que, si bien no producen ésta, sí aumentan el dolor al mismo tiempo que no se facilita la medicina salvadora al enfermo, se le aumenta el dolor físico suministrándole otro fármaco contraindicado", pero en seguida descartan la posibilidad por ausencia de relación causal entre la muerte y el ensañamiento (op. cit., p. 540). Bajo Fernández sostiene la posibilidad (op. cit., p. 61).

[86] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 37; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 150; Garrido, *Homicidio*, p. 139.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

agravante del parricidio. Si bien el art 391 no alude al infanticidio, procede su exclusión por razones sistemáticas: se trata de un delito autónomo, descrito en párrafo distinto al homicidio, que exige como sujeto pasivo a un descendiente recién nacido de no más de 48 horas de edad, de modo que es una figura con tipicidad propia que por su especialidad prefiere al homicidio en todas sus manifestaciones.

Si media *premio o promesa,* necesariamente han de existir *dos sujetos activos,* uno que ofrece el pago y otro que lo acepta y lleva a cabo la acción. Se trata de un delito plurisubjetivo, donde el que ofrece la recompensa es autor inductor (art. 15 N° 2) y el que la acepta, autor material del delito.

c) *Calificantes del homicidio*

El homicidio calificado exige que la muerte se cometa con alguna de las cinco circunstancias que se analizarán a continuación.

Primera. *"Con alevosía"*

En el art. 391 se hace referencia a la alevosía, sin explicar el significado de la expresión, pero sistemáticamente debe entenderse en el alcance que el art. 12 N° 1 prescribe para los efectos de la circunstancia agravante allí establecida: "Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a *traición* o *sobre seguro*". Esta noción de alevosía tiene antecedentes histórico-culturales que el legislador no ha hecho sino reconocer.[87]

En la referida disposición se albergan dos conceptos diversos: *a traición* y *sobre seguro.* Estas modalidades de realización merecen precisarse. A traición importa el *ocultamiento de la intención verdadera* del agente, presentar ante la víctima una situación con características distintas a las que realmente posee. Traición importa simulación, doblez en el agente, una actuación mañosa de su parte (saludar con un abrazo a la víctima ocultando en la mano la daga que se va emplear). Actuar sobre seguro es

[87] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 152.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

hacerlo creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que ese riesgo provenga de la posible reacción del sujeto pasivo (atacarlo por la espalda) o de terceros que lo protegen (distraer a la institutriz a cargo del niño a quien se pretende matar). El aseguramiento puede corresponder a la creación por el delincuente de una situación de seguridad para la consumación del hecho (una emboscada) o del simple aprovechamiento de circunstancias materiales que dejan en indefensión a la víctima, condiciones que influyen en el autor para llevar a cabo el delito (el homicida encuentra accidentalmente a su enemigo mientras duerme bajo un árbol).

La alevosía se caracteriza porque el agente actúa con el propósito de asegurar la realización del delito, aunque en el hecho el riesgo no sea plenamente evitado.[88] Pero, al mismo tiempo, no siempre que se dé una situación de seguridad para el delincuente habrá alevosía (cuando se mata a un recién nacido o a un ciego no necesariamente se está ante un homicidio alevoso, en estas hipótesis inevitablemente se da la seguridad, con independencia de la voluntad del homicida).[89] Es necesario que las condiciones de seguridad sean las que de algún modo determinaron al sujeto a concretar el delito,[90] si le han sido indiferentes, generalmente no habrá alevosía.

La naturaleza objetiva o subjetiva de esta circunstancia ha sido discutida; empero, para que se considere que concurre debe *objetivamente* presentarse una situación de seguridad para el agente, es insuficiente su mera creencia de que tal alternativa se da.[91] Además de presentarse materialmente esa situación, el delincuente debe *subjetivamente* haber sido su creador o haberlo decidido a la ejecución del hecho, o sea, aprovecharse de ella.[92] Por lo tanto, ha de estar en conocimiento de que esas modalidades

[88] Cfr. Quintano Ripollés, *Compendio,* t. I, p. 332; Creus, op. cit., p. 26.

[89] Muñoz Conde, op. cit., p. 25. La jurisprudencia nacional tiene igual criterio, así lo sostuvo la Corte Suprema en sentencia de 26 de septiembre de 1990 (*Fallos del Mes,* N° 383, año 1990, S. N° 1, p. 618).

[90] Soler, op. cit., t. III, p. 35.

[91] Cfr. Novoa, *Curso,* t. II, p. 52; Garrido, *Homicidio,* p. 181.

[92] Etcheberry piensa que esta circunstancia es esencialmente subjetiva (*D. P.,* t. III, p. 43).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS, ES UN DELITO - LEY N° 17.336.

se presentan y querer emplearlas. Lo señalado evidencia que es una circunstancia de naturaleza *objetiva* y *subjetiva.*[93]

Se ha criticado esta circunstancia como calificatoria, porque sería castigar lo *que se hace bien;* es obvio que el delincuente que decide cometer un delito asegura su resultado y la evitación de riesgos para él, hace en definitiva una buena ejecución del hecho,[94] lo que no habría por qué considerar para agravar su situación. Pero el desmerecimiento jurídico de tal comportamiento no radica en la *buena* realización, sino en el mayor injusto que significa dejar en la indefensión a la víctima.

Segunda. *"Por premio o promesa remuneratoria"*

Primitivamente se denominaba esta modalidad del homicidio calificado como *latrocinio,* matar por el móvil de lucro. Esta forma de matar hace necesaria la concurrencia de dos personas por lo menos, una que ofrece el precio y otra que mata para recibirlo (instigador e instigado, respectivamente, conforme el art. 15 N° 2).

Las expresiones premio o promesa importan que tanto el pago anticipado como la oferta de pago para la realización del homicidio son conformantes de la circunstancia, aunque no es necesario que realmente se cumpla con la cancelación de lo prometido, lo que interesa es que se actúe en la expectativa del beneficio.[95] Existe acuerdo en la actualidad para reducir la noción de premio y promesa a beneficios de orden económico,[96] porque el desvalor del comportamiento incide en emplear como medio de matar ventajas de esa naturaleza.[97] Algunos autores en la primera mitad del siglo le reconocían un alcance más amplio a la expresión premio, haciéndola comprensiva de cualquier beneficio, aun

[93] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 155-156.

[94] Así Cobo-Carbonell, op. cit., p. 543.

[95] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 468; Soler, op. cit., t. III, p. 46.

[96] Creus, op. cit., p. 32.

[97] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 543; Bajo Fernández, op. cit., p. 65; Muñoz Conde, op. cit., p. 26; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 44; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 159.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de índole sentimental,[98] pero de ser así casi en todo homicidio concurriría, porque siempre el que mata persigue un beneficio, aunque sea satisfacer su ánimo vindicativo. La circunstancia operará siempre que exista una clara relación de causalidad entre el premio o promesa y la provocación de la muerte, el inductor debe pagar o prometer el precio para que se mate y el que realiza la acción hacerlo precisamente para recibirlo.[99] El pago posterior que un tercero haga al homicida en reconocimiento de su hecho no convierte esa muerte en homicidio calificado.

La calificante afecta tanto al que induce a matar mediante premios como al inducido, la norma no distingue (el menosprecio normativo comprende tanto al que ordena matar pagando como al que lo hace por lucro),[100] las interpretaciones semánticas no son decisivas sobre este punto. Por lo demás, como el homicidio calificado es una figura independiente, conforme al sistema de participación reglado en nuestra legislación, el autor instigador está induciendo al mercenario a cometer un homicidio calificado y no un homicidio simple, por lo tanto responde del mismo delito, porque ha intervenido subjetiva y objetivamente en ese tipo penal y no en otro. De modo que el desvalor de la conducta alcanza tanto a uno como a otro; no obstante, mayoritariamente la doctrina sostiene que afecta sólo al instigado,[101] porque el agravamiento tendría su razón en la codicia del mercenario, lo que se cree estaría respaldado por la diferencia de redacción de la agravante general establecida en el art. 12 N° 2 ("Cometerlo *mediante* precio...") y de la calificante descrita por el art. 391 N° 1° circunstancia segunda ("Por premio o promesa...").

Aquellos que comparten la tesis antes indicada sostienen que la calificante afectaría únicamente al sicario, en tanto que el mandante o instigador respondería por homicidio simple con la agravante del art. 12 N° 12. En este libro se estima que este

[98] Entre ellos Fuensalida, op. cit., t. I, p. 97; Labatut, *D. P.*, t. II, p. 237 y t. I, p. 261.

[99] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 468.

[100] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 467; Soler, op. cit., t. III, p. 45.

[101] Por esta interpretación están Etcheberry (t. III, p. 63), Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 162; Bajo Fernández, op. cit., p. 65; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 543; Muñoz Conde, op. cit., p. 26.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

tipo penal de homicidio calificado está descrito como delito de participación necesaria (plurisubjetivo), o sea, requiere de dos sujetos, el comportamiento de cada uno de ellos integra el tipo, no sólo el del sicario. Aquí se exige la actividad de dos sujetos activos y ambos son autores.

Tercera. *"Por medio de veneno"*

Esta calificante es diferente a la agravante del art. 12 N° 3, que exige –además del uso del veneno– que se causen grandes estragos o se dañe a otras personas; en la calificante el veneno no necesita ser empleado como medio catastrófico.

Por *veneno* se entiende cualquiera substancia (sólida, líquida, gaseosa) que incorporada al cuerpo en poca cantidad (no se trata de que se use poca cantidad, sino que produzca efectos nocivos al incorporarse al cuerpo en exigua cantidad)[102] cause la muerte o serios daños a la salud. El veneno se puede introducir en el sujeto pasivo a través de la respiración, de la piel, inyectándolo, por vía oral, anal o en cualquier forma. Se acepta que sustancias que actúan mecánicamente en el cuerpo, y no químicamente, como el vidrio molido, son veneno para estos efectos. Se trata de un concepto relativo, el azúcar para un diabético puede calificarse de veneno, el licor para un recién nacido, el agua para un hidrópico.[103]

Amplios sectores de la doctrina estiman que el veneno debe ser un medio *alevoso,* al que le es inherente la insidia;[104] no es aceptable tal interpretación, porque la alevosía es una circunstancia jurídicamente independiente y, además, por el hecho de que históricamente el envenenamiento ha sido uno de los

[102] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 47.

[103] La doctrina descarta el criterio de "poca cantidad", pero es un elemento que debe considerarse también en forma relativa; de no ser así, la comida, el agua u otra substancia suministrada en grandes cantidades, al grado de afectar a la vida o a la salud, debería calificarse como veneno. En contra opinan Carrara (*Programa,* t. III, párrafo 1174, cita 2); Bajo Fernández (op. cit., p. 67).

[104] Así Etcheberry (*D. P.*, t. III, p. 45; Bustos, Grisolía, Politoff (op. cit., p. 168); López Barja de Quiroga (op. cit., p. 85); Bajo Fernández (op. cit., p. 67).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

delitos más temidos por la sociedad, porque aparte de que generalmente va acompañado de insidia –lo que no es fundamental–, siempre ha sido difícil determinar en el caso concreto si la muerte es o no consecuencia de un delito. En otros términos, el veneno oculta el homicidio. Por ello corresponde calificar como homicidio calificado inyectar a la víctima, que se resiste, una alta dosis de morfina o cocaína, caso en el cual no hay insidia.[105]

Cuarta. *"Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido"*

Esta calificante presenta similitud con la causal de agravación de responsabilidad establecida en el art. 12 N° 4: "Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución". Como se desprende de sus textos, son distintas, porque la calificante requiere *aumentar el dolor del ofendido* con motivo de su muerte, en tanto que la agravante, causar *otros males* innecesarios para la ejecución, no necesita intensificar el mal, sino la provocación de otros separados de aquél.

De modo que en el homicidio calificado por ensañamiento se intensifica el *dolor* que debe sufrir la víctima y que es inherente al medio empleado para matar, es aumentar el sufrimiento propio del morir y natural a la modalidad usada por el agente. Ese plus es el que desvalora la conducta del delincuente y demuestra su perversidad. No consiste, por otra parte, en un simple aumento del sufrimiento, sino que este aumento –objetivamente considerado– ha de alcanzar intensidad que permita calificarlo como *inhumano,* valoración que corresponde hacer al tribunal apreciando las circunstancias y modalidades del delito, se trata de un elemento *normativo* sociocultural.[106] Los males causados de manera independiente a la actividad misma dirigida a matar y que no se relacionan con el

[105] Muñoz Conde parece aceptar la tesis, porque al referirse al veneno comenta que "la circunstancia de veneno salvo raras excepciones es siempre alevosa", lo que supone que la insidia no es elemento esencial, sino circunstancial, aunque de general ocurrencia (op. cit., p. 28).

[106] Bustos, *Manual, parte especial,* p. 31.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

sufrimiento causado por el deceso, no conforman la calificante en estudio.[107]

Es insuficiente que en la materialidad se presente este aumento de dolor en la víctima, el mismo debe, *subjetivamente,* haber sido perseguido por el delincuente. La calificante exige el ánimo de provocar en el sujeto pasivo ese sufrimiento innecesario, porque matar haciendo sufrir aumenta el *injusto,* aparte de la mayor perversidad que revela en el criminal; no es lo mismo morir simplemente que morir sufriendo con intensidad. Han de descartarse los excesos en que incurra el delincuente con posterioridad a la muerte, como descuartizar el cadáver, o cercenar órganos del cuerpo, pues ellos ya no pueden aumentar el sufrimiento al que se refiere el precepto.

Esta circunstancia puede coexistir con la agravante establecida en el art. 12 N° 4 en casos excepcionales, pues ambas tienen contenidos distintos a pesar de sus semejanzas, no se afectaría al principio *non bis in idem.*

Quinta. *"Con premeditación conocida"*

Esta circunstancia está en vías de ser suprimida y ha dado origen a serias reservas. Dar una noción satisfactoria de su contenido ofrece problemas.

En doctrina se han barajado distintos criterios para determinar su contenido:

A. El *cronológico,* según el cual consistiría en mantener en el tiempo la resolución delictiva, lo que supone la maduración de la idea, una mayor deliberación en la ejecución del delito. Esta forma de entender la calificante plantea el problema de la determinación del tiempo necesario para concluir que hay premeditación; de otro lado no se divisa la razón de que una mayor reflexión –lo que normalmente es inherente a todo dolo– sea un elemento suficiente a considerar.

B. El *psicológico* exige que además de la persistencia de la resolución delictiva en el tiempo, concurra una *frialdad de ánimo* en el sujeto activo, frialdad que no margina la posibilidad de apa-

[107] Bajo Fernández, op. cit., p. 69.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

sionamiento, porque incide en la calculada selección de la forma o medios que se emplearán para matar y que no se contrapone con un estado de violencia anímica.

C. El *sintomático* cambia la perspectiva desde donde se observa la premeditación. La simple meditación que le es inherente no siempre será considerada como constitutiva de la calificante, lo será en aquellos casos en que esa reflexión y su tiempo revelen una *mayor malignidad* en el sujeto. La premeditación se vincularía con las motivaciones del autor.

En el país la doctrina se inclina por la noción de premeditación resultante de la conjunción de los criterios cronológico y psicológico,[108] sin perjuicio de que respetables sectores de la misma sostienen la noción sintomática,[109] porque en situaciones tales como la del homicida por piedad según las otras doctrinas operaría la calificante, no obstante que no siempre en estas hipótesis evidencia esa circunstancia perversidad en el agente.

Existe tendencia a suprimir la premeditación como circunstancia calificante,[110] porque normalmente también en estos casos habría alevosía, pero esta afirmación puede ser discutible.

La disposición exige que la premeditación sea *conocida* para que constituya la causal, exigencia que sería inútil, porque todos los elementos y circunstancias del delito deben ser acreditados para que sean objeto de consideración. La exigencia tiene un fundamento de carácter histórico, porque la fuente de esta disposición es el Código Penal español de 1848, que empleó el término para poner énfasis en la diferencia que tenía con el texto del Código de 1822. Este texto había dado origen a interpretaciones en el sentido que se presumía la premeditación cuando se daban determinadas modalidades de ejecución del hecho, o por la mera distancia temporal existente entre la idea de realizar el delito y el momento en que se llevaba a cabo.[111]

Es frecuente que se premedite un delito, pero su ejecución se sujeta a que sobrevenga un evento futuro *(premeditación condicio-*

[108] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 41.

[109] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 178.

[110] Cfr. Quintano Ripollés, op. cit., t. I, p. 343; Maggiore, op. cit., t. IV, p. 304.

[111] Rodríguez Mourullo, op. cit., t. I, p. 599.

LA REPRODUCCIÓN DE LIBROS EN INTERNET ESTÁ PROHIBIDA

nada), v. gr., el marido celoso se arma con un revólver para ir en búsqueda de su cónyuge con la decisión de *matarla* si la encuentra en compañía de su amante. Mayoritariamente se estima que no puede hablarse de premeditación, porque aún no hay determinación de cometer el delito; en realidad no existe decisión en tanto no sobrevenga la condición. No pasa otro tanto si el hecho futuro depende de la propia voluntad del sujeto (una vez que me compre una pistola mataré a Juan).[112]

d) *Situaciones especiales del tipo objetivo: calificantes y agravantes; concurrencia plural de calificantes*

Las circunstancias que califican el homicidio presentan algunas alternativas de solución difícil, en particular cuando en el mismo delito concurren coetáneamente más de una circunstancia enumerada en el art. 391 N° 1. Por otra parte, como las calificantes descritas en el art. 391 N° 1 son muy semejantes a las agravantes generales enumeradas en los cinco primeros números del art. 12, procede preguntarse si sería procedente considerarlas, al mismo tiempo, como agravantes del homicidio calificado.

No es excepcional que un homicidio se cometa en forma tal que concurran dos o más calificantes (se mata con premeditación y ensañamiento). La pregunta a contestar es cuál debe ser el tratamiento de las circunstancias sobrantes, una vez que se ha escogido aquella que es necesaria para configurar el delito calificado. La doctrina nacional mayoritariamente concluye que siendo el homicidio calificado un tipo de hipótesis múltiple, se presente una o más calificantes, todas conservan siempre esa calidad y, de consiguiente, son elementos del tipo penal calificado, de modo que ninguna de ellas puede ser considerada al mismo tiempo como agravante, sin perjuicio de que se tome en cuenta su mayor número para determinar el monto de la pena, conforme al art. 69.[113] La doctrina española mantiene una interpretación

[112] La premeditación condicionada ha sido tratada por el autor en *El homicidio y sus figuras penales,* p. 151; por Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 182; Rodríguez Mourullo, op. cit., t. I, p. 605.

[113] La jurisprudencia reciente ha sostenido la misma tesis (*Fallos del Mes,* año 1990, N° 386, p. 806, S. 1; año 1995, N° 441, p. 1031, S. N° 4).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

distinta, afirma que al concurrir más de una calificante en una muerte, corresponde escoger una de ellas para conformar el tipo homicidio calificado, y las que sobran deben ser tratadas como agravantes generales, de modo que se estaría ante un homicidio calificado agravado.[114] El respaldo sistemático de la tesis nacional –aparte del hecho de ser el homicidio calificado un tipo penal de hipótesis múltiple independiente y autónomo– radica en lo que dispone el art. 63, en el sentido que las agravantes que son elementos del tipo no se consideran agravantes. Aún más, en ciertos casos se podría tener en cuenta el inciso segundo de la disposición citada, en cuanto establece que las agravantes muy inherentes a la comisión del hecho dejan de serlo, lo que podría suceder con la premeditación en un homicidio alevoso. La alevosía corrientemente supone cierta reflexión en el tiempo y una mayor perversidad en el sujeto, de modo que constituyendo la premeditación algo inherente a la comisión del homicidio alevoso, no podría considerarse separadamente como agravante.[115]

La segunda interrogante que se planteó en el comienzo de este párrafo se refiere a la posibilidad de considerar en el delito de homicidio calificado la concurrencia de alguna de las cinco primeras circunstancias agravantes del art. 12 que, como se ha señalado, son semejantes a las cinco calificantes señaladas en el art. 391 N° 1°; toda vez que al hacerlo se violaría el principio *non bis in idem*. En el caso de la alevosía y de la premeditación, esa imposibilidad es absoluta; no sucede otro tanto respecto del empleo de veneno y del ensañamiento, donde tanto las calificantes como las agravantes ofrecen ciertas particularidades que las diferencia, lo que haría posible un concurso material, que excepcionalmente operen ambas, o sea, como calificante y como agravante en un mismo delito de homicidio, sin infracción del principio *non bis in idem*. En otros términos es concebible un homicidio calificado por ensañamiento (art. 391 N° 1°, circunstancia cuarta) con la

[114] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 465; Quintano Ripollés, *Compendio*, t. II, p. 203; Muñoz Conde, op. cit., p. 23; López Barja de Quiroga, op. cit., pp. 67-68.

[115] La Corte Suprema ha reconocido que en un homicidio calificado pueden concurrir coetáneamente dos calificantes –alevosía y ensañamiento–, no obstante ha omitido hacer pronunciamiento sobre el punto comentado (véase *Fallos del Mes*, N° 386, año 1990, S. N° 1).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

agravante de ensañamiento (art. 11 N° 4). El criminal puede matar aumentando inhumanamente el dolor inherente al medio que emplea para privar de la vida a la víctima (lo que conforma la calificante), pero además puede causarle otros sufrimientos independientes al de la actividad de matar, y que en el hecho eran innecesarios para alcanzar el resultado muerte (que constituye la agravante del art. 12 N° 4). Con la calificante de emplear veneno (391 N° 3), si además se pone en peligro a otras personas o se crea la posibilidad de provocar grandes estragos, se conformaría la agravante del N° 3 del art. 12.

e) *El tipo subjetivo en el homicidio calificado*

Este delito requiere de dolo, y un amplio sector doctrinario sostiene que debe ser el *directo,* en tanto que otro considera que puede darse un homicidio calificado con dolo eventual. Se afirma que es necesario el dolo directo, porque el uso de medios como el veneno, el precio y demás circunstancias implican en el sujeto una voluntad dirigida a alcanzar el resultado muerte.

No obstante, autores como Conde Pumpido, en España, están con la posibilidad de un homicidio calificado con dolo eventual,[116] y propone la hipótesis de suministrar fuertes dosis de barbitúricos a la víctima para dejarla inconsciente, aceptando el peligro de su muerte; o la de pagar un precio a una persona para que suministre una paliza a un tercero sea cual fuere el resultado. Se aceptaría, en estos casos, la concurrencia de dolo directo en cuanto al medio empleado y eventual en cuanto al resultado muerte. Escaparía a esta posibilidad el homicidio premeditado y el alevoso, por la naturaleza misma de las calificantes que suponen una voluntariedad dirigida a lograr con esas modalidades el efecto fatal.

La alternativa de un homicidio calificado atribuible a *culpa* ha de ser descartada en forma absoluta, las diversas circunstancias que lo conforman requieren de una voluntad en cuanto al empleo del medio, lo que hace inconcebible que se actúe con descuido. Si por error (negligencia) se suministra a una persona una substancia tóxica que provoca su deceso, tal comportamiento

[116] Citado por López Barja de Quiroga, op. cit., p. 98.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

constituye homicidio culposo (cuasidelito de homicidio) y no homicidio calificado atribuible a culpa.[117]

f) *El error, la participación y el* iter criminis *en el homicidio calificado*

Los rubros recién indicados deben resolverse aplicando los principios que fueron objeto de análisis al estudiar la parte general,[118] y a ellos se hace remisión. Para una adecuada solución de las situaciones que pueden presentarse, es conveniente recordar que el homicidio calificado no es una figura agravada de homicidio, sino que un tipo penal independiente, por lo tanto no procede aplicar el art. 64, que se refiere a las circunstancias modificatorias y no a los elementos del tipo, como son las calificantes.[119] Esto puede tener importancia en la comunicabilidad de las calificantes a los partícipes; ha de recordarse que el dolo del que interviene en el hecho debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo, entre ellos del medio empleado –y que califica el homicidio–, y se extiende al conocimiento de la calificante y a la voluntad de participar en tal sentido, aunque no es imperativo que intervenga en la actividad misma que constituye la calificante.[120]

Criterios semejantes se han de tener presentes en los casos de tentativa, frustración y para apreciar las situaciones de error. La tentativa de matar a otro empleando una sustancia venenosa cuyo poder letal se ha extinguido por el transcurso del tiempo, perdiendo su eficacia, conforma un delito imposible por absoluta inidoneidad del medio empleado.[121]

Un homicidio con ensañamiento intentado o frustrado resulta difícil, porque es necesario aumentar inhumanamente el dolor inherente a la muerte, que en el delito imperfecto no sobreviene. En el homicidio por precio, para que pueda existir tentativa tiene

[117] Cfr. López Barja de Quiroga, op. cit., p. 98.

[118] Debe consultarse lo expuesto sobre estas materias en los tomos 1° y 2° de esta obra.

[119] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 547.

[120] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 547.

[121] Bajo Fernández, op. cit., p. 70.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY Nº 17.336)

que iniciarse la actividad material de ejecución del hecho por el sicario, de manera que la simple proposición y aun el pago previo realizado por el inductor no podrían constituir por sí solos tentativa de homicidio calificado, aunque –como se ha señalado– el instigado haya recibido la recompensa.

7. EL PARRICIDIO

7.1. Nociones del delito. Su naturaleza y justificación

El Código Penal inicia el párrafo "Del homicidio" con el art. 390, que define lo que es el parricidio: "El que, *conociendo* las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su *cónyuge o conviviente* será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado". Esta disposición debe relacionarse con el art. 394, que describe el infanticidio, del cual se desprende que está excluido del parricidio la muerte causada a los descendientes dentro de las 48 horas después del parto.

Históricamente se ha considerado el parricidio como uno de los delitos de mayor gravedad y se ha sancionado con penas de máxima severidad. En el Código nacional se ha mantenido tal criterio, el parricidio y el robo con homicidio (art. 433 N° 1) comprenden en sus alternativas de penas a la de muerte.

El parricidio plantea dos cuestiones previas, de importancia dogmática y política. La primera se refiere a la naturaleza del delito, la segunda, a la conveniencia de mantener al delito en el sistema como tipo penal autónomo.

En cuanto a la naturaleza del delito, o sea, si se trata de un tipo penal autónomo o constituye una figura agravada de homicidio, no hay acuerdo, aunque mayoritariamente se estima que es un delito independiente.[122]

El parricidio es un delito *autónomo, independiente,* no es una figura agravada de homicidio, lo que corresponde tener en con-

[122] Quintano Ripollés, *Compendio,* t. II, p. 204; Muñoz Conde, op. cit., p. 36; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 519; Bajo Fernández, op. cit., p. 45; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 48; Bustos, *Manual, parte especial,* p. 20.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

sideración para resolver problemas como los que crea la participación y el error. Es un delito independiente por razones tanto formales como substanciales. Formalmente, porque el artículo del Código que trata el parricidio está ubicado antes del homicidio e inicia el título VIII del Libro 2°, lo que es demostrativo de la voluntad de reconocerle autonomía.[123] Además, el art. 390 expresa que el responsable de la muerte allí descrita se castigará "como parricida" (y no como homicida); por otra parte, el parentesco a que se refiere la disposición es diverso al que señala como circunstancia modificatoria de responsabilidad el art. 13, de modo que se trata de un elemento del tipo penal, y no una mera circunstancia. Si bien lo anotado puede calificarse como secundario, porque los tipos penales responden en cuanto a su creación al injusto y a la culpabilidad que suponen, el parricidio tiene un mayor injusto, no consiste en la muerte de otra persona simplemente, sino en la muerte de alguien unido por vínculo de sangre o conyugal con el agente.[124] A saber, si bien el parricidio es un atentado a la vida de otra persona, afecta también a convicciones y sentimientos inherentes a la sociedad sobre formas de convivencia y vinculación familiar o conyugal que deben existir entre determinadas personas, aunque en el caso concreto esas relaciones no se cumplan, porque esta última realidad resulta secundaria frente a los efectos simbólicos que los hombres confieren a esas relaciones en su ámbito ético, familiar y social. De consiguiente, hay un mayor injusto en este delito, porque social y políticamente no es lo mismo matar a un extraño que matar a un pariente próximo o al cónyuge. No pueden los bienes jurídicos apreciarse con criterios objetivos elementales (la vida de un extraño tiene el mismo valor que la de un pariente o del cónyuge), sino político-sociales.[125] Los intereses y valores de los miembros de una comunidad son consecuencia de sus particulares y vigentes

[123] Opina de modo diverso Labatut (*D. P.*, t. II, p. 177), para quien el parricidio es un homicidio agravado.

[124] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 177.

[125] Los criterios valorativos señalados no son compartidos en esta época por la sociedad, lo que ha llevado a la paulatina eliminación del parricidio en las legislaciones. En el preproyecto de Codigo Penal nacional se suprimió esta figura.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

estructuras culturales y afectivas. Lo señalado no significa que el parricidio sea un delito pluriofensivo (donde además de la vida se protege la relación familiar o conyugal), porque el objeto de protección no condice con la mera faz naturalista de la existencia, sino de su concepción normativa, o sea, valorativa. Además del *mayor injusto,* el parricidio conlleva a una *mayor culpabilidad* en el autor, su comportamiento es mucho más reprochable al haber infringido los deberes mutuos que aparejan las vinculaciones parental o conyugal, que constituyen verdaderas "normas subjetivas de determinación"[126] preexistentes en la sociedad.

La doctrina moderna tiende a la eliminación del parricidio como delito independiente.[127] Esa tendencia lo considera como un resabio de sistemas políticos primitivos, donde la institución del pater familia tenía significación interna en el grupo parentalmente unido y también en la estructura política, como sistema orgánico del Estado. Tenía seria incidencia en la sucesión del poder en los regímenes monárquicos, en la economía con los mayorazgos, entre otros aspectos.

Se critica en la actualidad, en contraposición al parricidio, la imposibilidad que establece la ley de considerar en ciertas hipótesis el vínculo parental o conyugal como causal de atenuación, a pesar de que la experiencia criminológica evidencia que es frecuente que este tipo de delito corresponda a la reacción del familiar o cónyuge sojuzgado, vejado, por el padre, la madre o marido, el parricidio se presenta como reacción de la víctima frente a los maltratos prolongados y pertinaces que ha sufrido. El autor no hace otra cosa que liberarse violentamente de estados como los indicados (libericidio).

En Códigos como el de Argentina (art. 80 inc. 1°) y en el de Colombia (art. 324 N° 1), el parricidio no existe como delito, y la relación parental o conyugal se considera como causal de agravación del homicidio. En el nuevo Código Penal de España (1995) no figura el parricidio entre los delitos contra la vida (arts. 138

[126] Del Rosal-Cobo-Rodríguez Mourullo, citado por Cobo-Carbonell, op. cit., p. 520.

[127] En tal sentido opinan Bustos, op. cit., p. 34; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 520; Bajo Fernández, op. cit., pp. 46-47. En el proyecto del Código Penal del Ministerio de Justicia se elimina como figura independiente.

FOTOCOPIA DEL LIBRO LEY N° 17.336 DERECHO

y siguientes). No sucede otro tanto con el reciente Código del Perú (promulgado el año 1984), donde el parricidio se mantiene como tipo penal autónomo (art. 107).

7.2. Bien jurídico protegido por el parricidio

En el párrafo anterior se ha adelantado que el bien jurídico es la vida del pariente consanguíneo en línea ascendente o descendente o del cónyuge. La protección de esta vida para el legislador presenta mayor valor que la de un extraño, fundamentado en la constancia que la Comisión Redactora dejó en las actas. No consideró las *relaciones* sentimentales existentes entre padres e hijos, sino a "los vínculos que la naturaleza ha criado entre ellos por el hecho de la paternidad",[128] podemos agregar, y por el matrimonio. Esta concepción del bien jurídico encuentra explicación en el ámbito constitucional, pues el art. 1° establece que "la familia es el núcleo fundamental de la sociedad", y la tradicional concepción de la familia está ligada al matrimonio y a la consanguinidad. De manera que no se tomaron en cuenta aspectos subjetivos o sentimentales, sino la relación objetiva de sangre o legal del matrimonio, pero en cuanto se integra a la vida. En otras palabras, lo amparado como bien es la vida del consanguíneo ascendiente o descendiente y del cónyuge, como valor social único. Existe, de consiguiente, un mayor injusto, es más grave la muerte de esas personas que la de un extraño,[129] sin perjuicio de que concurra también una mayor culpabilidad.

7.3. Tipo penal del parricidio

El parricidio es una figura penal autónoma, pero no por ello deja de ser una clase de homicidio, de suerte que lo comentado respecto de este tipo penal es aplicable también al delito en estudio. En esta oportunidad la exposición se limitará a los aspectos particulares que dicen con esta figura, del tipo objetivo y del subjetivo.

[128] Comisión Redactora del Código Penal, sesión N° 78.

[129] En contra de esta tesis, Cobo-Carbonell, op. cit., p. 521; Bajo Fernández, op. cit., pp. 46-47; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 106.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

7.4. Tipo objetivo

El parricidio, como el homicidio simple, es un delito material o de resultado; pero su tipo requiere siempre de un sujeto calificado, que sólo puede ser un pariente o cónyuge de la víctima. Se trata, por lo tanto, de un delito *especial impropio,* ya que cuenta con un correlato en un delito *común:* el homicidio simple o calificado.

Se sabe que el sujeto y la víctima no integran el tipo penal, que jurídicamente son modalidades de la acción, pero las características o cualidades que se exigen del sujeto activo en el delito especial constituyen *elementos del tipo* objetivo, lo que tiene trascendencia para los efectos de la comunicabilidad y del error. El art. 390, al determinar que la víctima debe tener una relación parental o conyugal con el autor, ha incorporado al tipo de parricidio, como elemento normativo, la referida vinculación.

Conforme al art. 390 pueden ser sujeto pasivo de parricidio el padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo, o cualquier otro ascendiente o descendiente legítimos, o el cónyuge del sujeto activo. En consecuencia, las posibles víctimas de un parricidio son: a) determinados parientes consanguíneos, b) quienes han contraído matrimonio y c) los convivientes.

a) *Parientes consanguíneos en línea recta*

Entre estos *parientes* hay dos grupos: A) El conformado por el padre, la madre y el hijo y B) el de los demás ascendientes o descendientes. Es cierto que el art. 390 no hace referencia a la *consanguinidad,* pero hay acuerdo en la doctrina en el sentido de excluir el parentesco *afín,* exclusión que se fundamenta en dos circunstancias. El parricidio históricamente debe su existencia a la relación natural de sangre, en tanto que la filiación afín tiene su origen en la unión sexual; en el plano sistemático, se puede constatar que cuando el legislador ha querido incorporar el parentesco afín, lo ha señalado expresamente (v. gr. los arts. 13, 489, entre otros), lo que no se hizo al describir el parricidio.

Para estos efectos, el hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida tiene por padres al hombre o mujer que se sometieron a ellas (art. 182 del Código Civil).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (Ley N° 17.336)

Quedan excluidos también como posibles víctimas de un parricidio los hijos legítimos o ilegítimos y los demás descendientes legítimos siempre que su muerte se cause en las 48 horas siguientes al parto, porque esas muertes constituyen *infanticidio* (art. 394).[130]

El parentesco en el parricidio debe acreditarse, como todos los demás elementos del tipo, pero sobre ese punto específico la Comisión dejó constancia que procedía hacerlo con cualquier medio de prueba, y no sólo por los autorizados por el Código Civil para justificarlo.[131]

La situación del *adoptado,* que se encuentra reglada en la Ley N° 19.620, de 5 agosto de 1999, ofrece dudas en relación al delito en estudio. En la legislación nacional, primitivamente como se recordará, existían dos textos que se referían a la adopción, la Ley N° 7.613 (publicada el 21 de octubre de 1943) y la que dicta normas sobre la adopción de menores, N° 18.703 (publicada el 10 de mayo de 1988), ambos textos actualmente derogados por la Ley N° 19.629, no obstante esta última ley, en su artículo 45, establece que tanto el adoptante como el adoptado quedan sujetos a los efectos de la adopción indicados en los textos derogados. En la adopción cumplida conforme a la Ley N° 7.613, se puede afirmar que el vínculo jurídico que crea no calza en los descritos en el art. 390. El art. 1° de la referida ley expresa que la adopción creaba entre adoptante y adoptado las obligaciones y derechos que en ella se señalan, pero "no constituye estado civil"; a lo expuesto debe agregarse que el art. 15 prescribe que "el adoptado continuará formando parte de su familia y conservará en ella sus derechos y obligaciones".

La derogada Ley N° 18.703 establecía dos modalidades de adopción: la *simple* y la *plena,* ambas formas se refieren a la adopción

[130] La Ley N° 20.066 (7 de octubre de 2005) que modificó el artículo 390 con relación al parentesco, no modificó a su vez el art. 394 del C.P. que sanciona el infanticidio, en cuyo texto se mantiene la alusión a la filiación legítima o ilegítima.

[131] Comisión Redactora, sesión N° 78. La jurisprudencia ha tenido un criterio flexible sobre este punto; la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió, el 14 de mayo de 1997, que no constituía parricidio la muerte causada por un varón a su segundo cónyuge, con la cual estaba unido en matrimonio inválido por ser bígamo, aunque este segundo matrimonio no se había anulado (*Gaceta,* N° 203, p. 165).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de menores de edad. La adopción *simple hay que descartarla* desde luego, porque creaba una relación jurídica análoga a la establecida por la Ley N° 7.613, que se traduce en el conjunto de obligaciones y derechos que se indican en los arts. 12 y siguientes, donde se precisa que "no constituye estado civil". En la adopción *plena* la situación es más compleja debido a que el art. 36 disponía que "hace caducar los vínculos de la filiación de origen del adoptado en todos sus efectos civiles", y conforme el art. 1° inc. 2° "tiene por objeto conceder al adoptado el estado civil de *hijo legítimo* de los adoptantes". La doctrina extranjera se inclina por rechazar la posibilidad de un parricidio en este caso;[132] en nuestra legislación tal exclusión resulta más categórica, porque el fundamento del parricidio –los vínculos de sangre– aquí no se da, y de un examen cuidadoso de la Ley N° 18.703 –que como se ha señalado está derogada– se desprende que ésa es su voluntad. A saber, el art. 36 precitado hace caducar la filiación de origen "en todos sus efectos *civiles*" y el que se está analizando no tiene este carácter (es penal), de modo que para los demás efectos legales –entre ellos los penales– la filiación subsiste; además la referida ley respeta los vínculos de *sangre*–que no puede por otra parte alterar, porque son hechos–, dejando subsistentes "los impedimentos para contraer matrimonio, establecidos en el art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil" (entre descendientes y ascendientes por consanguinidad), como dispone el referido precepto. Si los respeta para el matrimonio, por igual razón han de respetarse en el parricidio. De modo que el adoptado puede cometer parricidio, pero únicamente si atenta contra la vida de sus consanguíneos de sangre; si atenta contra el adoptante o viceversa, incurre en homicidio.

Esta conclusión se confirma al recordar el principio de legalidad, que rechaza la posibilidad de *aplicar analógicamente* la ley penal, lo que impide extender al adoptado el tipo reglado en el art. 390, por cuanto la referida disposición –como todo tipo penal, pero particularmente el de parricidio, por la gravedad

[132] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 50; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 521; Bustos, *Manual, parte especial*, p. 35. En contra de la tesis, y que se inclinan por incluir al hijo adoptivo como sujeto en el parricidio: Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 49; J. R. Casabó y Conde Pumpido (citados por López Barja de Quiroga, op. cit., p. 48).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de la pena que lo sanciona– debe interpretarse restrictivamente, o sea, limitarla a los casos expresamente descritos por ella, y no a aquellos claramente no comprendidos –como es el del adoptado–, aunque sean muy semejantes a los que en ella se enumeran, más aún si tal aplicación perjudica al inculpado (analogía malam parte).

Como se hizo notar precedentemente, las Leyes N^{os} 7.613 y 18.703 han sido derogadas por el art. 45 de la Ley N° 19.620, de 5 de agosto de 1999, que dicta normas sobre la adopción de menores. Lo antes comentado es aplicable en su integridad a la nueva normativa y constituyen argumentaciones válidas para descartar la posibilidad de parricidio entre adoptante y adoptado. En efecto, su artículo 37, que establece los efectos de la adopción, que es única y no hace diferencias entre plena y semiplena, expresa lo siguiente: "La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extinguen sus vínculos de filiación de origen para todos los efectos *civiles,* salvo los *impedimentos* para contraer matrimonio...".

b) *Los cónyuges*

Primitivamente no se sancionaba como parricidio la muerte que uno de los cónyuges causaba al otro, delito que se denominaba *uxoricidio,* porque no mediaba vinculación de sangre. Pero el legislador nacional, siguiendo la tendencia de la legislación española, extendió el parricidio a tal alternativa, aunque se trata de una relación de índole legal. El vínculo conyugal es un *elemento normativo* del tipo, la víctima y el agente deben estar unidos por matrimonio, lo que corresponde acreditar conforme a las normas civiles.

El matrimonio que se considera es el civilmente *válido* en el momento de la muerte de uno de los contrayentes, sin que tenga trascendencia que se encuentren separados de hecho. No constituye parricidio, por lo tanto, la muerte de uno de los miembros de la pareja cuyo matrimonio terminó por divorcio declarado por sentencia judicial firme (art. 53 de la Ley de Matrimonio Civil) o fue declarado nulo por sentencia firme,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

porque la nulidad disuelve el matrimonio (art. 50 de la Ley de Matrimonio Civil). Si se trata de un matrimonio que adolecía de una causal de nulidad no declarada al momento de la muerte, en principio debe considerarse como matrimonio válido en tanto no se declare judicialmente lo contrario en el juicio civil respectivo. Sin perjuicio de lo anotado, hay que distinguir dos situaciones: a) si el juicio de nulidad se había iniciado con anterioridad al día en que se provocó la muerte, el juicio civil que estaba tramitándose puede continuar y en el evento de que se declare la nulidad por sentencia ejecutoriada, no hay parricidio, pero sí homicidio; b) Si la acción de nulidad no se había iniciado con anterioridad a la comisión del delito, no es posible interponer demanda después, porque el art. 47 de la Ley de Matrimonio Civil exige para deducirla que ambos contrayentes estén vivos, salvo que se fundamente en la existencia de vínculo matrimonial anterior no disuelto o se trate de un matrimonio mortis causa, y en este último sólo podrían incoarla los herederos del cónyuge fallecido, no así el sobreviviente. En estas dos últimas situaciones la acción prescribe en un año contado desde la muerte de uno de los contrayentes (art. 48 c) y d) de la L. de M. C.).

El matrimonio putativo de la (art. 51 de la Ley de Matrimonio Civil) es inidóneo para reputar como cónyuges a los contrayentes en cuanto se refiere al parricidio. La muerte presunta disuelve el matrimonio en las situaciones que señala el art. 43 de la Ley de Matrimonio Civil, de modo que si reaparece el cónyuge declarado muerto y mata al otro, no incurre en parricidio.

c) *Los convivientes*

La Ley 20.066, del año 2005, modificó el artículo 399 incorporando en su texto como sujeto pasivo del delito de parricidio al "conviviente", expresión cuyo alcance es objeto de opiniones disidentes. Aquí se sostiene que la modificación pretende incorporar entre los posibles sujetos pasivo del delito a la pareja heterosexual únicamente, por consiguiente quedarían excluidas las uniones entre personas del mismo sexo (homosexualidad y lesbianismo). Para así sostenerlo se tiene como fundamento la

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

circunstancia que históricamente el problema se planteaba en las uniones de hecho de un varón con una mujer, no legadas por el vínculo del matrimonio. Además, la expresión "conviviente" se incorporó a continuación de la expresión "cónyuge" unida a ésta por la preposición "o", que tiene un sentido de homologación, o sea de referirse a la unión de personas de distinto sexo con cierta permanencia, interpretación restrictiva que resulta adecuada, porque de entenderla referida a cualquiera otra clase de vinculación sentimental, importaría extender el alcance de aplicación de un tipo especial reprimido con una sanción de alta gravedad, esto es interpretar analógicamente la disposición en perjuicio del culpable (interpretación malam parte). Finalmente debe tenerse en cuenta que el artículo 5 de la Ley N° 20.066, que es precisamente la que modificó el artículo 390 del Código Penal, al definir lo que debe entenderse por violencia intrafamiliar, empleó una expresión distinta y de sentido más amplio, pues se refiere a una "relación de convivencia", precisamente para comprender otro tipo de uniones en la familia, que abarca –indudablemente– a las uniones entre personas del mismo sexo.

7.5. La omisión y el parricidio

La comisión por omisión es posible en el delito de parricidio,[133] sobre el punto se hace remisión a lo comentado al analizar el homicidio simple (la madre que no alimenta al recién nacido, que muere a consecuencia de ello, el hijo que no evita, pudiendo hacerlo, la muerte de su padre anciano y enfermo). Autores como Bustos y Politoff[134] rechazan la posibilidad de la comisión por omisión en el parricidio, porque el parentesco o el matrimonio sería la fuente de la posición de garante y, por lo tanto, no podría considerarse nuevamente como una circunstancia de calificación de la muerte del pariente, por el principio *non bis in idem*. Este criterio no puede compartirse en atención a que el parentesco en el parricidio no es una circunstancia de agra-

[133] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 522; López Barja de Quiroga, op. cit., pp. 51-52; Muñoz Conde, op. cit., p. 37.

[134] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 107.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

vación, sino un elemento del tipo penal. Son cosas distintas, la obligación *civil* de actuar que tiene su origen en un contrato o en la relación parental –en lo cual no interviene la ley penal–, y el estado civil mismo como hecho verificable que conforma el elemento normativo del tipo, de modo que no hay violación del principio *non bis in idem,* porque la fuente de la atribución de la muerte al agente incide en la violación del deber civil que tenía de actuar, y no el matrimonio, el parentesco o el contrato, de modo que no hay una *doble valoración penal* de una misma circunstancia. Hay una valoración civil –la obligación de asistencia entre cónyuges–; establecida la misma, se valora en el ámbito penal como elemento del tipo; no existe en consecuencia una doble valoración penal, que es lo prohibido por el principio que se invoca. El principio *non bis in idem* prohíbe una doble valoración de un hecho para impedir que, al mismo tiempo, sea considerado en distintos tipos o circunstancias penales que permitan un encuadramiento coetáneo y múltiple del hecho en normas o preceptos penales diversos, pero no para los efectos del análisis de los elementos de un solo tipo penal. Como bien señala Grisolía, en la especie resulta inescindible la calidad de pariente o cónyuge y la obligación civil que dicha calidad impone.[135] Esta situación se puede presentar en otros tipos penales, como sucede con las malversaciones (arts. 233, 237) y las exacciones ilegales (art. 299), entre otros, donde se requiere que el autor sea un empleado público y, además, que en la operación que realice intervenga como empleado público, indudablemente, en estos casos podría hablarse de una doble calificación penal de la calidad de empleado, pero con ello no se infringe el aludido principio.

7.6. El tipo subjetivo

El art. 390 requiere que el sujeto activo *conozca las relaciones que lo ligan* con la víctima, de manera que el dolo abarca esa relación, debe tratarse en todo caso de un conocimiento real y no potencial.

[135] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 107, nota 6.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

Aparte del dolo directo inherente al delito, puede darse la hipótesis de dolo eventual, lo que sectores doctrinarios no conciben en el parricidio.[136] El dolo en este delito presenta las mismas modalidades que en el homicidio simple, más el plus del conocimiento cierto de la vinculación familiar; de modo que la alternativa de dolo eventual también puede presentarse, siempre que la duda o eventualidad propia de este dolo no incida en la relación parental o conyugal. Si el conocimiento de las consecuencias posibles o inciertas se refiere a los *medios o la forma* de concreción de la muerte de la víctima, que el autor identifica sin dudas como pariente, se está ante un parricidio con dolo eventual[137] (el hijo que encuentra a su enemigo a quien se ha propuesto matar, que viene acompañado de su padre, no obstante le dispara en conocimiento de que puede matar a su padre, porque emplea un arma defectuosa e insegura, resultado que se produce en el hecho). Diversa es la situación si la duda se refiere al vínculo familiar, aquel que en un bar se ofusca con un individuo respecto del cual sospecha que podría ser su padre, pero a pesar de ello lo hiere mortalmente, comete homicidio y no parricidio.

La *culpa* ha sido descartada casi unánimemente por la doctrina, porque la falta del cuidado debido que le es inherente no condice con el conocimiento cierto del parentesco que importa el mayor injusto de la conducta. Este conocimiento cierto de que se está atentando contra el pariente –que agrava el injusto y el reproche– en el cuasidelito no tiene cabida, resulta impertinente; de modo que la muerte del pariente o cónyuge provocada con culpa es cuasidelito de homicidio, y no de parricidio.[138] En la práctica, por lo demás, no tendría mayor relevancia este

[136] No admiten la posibilidad de un parricidio con dolo eventual Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 119; Quintano Ripollés, *Compendio,* t. II, p. 205.

[137] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 52; Cobo-Carbonell, op. cit., pp. 522-523; implícitamente Muñoz Conde, op. cit., p. 38; Bajo Fernández, op. cit., p. 51; López Barja de Quiroga, op. cit., p. 52; Garrido, *El homicidio,* p. 187.

[138] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 52; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 117; Garrido, *El homicidio,* p. 199; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 523; Bajo Fernández, op. cit., p. 51; López Barja de Quiroga, op. cit., pp. 52-53, aunque con dudas. Acepta dogmáticamente la posibilidad de parricidio culposo Muñoz Conde, op. cit., p. 38.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

punto, porque en ambas alternativas el hecho se subsume en el art. 490 N° 1°.

7.7. El parricidio y el error en la persona y en el golpe (*aberratio ictus*)

En este delito se presentan situaciones de cierta complejidad cuando el agente incurre en error, cuya solución se debería encontrar aplicando los principios generales que rigen el error y que fueron tratados al exponer la teoría del delito.[139] No obstante, se enunciarán las situaciones que ofrecen tres posibles hipótesis: a) que el agente pretenda matar a un pariente y por error mate a otra persona con parentesco análogo (el padre quiere matar a su hijo Pedro y por error mata a su hijo Juan), b) el agente quiere matar al pariente o cónyuge y por error mata a un tercero extraño, y c) persigue eliminar a un extraño y al incurrir en error mata a un pariente o a su cónyuge.

El Código Penal previó y resolvió estas situaciones en el inc. 2° del art. 1°: "El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el *mal recaiga sobre persona distinta* de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso *no* se tomarán en consideración las *circunstancias,* no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen". Este precepto, a nuestro juicio, tiene vigencia tanto en el error en la persona (el agente confunde a Pedro con Juan y mata a este último) como cuando incurre en error en el curso causal (*aberratio ictus:* el delincuente pretende matar a Juan y al disparar hierra por mala puntería y mata a Pedro).

Al aceptar la tesis antes señalada, en la alternativa de la letra a) el autor respondería de parricidio, quería matar a un hijo y lo hizo, el error resultaría irrelevante. En las hipótesis b) y c) respondería como autor de homicidio simple y no de parricidio, porque la circunstancia del parentesco –como lo perjudica– debería despreciarse. Si se estima que el art. 1° inc. 2° tiene aplicación sólo en situaciones de error en la persona y no en

[139] T. II, párrafo 13.6.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

la *aberratio ictus* (error en el golpe), el error en el curso causal en la situación descrita en la letra a) constituiría un concurso real entre el parricidio doloso frustrado del pariente a quien se pretendía matar y el homicidio consumado atribuible a culpa (cuasidelito) de la persona que efectivamente se mató, pues aunque también era un pariente el occiso, ya se precisó que no hay un cuasidelito de parricidio.[140] En el ejemplo b) hay concurso real de parricidio frustrado doloso del pariente y cuasidelito de homicidio consumado del extraño, y en el c) concurso real de homicidio frustrado doloso del extraño y cuasidelito de homicidio consumado del pariente.

No obstante lo antes señalado, en el caso del error en el golpe, la doctrina mayoritaria estima que se trata de un concurso ideal homogéneo que debe ser tratado en la forma dispuesta por el art. 75.

7.8. La relación de parentesco, conyugal o de convivencia y su comunicabilidad

Cuando intervienen en la comisión de un parricidio más de una persona, se pueden presentar situaciones que los distintos sectores doctrinarios enfrentan con criterios disímiles. Las alternativas son múltiples, pero se agruparán en la siguiente forma: a) La muerte es provocada en coautoría por una persona calificada (*intraneus,* o sea, pariente o cónyuge) y un tercero no vinculado *(extraneus),* b) hay un solo autor calificado o *intraneus* (pariente o cónyuge), pero actúa con la participación de otros (instigador, cómplice) no calificados *(extraneus)* y c) el autor de la muerte es una persona no calificada (no es cónyuge ni pariente), pero actúa con la participación de un sujeto (como instigador o como cómplice) calificado (pariente o cónyuge).

Para pronunciarse sobre cómo atribuir el hecho en estas distintas hipótesis, se ha de recordar que el parricidio es un delito *especial impropio,* o sea, que requiere de un sujeto calificado o especial (cónyuge o pariente consanguíneo en línea recta),

[140] Sobre este punto se debe estar a lo comentado en el t. 2°, párrafo N° 110.2.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

y que tiene su correlato en un delito común: el homicidio simple o calificado. La pregunta a contestar es si los terceros no calificados que intervienen deben responder como coautores o partícipes de parricidio o de homicidio. Los principios que particularmente entran en juego son: a) la indivisibilidad del título de la imputación del hecho, b) la accesoriedad de la participación, c) la posibilidad de asimilar las calificantes a las circunstancias agravantes generales, y d) la de dar relevancia a la naturaleza de la acción individual o colectiva que realiza cada interviniente.

a) La indivisibilidad del título de la imputación tiene su fundamento en que el delito, como tal, es único, de modo que todos los que han intervenido en él deben responder por el mismo tipo penal, sea que actúen como autores, instigadores o cómplices. De consiguiente, si se cometió un parricidio, todos los que han participado en su comisión, sean o no personas vinculadas con el occiso, han de responder de ese delito. Algunos limitan este criterio en el caso de la coautoría –uno de los coautores es calificado y no así los restantes–, situación donde estiman que los coautores no parientes o cónyuges responderían de homicidio y el que está vinculado, de parricidio (la incógnita que subsiste es a qué título se les atribuiría en este caso la muerte a los partícipes). Se critica esta posición por cuanto solamente el hecho –la muerte– es único, pero no así la calificación jurídica de ese hecho que puede ser distinta respecto de los que han participado en él, según estén o no vinculados parental, matrimonialmente o por convivencia.

b) Con el principio de *accesoriedad* se sostiene que quien determina la naturaleza del delito es el autor, y como los partícipes (inductores, cómplices y encubridores) intervienen en el delito de aquél, sus conductas son *accesorias* y deben seguir la suerte de la *principal.* Si el autor es un *intraneus,* el delito cometido es parricidio, los partícipes (instigadores, cómplices), a pesar de que no estén vinculados parentalmente con la víctima, responden como cómplices o inductores de parricidio, porque lo accesorio sigue la suerte de lo principal. De contrario, si el autor es un *extraneus* (no vinculado), comete homicidio, y aquellos que participaron en el hecho, aunque sean *intraneus* (estén vinculados al fallecido), responderán por homicidio, con la agravante o atenuante de pa-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

rentesco, según los casos, establecida en el art. 13. Se critica esta posición, porque da lugar a situaciones arbitrarias: el cómplice no calificado que colabora con el autor calificado, para quien el delito sería parricidio, responderá como instigador o cómplice de parricidio, correspondiéndole una pena mucho mayor que si él personalmente hubiera causado la muerte, que sería homicidio simple y que tiene una pena menor.

c) Si se estima que las calificantes, aunque integren el tipo penal de parricidio, no pierden su naturaleza de circunstancias agravantes para otros efectos legales, la situación es distinta. En efecto, correspondería aplicar el inciso primero del art. 64, que expresa: "Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus *relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal,* servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurran". El parentesco o el matrimonio, siendo circunstancias *personales,* no se comunicarían a los demás intervinientes no calificados. Si un *intraneus* es el autor del parricidio, los que participaron en él sin estar vinculados con la víctima responden de homicidio, porque no se les comunica la circunstancia del parentesco del autor con la víctima. Si el autor de la muerte no es pariente o cónyuge, pero actúa con la colaboración de otras personas que sí lo son, aquel ha cometido homicidio, y como la actuación de sus colaboradores es accesoria, también son partícipes únicamente de homicidio –y no de parricidio–, pero con la agravante del parentesco del art. 13.

No obstante, es una impropiedad hacer aplicación del art. 64, porque las calificantes *son elementos del tipo parricidio para todos los efectos legales, y no circunstancias agravantes;* la disposición citada regula únicamente la situación de las agravantes y atenuantes generales, no entenderlo así es hacer una aplicación por analogía del referido art. 64.

La respuesta a esta problemática debe encontrarse en los principios generales: si se da una situación de coautoría de parricidio donde hay sujetos calificados en concurrencia con otros no calificados, todos han intervenido en una acción única (de sujeto múltiple), lo que significa que hubo concierto previo y dolo de matar al pariente o cónyuge de uno de ellos, o sea, para cometer parricidio. De suerte que todos los coauto-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

res que intervinieron en el hecho responden de aquel delito. Puede suceder que alguno de los coautores ignore que se iba a matar a un pariente o cónyuge de uno de ellos, se concertó únicamente para matar a un extraño, responderá de homicidio, y los coautores parientes o cónyuge, de parricidio, y ello porque la culpabilidad es personal. La misma regla se aplica al caso de los partícipes (instigadores o cómplices) no calificados, responderán conforme al dolo con que actuaron, si al intervenir partieron del supuesto que mataban a una persona extraña, responderán de homicidio; si lo hicieron en conocimiento de que colaboraban en la muerte de un pariente o cónyuge de uno de los intervinientes, actuaron en un parricidio y por ese delito responderán. Igual sistema procede aplicar cuando el autor es un *extraneus* y los colaboradores son *intraneus,* éstos responderán conforme a su personal dolo, participaron en la muerte de un pariente o cónyuge y por tanto son cómplices o instigadores de parricidio, aunque el autor material responda de homicidio por ser *extraneus.*[141] Aquí no tiene cabida el principio de *accesoriedad,* porque prima la naturaleza de la acción individual de cada uno de los que intervinieron en la muerte. En realidad, se ha magnificado el alcance del principio de accesoriedad en desmedro de la valoración de las acciones individuales de los distintos participantes –que es lo relevante–, con resultados a veces francamente absurdos.

Es un hecho cierto que ninguna solución parece ser plenamente satisfactoria, por ello tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales ofrece una diversidad de posiciones, algunas sobradamente discutibles.[142]

[141] Esta tesis ha sido aplicada por los tribunales nacionales, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 31 de enero de 1990, publicada en la Gaceta Jurídica N° 117, de 1990, p. 68.

[142] Sobre la comunicabilidad del parentesco en el parricidio puede consultarse la obra de Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 120 y ss.; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 52; Garrido, *El homicidio,* pp. 204 y ss.; Bustos, *Manual,* p. 37; Bajo Fernández, op. cit., pp. 53-54; Cobo-Carbonell, op. cit., pp. 125 y ss.; López Barja de Quiroga, op. cit., pp. 54 y ss. Tienen un valor histórico sobre esta materia los trabajos de Rafael Fontecilla, *Concurso de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos,* Ed. Jurídica de Chile, 1956, pp. 39 y ss.; Eduardo Varas, "Comunicabilidad a los codelin-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

7.9. El parricidio en concurso con el infanticidio, con el homicidio calificado y con el auxilio al suicidio

El parricidio es, en relación al homicidio calificado, una figura preferente por mandato del art. 391, que se inicia haciendo exclusión expresa del parricidio, de manera que si en este último delito se dan cualesquiera de las circunstancias que conforman el homicidio calificado, deberá apreciarse como agravante del delito de parricidio, siempre que quede comprendida en alguno de los cinco primeros números del art. 12.

El infanticidio (la muerte de un descendiente legítimo o ilegítimo que no tiene más de cuarenta y ocho horas de edad), por ser un tipo penal privilegiado en relación al parricidio, tiene aplicación preferente y descarta al tipo parricidio.

Si un sujeto presta cooperación al suicidio de su cónyuge, padre, madre o hijo o al de un ascendiente o descendiente por consanguinidad legítima, responde únicamente como autor del delito de auxilio al suicidio (art. 393), por ser una figura especial, y no de parricidio, pero con la agravante o atenuante, según corresponda, del parentesco establecido en el art. 13. Lo comentado parte del supuesto que el auxiliador no se encuentre en posición de garante de la vida del suicida, hipótesis ésta en que responderá del delito de parricidio.[143]

cuentes de los elementos constitutivos de un delito", *Revista de Ciencias Penales,* segunda época, t. I, N° 1, año 1941, pp. 49 y ss.; Franklin Quezada, "Consideraciones acerca del parricidio en nuestro Código Penal", *Revista de Ciencias Penales,* segunda época, t. IX, N° 2-3, año 1946, p. 129; Enrique Schepeler, "Comunicabilidad y parricidio", *Revista de Ciencias Penales,* t. XIII, año 1953, pp. 49 y ss.

[143] Véase el párrafo 11.1 letra b).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

8. EL INFANTICIDIO

8.1. CONCEPTO DEL INFANTICIDIO Y SUS ANTECEDENTES

El Código Penal consagró para este delito un párrafo especial, el 2° (Del infanticidio), separado del que se refiere a los homicidios, en el Título VIII, que se ocupa de los delitos que atentan en contra de las personas. Se trata de un párrafo que tiene sólo un artículo, el 394, cuyo texto es el siguiente: "Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes *legítimos* o *ilegítimos* que dentro de las *cuarenta y ocho horas* después del *parto,* matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio".

La Comisión Redactora del Código nacional no consideró el texto del Código español, que usó como modelo. Dicho texto –según el tenor vigente en esa época– no hacía alusión al padre de la criatura ni a los ascendientes en general, sino a la madre y a los abuelos maternos. Además, condicionaba la existencia del delito al móvil de ocultar la deshonra, modalidades que no fueron recogidas en el art. 394 del Código nacional.

La mantención de este delito en el sistema jurídico resulta poco explicable. Responde, al parecer, a una tradición histórica, ya que normalmente este hecho se castigaba especialmente en las legislaciones del pasado; en la romana se consagró tardíamente por el Código de Justiniano, con posterioridad al parricidio y, en un primer tiempo, se castigó con severidad por la imposibilidad de defensa que tiene la criatura. Después se fue atenuando esa rigurosidad al tomarse en cuenta que en estos hechos se obraría generalmente para ocultar el posible deshonor que afectaría a la madre como resultado de una relación sexual clandestina.

Amplios sectores doctrinarios estiman que la subsistencia del delito en el ordenamiento jurídico no se justifica. Aparece como una clara discriminación del recién nacido en relación con los demás descendientes, sin que existan razones para respaldar tal tratamiento; resulta inaceptable en estos días pensar como lo hacía Kant, "que la vida de un recién nacido al margen del matrimonio debía quedar fuera de toda protección legal"; o porque –según decía Beccaria– por su corta edad no alcanzaba a tener conciencia del daño que sufría al morir. Tampoco respalda la mantención

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

del infanticidio el fundamento jurídico que históricamente se reconoce al delito: que consiste en el hecho de que la madre al dar a luz a la criatura sufre –a veces– trastornos psíquicos a consecuencia de la fiebre puerperal (factor endógeno), y porque con posterioridad tendrá que enfrentar, asimismo, la presión (subjetiva) de que será víctima por su deshonra en el medio social (factor exógeno);[144] la sociedad del presente ha sufrido cambios culturales evidentes en este aspecto que marginan tales consecuencias. Hay acuerdo en la doctrina en cuanto a que no es posible aceptar que la muerte de una criatura recién nacida importe un menor injusto; cuando más se podría concluir que los factores –endógenos y exógenos– recién señalados repercutirían en la culpabilidad de la madre, cuyo comportamiento debería ser objeto de un menor reproche dadas estas eventualidades.[145] En todo caso, es recomendable *de lege ferenda,* la eliminación de esta paradójica figura penal.[146]

8.2. Características del infanticidio

Es un delito de *lesión* o material, porque necesita para consumarse de la producción del resultado muerte del recién nacido, y es un delito *especial impropio,* porque el sujeto activo es *calificado* (necesariamente ha de ser uno de los padres o un ascendiente). A su vez tiene un correlato en un delito común (el parricidio o el homicidio) si el autor no cumple con las condiciones recién señaladas.

El *bien jurídico* que protege es la vida plena, o sea, la de una persona. Por esa razón el infanticidio se encuentra tratado entre aquellos que atentan contra la persona en el Título VIII del Libro 2°. Al comparar el infanticidio con el parricidio, se desprende que ha sido objeto de una protección menos enérgica que en este último delito, lo que resulta difícil de explicar en

[144] Bajo Fernández, op. cit., p. 101.

[145] Cobo-Carbonell, op. cit., p. 530.

[146] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 142, categóricamente; implícitamente, Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 55. En el preproyecto de Código Penal se elimina esta figura.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nuestra legislación, que no siguió el sistema del Código español de 1848, que establecía dos modalidades que diferenciaban al infanticidio de los otros homicidios y fundamentaban al mismo tiempo su mantención como tipo penal autónomo. En el Código español se restringía la posibilidad de quienes podían ser autores de infanticidio a la madre y a los abuelos maternos del recién nacido, y siempre que actuaran en protección de la honra de la madre (honoris causa). En aquella época se consideraba que en este delito había una *menor culpabilidad* en los responsables, y el reproche de la muerte del niño quedaba disminuido por la protección de la honra que la había motivado. Esta visión del problema es francamente inadecuada en nuestro tiempo, pero en parte legitimaba el tratamiento normativo más benigno de que se hizo objeto al infanticidio. El legislador nacional adoptó una posición diferente, que lo llevó a eliminar el móvil del honor y a ampliar la gama de los posibles responsables al padre y a los demás ascendientes, porque estimó que "a todos ellos alcanzan las consideraciones que hacen del infanticidio un delito especial".[147] Aún más, en la revisión que hizo la Comisión Redactora del articulado del Proyecto, agregó un inciso en que aplicaba una pena un poco superior –pero inferior a la del homicidio– a los "demás parientes y *estraños* (sic) que mataren a un niño menor de cuarenta y ocho horas", lo que evidencia que en la mente de los redactores la vida de una criatura en esas condiciones tenía un valor distinto a la de una persona de mayor edad,[148] felizmente este agregado no se incorporó al Código.

En el Código Penal alemán no se toma en cuenta el elemento honor, atendido el subjetivismo que ello importa, y pretendiendo mantenerse en un plano objetivo, califica como infanticidio la muerte de una criatura producto de un parto ilegítimo.[149] Seguramente en nuestro país también se aspiró a dejar de lado toda consideración de carácter subjetivo en el infanticidio, configurándolo sólo con elementos *objetivos,*[150] pero en el hecho tal posición se tradujo en reconocer que para los efectos del derecho

[147] Comisión Redactora, Acta N° 79, de 3 de mayo de 1872.
[148] Comisión Redactora, Acta N° 163, de 30 de junio de 1873.
[149] Bajo Fernández, op. cit., p. 103.
[150] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 56.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

penal, la muerte de un recién nacido provocada por sus parientes inmediatos constituye un *menor injusto* que el de cualquier otra muerte, lo que obviamente es absurdo.

Situaciones como la señalada han llevado a legislaciones modernas, como el actual Código Penal de España del año 1995, a suprimir esta figura penal, supresión que también se ha extendido al parricidio.

8.3. El tipo penal infanticidio

Como el infanticidio es un homicidio, debe cumplir con todas las características objetivas y subjetivas que se analizaron al comentar el homicidio simple. No obstante, tiene diversas particularidades que le dan una fisonomía especial, lo que hace aconsejable preocuparse del tipo objetivo y subjetivo en cuanto corresponde a esas particularidades.

8.4. Tipo objetivo

La fase objetiva del infanticidio tiene como elemento substancial una conducta (acción u omisión), que debe concretarse en un resultado (la muerte del recién nacido), y la existencia de una relación de imputación objetiva (causalidad) entre esa conducta y el resultado.

a) *La conducta*

El comportamiento prohibido consiste en matar a otro, en este caso a un recién nacido. Este delito se puede cometer por medio de una acción o de una omisión (omisión impropia o comisión por omisión). Aún más, lo frecuente es que la omisión sea la fuente principal de comisión de esta figura penal.[151] No obstante, podría dudarse que la comisión por omisión procediera en el infanticidio, por la argumentación en contrario a que se hizo referencia en el

[151] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 531.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

parricidio;[152] a saber, que el vínculo parental fundamentaría la posición de garante y al mismo tiempo se consideraría para efectos de tipificar esta figura, lo que contravendría el principio *non bis in idem*. Esta argumentación carece de validez por los mismos motivos que se indicaron en aquella oportunidad y, aún más, en la presente hipótesis los sostenedores de la tesis negativa reconocen que puede darse la omisión en el infanticidio, sin contravenir el principio en cuestión, debido a que el parentesco sería una circunstancia que iría en beneficio del procesado, al ser este delito una figura privilegiada, ya que su penalidad es muy inferior a la del parricidio, y el principio establece una prohibición para no perjudicar al inculpado, la que no rige cuando lo favorece.[153]

b) *Modalidades de la conducta*

La conducta en el infanticidio debe cumplir con varias condiciones que integran el tipo objetivo. Se sabe que los sujetos activo y pasivo no son elementos del tipo penal, pero sí lo son las características especiales que deben cumplir y que los califican para ser autores de este delito. En la mayor parte de los delitos el momento de su realización no ofrece interés jurídico, a menos que la ley le otorgue relevancia, y es esto último lo que sucede en el infanticidio. En los párrafos que siguen se comentarán las condiciones que debe cumplir una persona para ser sujeto activo del delito y la importancia que tiene el tiempo o momento en que se realiza la acción.

c) *Condiciones que debe cumplir el sujeto activo*

El art. 394 limita las personas que pueden ser autores del delito a "el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos" de la víctima. La tendencia en las legislaciones ha sido restringir el círculo de los posibles autores de infanticidio, pero la Comisión Redactora no adhirió a esa tendencia y procedió a ampliarlo en la forma señalada, lo que merece reparos, porque

[152] Supra párrafo N° 7.5.
[153] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 145.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

se podría explicar un tratamiento más benigno para la madre, no así para las demás personas a que se refiere la disposición.

Con anterioridad a la modificación que la Ley N° 20.066 de 2005 hiciera del art. 390 del Codigo Penal existía una notoria diferencia en cuanto a los responsables al comparar el infanticidio con el parricidio, toda vez que en esta última figura podían ser autores los ascendientes, pero únicamente los legítimos, en tanto que en el infanticidio pueden serlo también los ilegítimos. Lo que sorprende es que en esa oportunidad no se modificara a su vez el artículo 394 que sanciona el infanticidio respecto de los sujetos activos.

El parentesco se puede acreditar en el infanticidio con cualquier medio probatorio,[154] lo mismo que sucede en el parricidio. Pero en el infanticidio la ampliación de los medios probatorios encuentra justificación en la circunstancia de que normalmente en casos como éstos no se cumplen con las inscripciones legales en el Registro Civil por las mismas razones que inclinaron a causar la muerte del menor: mantener su nacimiento en la clandestinidad.

d) *El sujeto pasivo*

El sujeto pasivo y el objeto material de la acción necesariamente debe ser un recién nacido que no tenga más de cuarenta y ocho horas de vida. Se trata, por lo tanto, de una persona, y por esa razón el infanticidio está reglado en el título de los delitos contra las personas. La voz *parto* debe equipararse a la de *nacimiento;* para la madre es parto, para el hijo es nacimiento, pero ambas expresiones se refieren a un mismo hecho,[155] de manera que todo

[154] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. II, pp. 53-54; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 144.

[155] Cfr. Echeberry, *D. P.,* t. III, p. 54; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 144. Sostiene tesis diversa Labatut, para quien parto y nacimiento no son la misma noción, el nacimiento exigiría separación completa del cuerpo de la madre debido a que en ese momento principiaría la personalidad; no obstante, estima que hay infanticidio aun en el caso de que esa separación no se haya producido, de suerte que la muerte de la criatura entre el parto y el nacimiento sería un delito sui géneris de infanticidio (*D. P.,* t. II, pp. 182-183).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

lo expresado sobre este punto cuando se trató el homicidio, es aplicable en la especie;[156] suficiente es para calificar como persona al producto de la concepción, su expulsión del vientre materno y que logre sobrevivir con autonomía, con independencia de su madre, esté o no cortado el cordón umbilical.

e) *Tiempo en que debe realizarse la acción*

La criatura no debe tener una edad superior a *cuarenta y ocho horas,* lo que se desprende de la oportunidad señalada por el art. 394 para realizar la acción homicida. La disposición expresa que el agente debe matar al recién nacido dentro de las *cuarenta y ocho horas después del parto,* se trata de un término de horas. La Comisión Redactora del Código redujo el plazo de tres días que establecía el Código español de la época,[157] al de cuarenta y ocho horas, influenciada por los comentarios de Francisco Pacheco[158] en el sentido que si bien la acción podría explicarse cuando se realizaba de manera inmediata al nacimiento, su ejecución con posterioridad no lo era.

f) *El resultado*

Se señaló que el infanticidio es un delito material o de lesión, de manera que el tipo se integra con el *resultado:* la muerte de un recién nacido, hijo o descendiente vivo; pero no es necesario que el deceso tenga lugar dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, como se explicará al hacer referencia al *iter criminis.* Para establecer que la criatura falleció debe acreditarse, a su vez, que nació viva, que haya tenido vida autónoma con posterioridad al parto, lo que se logrará con la necropsias de su cadáver, donde tiene relevancia la denominada *docimasia pulmonar,* un examen de sus pulmones tendiente a determinar si aspiraron aire, circunstancia que demostrará que respiró por sí mismo.

[156] Supra párrafo N° 5.3-C.
[157] Comisión Redactora, Sesión N° 79, de 3 de mayo de 1872.
[158] Pacheco, op. cit., t. III, p. 35.

g) *La imputación objetiva de la muerte a la acción realizada por el autor (relación de causalidad)*

Este punto se dilucida conforme a los principios que se analizaron al estudiar la parte general. No consiste en el simple establecimiento de una relación de causalidad de orden fenoménico, sino de una relación normativa de imputación objetiva del resultado muerte a la conducta del actor.[159]

8.5. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo debe cumplir condiciones análogas a las señaladas para el delito de parricidio; el dolo puede ser directo o eventual, pero no es posible que opere la culpa. Es interesante hacer notar que el infanticidio no requiere, como lo exigía la legislación española que le sirvió de modelo, que el sujeto activo tenga el ánimo de ocultar la deshonra (elemento *subjetivo* del tipo). El art. 394 tiene un carácter, en cuanto a la descripción del tipo, particularmente objetivo, el dolo se satisface con el conocimiento de que se trata de un recién nacido descendiente, y querer matarlo.

El art. 394 no hace referencia, como lo hizo respecto del parricidio, al conocimiento de parte del sujeto activo del vínculo parental que lo une con la víctima, pero tal conocimiento es inherente a la acción de infanticidio,[160] debe necesariamente mediar en el autor. Si se incurre en error en cuanto a esta vinculación, la situación ha de resolverse conforme a los principios que rigen el error de tipo, que se enunciaron en la parte general.[161]

Se controvierte la posibilidad de un infanticidio con dolo *eventual,* pero ello es posible siempre que la duda del agente no incida en la existencia de la relación parental.[162] Suficiente es recordar la situación de la madre que provoca la muerte de su hijo al ocultarlo apresuradamente entre las mantas del lecho

[159] Consúltese t. II, párrafo N° 10.

[160] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 56; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 117; Garrido, *Homicidio,* p. 225.

[161] Véase t. II, párrafo N° 13.6.

[162] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 532.

LA FILOSOFÍA DE LIBRON EN UN DELITO - [illegible]

al ser sorprendida por un tercero, con el objetivo de que no se percate de la existencia del niño, lo que hizo aun previendo la posibilidad de que se pudiera asfixiar. La madre, en la hipótesis recién planteada, si bien no pretendía matar al menor, conocía la posibilidad del resultado fatal y quedó en un estado de indiferencia ante tal alternativa; si el niño fallece en esas condiciones, su muerte puede imputarse a la madre a *título de dolo eventual*.

La *culpa* no es posible en este tipo penal,[163] porque es inherente a su descripción que el autor tenga conocimiento de la relación familiar que tiene con el menor, o sea, saber que se mata o que puede matar a un descendiente, lo que margina la alternativa de *culpa*. En el ejemplo de la madre que amamantando de noche a su hijo recién nacido, se queda dormida y en ese estado lo asfixia al impedirle respirar, si hubo culpa de su parte se estará ante un homicidio culposo, pero no ante un infanticidio, porque aquí no tiene rol alguno el conocimiento del parentesco: no ha matado conociendo la relación familiar, que es lo que caracteriza al delito. Sin embargo, sobre esta materia hay opiniones distintas, sectores de la doctrina aceptan la posibilidad de un infanticidio culposo.[164]

8.6. *Iter criminis*. Consumación

El infanticidio acepta las diferentes etapas de ejecución del delito, pueden distinguirse en su desarrollo los grados de tentativa y de frustración. En cuanto a la consumación, es posible que se presenten algunas dudas. En la comisión de este delito podría suceder que la conducta homicida se lleve a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas, pero que la muerte del recién nacido sobrevenga con posterioridad, o que se dé comienzo a la acción homicida dentro del término indicado, pero se concluya cuando ya ha transcurrido. En esas situaciones la determinación de si hay infanticidio o parricidio (u homicidio según el caso) queda sujeta a la oportunidad en que se concretó la conducta del sujeto activo. En consecuencia, cuando la actividad personal del agente se

[163] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 56; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 117; Garrido, *Homicidio*, p. 225.

[164] Cobo-Carbonell, op. cit., pp. 532-533.

LA FOTOCOPIA ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

realizó en su totalidad dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, hay infanticidio, aunque la muerte sobrevenga después. De no ser así, vale decir cuando la actividad no se terminó en el plazo de cuarenta y ocho horas, y la continuó después de ese período, responderá de parricidio u homicidio, según quién sea el sujeto activo (v. gr., la madre suministra dentro de las cuarenta y ocho horas un veneno de efecto retardado a su hijo, que le provoca la muerte en el tercer día: hay infanticidio, aunque el deceso se produjo pasadas las cuarenta y ocho horas. No sucede otro tanto si comienza a suministrarle pequeñas dosis de veneno dentro de ese plazo, pero continúa haciéndolo una vez que aquel ha vencido hasta que el menor fallezca, aquí habrá parricidio, porque la acción material sólo se concretó pasado el término indicado).

8.7. Comunicabilidad

Siendo el infanticidio un delito especial impropio, se plantea la interrogante del título de la atribución cuando intervienen en su comisión, aparte del sujeto calificado, otras personas no vinculadas parentalmente con el recién nacido; si responderán de homicidio o de infanticidio. No se comentará esta materia porque se resuelve en igual forma que la expresada al tratar el parricidio. Se ha de recordar que cada interviniente deberá responder de su propio acto: de modo que si conforme su conocimiento y voluntad intervino en un infanticidio, responderá de este delito, si lo fue en un homicidio –por cuanto ignoraba la relación parental–, responderá de homicidio. En la especie no es aplicable el art. 64, porque el parentesco es un elemento del tipo penal y no una circunstanca calificatoria.

8.8. Concursos y circunstancias modificatorias de responsabilidad

El infanticidio es un delito independiente, no se trata de un tipo agravado o privilegiado (propiamente). De consiguiente no puede concurrir con el parricidio en relación al cual prefiere por el principio de especialidad. Por la misma razón no puede concurrir

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

con el homicidio calificado; si se comete infanticidio con alguna de las circunstancias calificantes del homicidio (por premio o promesa remuneratoria, por veneno u otra), tal circunstancia constituirá una agravante general conforme al art. 12. La alevosía, en relación a la indefensión de la víctima, por ser tan inherente al delito, normalmente no procederá como circunstancia de agravación.[165] El móvil de actuar en protección del honor de la madre se descartó definitivamente como circunstancia de atenuación de la pena, aunque en la primera redacción de la disposición en el Proyecto se le había reconocido importancia en ese sentido.

9. EL ABORTO

9.1. Antecedentes estadísticos

Se podrá pensar que es inapropiado iniciar el estudio de este delito informando sobre el número de abortos que se llevan a cabo y que, en el hecho, en su mayor parte no son conocidos por los tribunales. Como se trata de una situación que puede calificarse de abismante por sus negativas consecuencias sociales y las pérdidas de vida que provoca, se hace imperativo darla a conocer.

Conforme a los antecedentes suministrados por el *Informe Mundial sobre el Aborto* presentado por Cristopher Tietze, se podría tener como válida la cantidad de cuarenta millones de abortos voluntarios anuales en el mundo,[166] de los cuales se calcula que 10 millones corresponderían a Rusia, más de dos millones a Japón y 5 millones a Iberoamérica. Según ese mismo informe, la tasa media de abortos a nivel universal es de un 30%, si bien con serias diferencias entre las distintas regiones. Ha de agregarse que es prácticamente nulo el número de procesos criminales que por ellos se instruye; suficiente es citar el porcentaje establecido en España en el año 1985, que fue del 1%.[167] En nuestro país, la denominada *cifra negra* del aborto es también preocupante, se calcula

[165] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., pp. 109-110.

[166] Citado por José Luis Ibáñez y García-Velasco, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, 1992, p. 37.

[167] José Luis Ibáñez, op. cit., p. 39.

LA FOTOCOPIA MATA EL LIBRO Y ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

que habría unos doscientos cincuenta mil al año, y hay sectores que sostienen que superarían sobradamente tal cantidad.

9.2. Ubicación del delito de aborto en el Código Penal

Como se señaló al hacer referencia a los delitos contra la vida, la Comisión Redactora no siguió el sistema del Código español que generalmente usó como modelo, y procedió a describir el aborto en el Título VII, que trata de los "Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública". En el párrafo I del referido título (arts. 342 y siguientes) reglamentó el aborto. En el hecho siguió el criterio del Código Penal de Bélgica, vinculando el delito con la familia y las buenas costumbres,[168] lo que ha sido objeto de críticas, porque –como se verá a continuación– lo protegido por esta figura es la vida y no la familia, el *nasciturus* puede tener como madre a una mujer soltera. Tampoco el delito se vincula con la moralidad sexual, como podría entenderse en razón de que el legislador ubicó la figura entre aquellas que atentan en contra de las buenas costumbres.[169]

En Suiza, el 2 de junio de 2002, se aprobó despenalizar el aborto por un 72% de la población. Sólo en 2 cantones de los 22 se obtuvo mayoría para penalizarlo. La mujer podría abortar dentro de las 12 semanas desde la última menstruación. En Suiza, se harían entre 12 a 13 mil abortos al año.

9.3. Bien jurídico protegido. Desde qué momento se ampara la vida en formación. Conflicto de intereses

Existe acuerdo en la doctrina en el sentido de que el bien jurídico protegido es la vida en formación.[170] Por lo tanto, se trataría de un

[168] Etcheberry, *D. P.*, t. III, pp. 63-64; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 186.

[169] Labatut, *C. P.*, t. II, p. 136; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 64; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 187.

[170] Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 136; Etcheberry, *D. P.*, t. III, pp. 64 y ss.; Bustos, *Manual, parte especial*, p. 59; Creus, *Derecho Penal, parte especial*, p. 61.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

delito contra la vida, aunque el producto de la concepción carezca aún de personalidad, en el concepto jurídico de la expresión. Esta posición no siempre ha sido acogida por los códigos de otros países. El Código Penal de Alemania nazi y el de Italia de 1932 consideraban que el bien jurídico amparado era la pureza de la raza o estirpe, lo que llevó al legislador alemán, en un período, a despenalizar el aborto de seres de origen no alemán, como los judíos.

La idea fundamental en el aborto es la posible equiparación del *nasciturus* –desde el momento de la concepción hasta su nacimiento– con el ser ya nacido.[171] Si se estima que no corresponde diferenciar uno y otro, implícitamente se estaría aceptando, a su vez, que el *nacimiento* del ser humano carecería de trascendencia jurídico-penal,[172] el *nasciturus* y la *persona* estarían equiparados en ese plano.

Lo protegido por el delito, como bien jurídico, es la *vida en gestación* (o incipiente o dependiente), algunos agregan como bienes secundariamente amparados la salud de la madre puesta en peligro por las maniobras abortivas[173] y el interés demográfico del Estado.[174]

Las interrogantes que plantea el bien jurídico inciden en tres aspectos: a) desde qué momento se inicia la protección de la vida del *nasciturus,* b) intensidad que debe alcanzar esa protección y c) cuál de los bienes jurídicos –vida y salud de la madre o del *nasciturus*– debe tener preeminencia si entran en conflicto.

a) Uno de los temas más debatidos es el que se refiere al momento desde el cual la vida en formación merece protección jurídico-penal. El problema se ha planteado en el terreno biológico tratando de establecer desde cuándo se inicia la vida del ser humano; esa perspectiva desplaza el problema del ámbito estrictamente normativo al médico-biológico, asunto que no es de naturaleza jurídica, y es a esta última la que le corresponde determinar el momento desde el cual un atentado a la vida incipiente constituye *aborto.*

Las alternativas consisten en considerar dos momentos: la *concepción* (instante en que el óvulo es inseminado por el espermio)

171 Ibáñez y García-Velasco, op. cit., p. 143.
172 Bustos, *Manual,* p. 56.
173 Cuello Calón, *D. P.,* t. II, p. 491.
174 Entre ellos Bajo Fernández, op. cit., p. 121.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

o *la anidación* (cuando el óvulo inseminado se ubica en el útero). En nuestro país tradicionalmente se ha considerado que la protección debe regir desde la inseminación del óvulo.[175] Y se piensa de ese modo porque la inseminación es consecuencia de la natural relación carnal entre el hombre y la mujer, lo que también permite fácilmente determinar ese momento. En la actualidad la situación se ha complicado por las posibilidades técnicas alcanzadas sobre inseminación, en particular con la denominada *in vitro* (en un matraz, fuera del vientre materno), toda vez que la destrucción de un óvulo inseminado en esa forma podría –según el concepto que se tenga del aborto– constituir delito. La doctrina en la actualidad, mayoritariamente, se inclina por determinar que la protección penal procede desde la anidación del óvulo fecundado, las razones que se dan para respaldar este criterio son, entre otras, que normalmente un 50% de los óvulos inseminados no logran alcanzar el útero y son expulsados en forma natural y espontánea fuera del cuerpo de la mujer y, además, es muy complejo determinar el momento preciso de la concepción.[176] Se agrega que el óvulo inseminado puede constituir un principio de vida humana únicamente cuando se ha anidado en la matriz, y no antes, porque fuera de la matriz no puede desarrollarse, es posible que se conserve, pero no está en condiciones de evolucionar para alcanzar la calidad de feto. Los óvulos inseminados *in vitro* sólo pueden ser objeto material de un delito de aborto cuando han sido anidados en el útero de una mujer, y no antes.[177] Esta interpretación no se contrapone al texto constitucional nacional, que si bien protege la vida en formación, limita esa protección a la "del que está por nacer" (art. 19 N° 1

[175] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 137; Etcheberry, *D. P.*, t. III, pp. 64, 66.

[176] Un criterio tradicional sostiene que hay fecundación desde que el óvulo ha sido penetrado en sus membranas protectoras por el espermatozoide, sin que se haya producido aún la unión de los pronúcleos (substancias de uno y otro que contienen el material genético, proceso que dura algunas horas y que termina con la fusión de los pronúcleos, lo que se denomina *singamia*). El otro criterio considera que hay fecundación sólo cuando se produce la fusión de los pronúcleos (singamia), y no antes, de modo que en el tiempo que antecede a la fusión podría disponerse del *huevo o cigoto* (óvulo penetrado por el espermio, pero en el cual aún no se han fusionado los pronúcleos).

[177] Luis Rodríguez Ramos, *Manual de Derecho Penal* (con Miguel Ángel Cobos y Jacobo López Barja de Q.), p. 143.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

C. P. R.), como lo hace el Código Civil en el art. 75; sería discutible afirmar que el óvulo inseminado en un matraz está por nacer, pero sí debe aceptarse que aquel que está anidado en el vientre de una mujer se encuentra en dicha alternativa, porque está en el medio natural donde su desarrollo posterior es posible. El inciso final del art. 75 del C. C., que ordena suspender todo castigo a la madre "por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la *criatura que tiene en su seno*", se vincula con la idea recién expresada. El empleo de anticonceptivos masificado en la sociedad de este tiempo, uso que además está autorizado por el ordenamiento legal y que es objeto de promoción por el Estado –lo que parece irreversible–, llevan a aceptar tal interpretación por razones de política criminal. Tampoco, por otra parte, la Ley N° 20.120 (22 de septiembre de 2006) sobre la Investigación Científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la Clonación Humana, ofrece relevancia frente a lo sostenido, pues si bien su artículo primero señala que "tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica...". Limita dicha protección "en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas"; por consiguiente, la normativa que contiene persigue proteger al ser humano, en cuanto a los aspectos específicos que en ella se señalan, pero las reflexiones que se hacen en este apartado aluden al "delito" de aborto, cuya tipología se pretende determinar.

b) *Intensidad de la protección de la vida en formación.* Si bien la noción de *vida* es una, tratándose de la del ser humano se hace distinción entre *vida plena* (o autónoma, o independiente) y *vida incipiente* (o dependiente o en formación), y cuando se hace referencia a la intensidad del amparo se alude a la clase de protección que se otorga a una y otra. Desde una perspectiva ontológica puede que por la sola circunstancia de tratarse de vida no corresponda hacer distingo entre ambas alternativas; pero no sucede otro tanto en el aspecto jurídico.

Históricamente, en las distintas culturas, siempre la vida plena ha sido objeto de una mejor protección que la que se encuentra en formación.[178] Aún más, podría afirmarse que en el pasado esta última no siempre se consideró digna de amparo penal, el

[178] Cfr. Arroyo Zapatero, *Prohibición del aborto y Constitución*, p. 202.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

embrión o feto se reputaba una víscera de la mujer, propiedad de ella o del marido. En el Código de Hamurabi se castigaba exclusivamente el aborto no consentido.[179] La Iglesia distinguió hasta el siglo XVIII entre feto animado e inanimado. La equiparación de la vida plena con la vida en formación a *contar del día de la fecundación,* logra consagración con la *Apostolicae Sedis* de Pío IX, de 12 de octubre de 1869,[180] cuando triunfó la tesis de la *animación inmediata* del producto de la concepción, conforme a la cual se recibe el alma en el momento de la fecundación. Tesis que superó la de *animación retardada,* que suponía que el "alma se infunde cuando el embrión humano" está preparado para recibirla, o sea, a los 40 días tratándose del masculino y noventa días del femenino,[181] en esa forma pensaban Aristóteles, San Agustín, Santo Tomás.[182] Esta línea de pensamiento se ha mantenido en la encíclica *Casti Connubi* de Pío XI (1930); posteriormente se extendió la marginación al empleo de anticonceptivos de toda clase como regulador de la procreación, autorizando únicamente la continencia y el período de infecundidad.[183]

No obstante, en la ley positiva la vida dependiente siempre ha sido protegida con menor intensidad que la vida plena, para constatarlo suficiente es observar que la sanción del delito de aborto (art. 342) –que tiene como bien jurídico la primera– es menor que la del homicidio (art. 391), cuyo bien jurídico es la segunda. Además, se acepta generalmente que no se reprima la omisión como medio de ejecución del aborto ni el atentado culposo, alternativas que sí son consideradas en el homicidio.

c) *Conflicto de intereses entre la vida dependiente y la plena.* La discusión en la actualidad gira en torno al posible conflicto de intereses que puede suscitarse entre ambas vidas, la del que está por nacer y la de la mujer embarazada, y si tiene preeminencia una respecto de la otra (tendencias *relativas*). A pesar de todo, subsisten las denominadas tendencias *absolutas* o radicales en uno u otro sentido, que rechazan la existencia de un conflicto de in-

[179] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 213.
[180] Bajo Fernández, op. cit., p. 114.
[181] Ibáñez García V., op. cit., p. 144.
[182] Bajo Fernández, op. cit., p. 115.
[183] Bustos, *Manual, parte especial,* p. 56.

LA FILOSOFIA DE DERECHO ES UN DELITO LEY Nº 1.336

tereses. En este sector, algunos se inclinan por desconocer a todo evento la posibilidad de sacrificar la vida incipiente, cualquiera sea el estado de su desarrollo y aun frente al peligro de la vida de la madre (posición de la Iglesia Católica); otros, al contrario, reconocen la más amplia libertad de la mujer embarazada para disponer de su estado de preñez: el derecho a tener hijos conllevaría a su vez el derecho a no tenerlos (el de abortar).[184]

Las doctrinas relativas aceptan que puede darse una situación de conflicto de intereses entre los de la mujer y los del producto de la concepción. Están por ofrecer una solución valorando ambos bienes y reconociendo preeminencia a aquel que se considere preponderante. Comparten, de consiguiente, el criterio de que el producto de la concepción es un sujeto digno de protección, como también que a la mujer le corresponde decidir sobre su probable maternidad. En esta posición hay dos alternativas: c.1) la de los plazos y c.2) la de las indicaciones.

c.1) El sistema de los plazos considera varios antecedentes para permitir que la mujer embarazada dentro de un plazo determinado –frecuentemente tres meses– pueda disponer libremente sobre si desea o no perseverar en su estado de preñez. La razón que respalda esta posición radica en que el embrión adquiere forma humana al tercer mes, oportunidad en que se transforma en feto y, por ello, se hace digno de protección, que con anterioridad no merecería. De modo que el embrión no tendría protección penal, pero sí el feto. Además, hasta ese instante resulta menos riesgosa para la vida de la mujer la eliminación del producto de la concepción. Los adherentes al sistema concluyen que siempre el producto de la concepción debe ser objeto de reconocimiento por el derecho, y por lo tanto de protección, pero distinguen cuando se trata de la protección penal, que consideran procedente únicamente en relación a la vida del feto, que posee los órganos esenciales del ser humano y tendría en formación una conciencia, no así del embrión, que carecería de esas características. Durante el desarrollo del embrión –o sea dentro de los tres meses siguientes a la concepción– se cree que hay que reconocer a la mujer la facultad de decidir sobre su posible maternidad, la

[184] En esta línea de pensamiento José Ibáñez García-Velasco, op. cit., p. 188.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

renuncia a ese don sería un derecho que le es inherente, vinculado con la disposición de su cuerpo y de su vida; la determinación de un tiempo para que decida sobre su situación constituiría una adecuada medida de prudencia. Este sistema ha sido adoptado por las legislaciones de algunos países, como la de Francia.

c.2) *Sistema de las indicaciones.* El sistema de las indicaciones ofrece más garantías para el *nasciturus,* pues a diferencia del anterior, que lo margina de toda *protección penal* dentro del primer período de su desarrollo (doce semanas normalmente), con este sistema se protege desde el inicio la vida, pero al mismo tiempo se trata de resolver la situación que se crea cuando esa vida entra en conflicto con los intereses de la mujer preñada. No deja a su libre voluntad poner término a su estado de embarazo, ya que exige que concurran circunstancias muy especiales *(indicadas por la ley)* para que se pueda concretar esa voluntad. Acepta, por ejemplo, que la mujer pueda decidir si desea o no mantener su preñez cuando ésta ha sido consecuencia de un atentado sexual en su contra (indicación ética), o si ese estado pone en grave peligro su vida o salud (indicación terapéutica), y cuando el feto adolece de taras físicas o psíquicas de importancia (indicación eugenésica). Normalmente este sistema se armoniza con el de los plazos, dentro del cual debe expresarse la voluntad de la mujer de poner término a su estado de embarazo, siempre que se encuentre en alguna de las situaciones indicadas por la ley. En España, la doctrina mayoritariamente defendió este sistema y se incorporó en definitiva en el primitivo Código Penal (art. 147 bis), pero en la actualidad, en el nuevo Código Penal del año 1995, ninguna disposición del párrafo del delito de aborto hace referencia al punto indicado (arts. 144 a 146). Corresponde hacer constar que dicho Código, al sancionar el aborto causado por tercero con el consentimiento de la embarazada, limita su aplicación a los realizados "fuera de los casos permitidos por la ley" (art. 145 N° 1), haciendo alusión –seguramente– al art. 417 del primitivo Código español, que la primera disposición derogatoria del texto actual dejó con vigencia. El art. 417 reglaba el sistema de las indicaciones y declaraba "no punible" el aborto en hipótesis como las recién señaladas.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

9.4. Concepto del aborto como delito

El Código Penal no define lo que entiende por "aborto", el art. 342 se limita a sancionarlo, de modo que corresponde establecer cuál es la noción sistemática de esta figura penal. Del conjunto de preceptos se desprende que aborto, para los efectos penales, *es la interrupción del proceso de gestación mediante la destrucción o muerte del producto de la concepción.*[185] Es improcedente limitar la noción del aborto a la interrupción del embarazo, porque puede haber aborto y el feto haber sobrevivido. El delito de aborto requiere de la destrucción o deceso del producto de la concepción; a su vez, la simple destrucción o muerte del producto de la concepción[186] es un concepto insuficiente. Si es expulsado el embrión en forma natural, no constituye aborto su destrucción posterior; tampoco la del óvulo inseminado *in vitro* podría ser calificada de aborto.

En definitiva, el delito de aborto consiste en la *interrupción del embarazo con destrucción o muerte del producto de la concepción dentro o fuera del cuerpo de la mujer.*[187] Esta noción es distinta a la de aborto ginecológico, que consiste en la expulsión prematura del embrión o feto dentro de los seis primeros meses de gestación.

Quedan fuera del concepto de aborto la extracción del vientre materno del embrión o del feto muerto por causas naturales, y el parto prematuro de la criatura que nace viva.[188]

9.5. Tipos objetivo y subjetivo del delito de aborto

Hay varias figuras de aborto y sus características tanto objetivas como subjetivas se indicarán al comentar los diversos tipos que sanciona el Código Penal. Todos presuponen la existencia de

[185] Por *concepción* se entiende el óvulo inseminado y anidado en la matriz de una mujer.

[186] Así lo define Etcheberry: "la muerte inferida al producto de la concepción que aún no es persona" (*D. P.*, t. III, p. 64); en el mismo sentido al parecer Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 192.

[187] Rodríguez Ramos, op. cit., p. 140 (con Cobos Gómez de Linares).

[188] Rodríguez Ramos, op. cit., p. 140 (con Cobos Gómez de Linares).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

una *mujer embarazada;* es elemento común a los diferentes tipos de aborto la preñez de la mujer, cualquiera sea el grado de evolución de ese estado. Si la mujer no está embarazada, las maniobras abortivas que ella misma o terceros realicen no constituyen delito, son atípicas[189] (delito imposible por error de tipo). El aborto siempre se dirige a provocar la destrucción o muerte del producto de la concepción, pero debe serlo mediante la interrupción del proceso de gravidez o durante el proceso del parto.

El aborto requiere que el embrión o feto esté vivo, única forma en que puede ser objeto de un atentado en contra de su vida en el vientre materno; si no lo está, las actividades destinadas a su expulsión son atípicas.

De consiguiente, la destrucción del producto de la concepción fuera del vientre materno, cuando ha sido expulsado en forma natural, no constituye aborto. La destrucción del óvulo inseminado *in vitro,* en tanto no esté anidado, no constituye aborto. Tampoco es aborto la maniobra destinada a impedir que el óvulo sea inseminado.[190]

No hay duda que el delito de aborto normalmente se comete mediante una *acción,* pero no sucede otro tanto con la posibilidad de que se pueda cometer por *omisión.* El art. 442 se refiere al que "causare un aborto", lo que aparentemente podría inclinar a pensar que en todo caso se exige una conducta positiva; no obstante hay opiniones en el sentido de que es posible la *comisión por omisión* (omisión impropia) en este delito, con excepción del aborto *violento* (arts. 342, N° 1 y 343),[191] que supone necesariamente una acción.

9.6. Sujeto pasivo, objeto material de la acción

En el sistema nacional el *sujeto pasivo* del delito de aborto es aquel que está por nacer, o sea, el producto de la concepción, por lo tanto no lo es la mujer embarazada. La Constitución Política en el art. 19 N° 1 y el Código Civil en los arts. 75 y siguientes reco-

[189] Creus, op. cit., p. 60.
[190] Creus, op. cit., p. 60.
[191] Cfr. Bustos, op. cit., p. 60.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

nocen como titular de derecho al no nacido; en ambos textos se hace referencia a la *vida* del no nacido, además, el inc. 2° del art. 75 del Código Civil extiende la protección que allí consagra a su *salud,* y en el art. 77 adopta medidas para amparar los demás derechos que pueden corresponderle.

El *objeto material* de la acción también es el producto de la concepción,[192] el producto que está en proceso fisiológico de gestación en el vientre materno. Quedan fuera de esta protección –como delito de aborto– los atentados de que pueda ser objeto el óvulo inseminado *in vitro* no anidado en el vientre de una mujer.[193]

Para ser objeto material de la acción del delito de aborto se requiere que el producto de la concepción tenga *viabilidad* como tal, o sea, tenga posibilidad de continuar su desarrollo natural en el seno de su madre (viabilidad intrauterina), lo que no significa exigir que sea viable fuera del útero que lo anida (extrauterina).[194] El embrión y el feto que carecen de vida pueden ser eliminados, aun la denominada *mola,* o sea, el óvulo fecundado sin poder de evolución natural para generar una criatura humana, subsiste como parásito con la sangre de la madre,[195] pues en él no hay *vida* en el sentido del bien jurídico protegido por la figura penal.

No corresponde hacer diferencia entre *embrión* y *feto* para efectos del delito, tanto la destrucción del primero como la muerte del segundo conforman el tipo penal. En Chile no existe el feticidio, que trata de los atentados a la vida del feto y que circunscribe el ámbito del aborto a los atentados contra el embrión.

Al hacer referencia al producto de la concepción con potencialidad de desarrollo natural (viabilidad intrauterina), se comprenden en el concepto los embriones y fetos con anomalías (siameses, descerebrados, etc.), como los denominados monstruos. Podría ofrecer dudas el denominado embarazo *ectópico o extrauterino,* pero también se estima que al no poder terminar con

[192] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 141 (con Miguel A. Cobos Gómez de Linares).

[193] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 67.

[194] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 125; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 572; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 66.

[195] Huerta Tocildo, citado por Bajo Fernández, op. cit., p. 126.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

el nacimiento de un ser vivo, quedaría fuera de la protección del delito de aborto.[196]

9.7. Sujeto activo del delito

Cualquier persona puede ser sujeto activo, no se requiere de una característica especial, se trata de un delito *común* que no precisa de un sujeto determinado. No obstante, el sujeto activo tiene importancia para efectos de la penalidad, pues las diversas modalidades de ejecución descritas por los arts. 342 y siguientes inciden principalmente en la calidad del autor del delito. Desde esa perspectiva se pueden distinguir tres clases de aborto: A) El provocado por terceros, B) el provocado por la propia mujer embarazada y C) aquel en que interviene un profesional de la salud. Cada uno de ellos se comentará a continuación.

A. *Aborto causado por tercero* (no profesional de la salud)

Corresponde al que no es causado por la mujer preñada y tampoco por un profesional de la salud, hay que distinguir dos alternativas: a) el realizado sin el consentimiento de la mujer (art. 342 N^{os} 1 y 2 y art. 343) y b) el llevado a cabo con su consentimiento (art. 342 N° 3).

El *consentimiento* constituye un elemento importante para diferenciar las dos modalidades del delito. El consentimiento debe ser manifestado por una mujer con capacidad penal, que sea imputable, pues así tendrá aptitud para comprender la trascendencia de su decisión; además su consentimiento debe otorgarse *libremente,* al margen de toda coacción externa. Puede ser manifestado explícitamente, aunque hay autores que aceptan que sea implícito.[197] Corresponde rechazar el consentimiento *presunto* como manifestación válida de la voluntad de la embarazada.[198]

[196] Cfr. Cobo-Carbonell, op. cit., p. 372.
[197] Entre ellos Creus, op. cit., p. 62.
[198] Cfr. Creus, op. cit., p. 62.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

a) *Aborto realizado sin el consentimiento de la mujer*

Procede hacer una nueva distinción según la forma o medio empleado para provocarlo: a.a) *con violencia* y a.b) *sin violencia.*

a.a) *Con violencia.* Esta clase de aborto está reglada en los arts. 342 N° 1 y 343, ambos preceptos sancionan comportamientos dolosos, pero en el primero se regla la hipótesis en que el autor persigue precisamente provocar el aborto, mientras que en el segundo no sucede otro tanto.

El art. 342 N° 1 expresa: "El que *maliciosamente* causare un aborto será castigado:

1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere *violencia* en la persona de la mujer embarazada".

El *tipo subjetivo* ofrece interés, porque la disposición transcrita requiere a que se actúe *maliciosamente,* expresión que empleó la Comisión Redactora reemplazando la que usaba la disposición del Código español de 1848, que le sirvió de modelo: *de propósito.*[199] El sentido de esta palabra, como sucede en buena parte de los casos donde el Código Penal recurre a su empleo, es limitar el tipo subjetivo de la figura al *dolo directo* o, en otros términos, excluir las hipótesis de *dolo eventual* y de *culpa;* la señalada es la opinión mayoritaria de la doctrina.[200] Opinión disidente es la de Etcheberry, que respaldado por el acta de la Comisión Redactora –en particular el comentario de Rengifo en esa oportunidad– sostiene que el término maliciosamente se vincula con la *antijuridicidad,* por cuanto lo que se pretendió marginar del delito de aborto son los abortos realizados con buena fe, como el recomendado por el médico, que si bien quiere eliminar al producto de la concepción, no pretende violar la ley, sino velar por la vida de la mujer.[201]

El alcance que se ha dado a la voz *maliciosamente* se extiende a los diversos números del art. 342, en todos ellos, como se verá más adelante, debe concurrir dolo directo, el eventual queda excluido.

El *tipo objetivo* del aborto violento sin consentimiento de la mujer consiste en emplear la fuerza, sea material o moral, para

[199] Comisión Redactora, Sesión N° 160 de 25 de junio de 1873.

[200] Cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 139; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 203.

[201] Etcheberry, *D. P.,* t. III, pp. 67-68.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

interrumpir la preñez de la mujer y eliminar al *nasciturus*, es precisamente usar un medio de esa naturaleza lo que da identidad a esta clase de aborto. La violencia puede ser física o moral (coacción o intimidación), es igual para estos efectos emplear medios materiales (golpes, manipulaciones con instrumentos o substancias tóxicas y cualquier otro sistema semejante), que recurrir a la amenaza de emplear fuerza física, sea inmediata o próxima (amedrentar con un arma a la embarazada para vencer su resistencia a la maniobra abortiva).[202]

a.a.1. *Situación del art. 343*

La segunda forma de *aborto violento sin consentimiento* de la mujer está reglada en el art. 343, que dice: "Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que *con violencias* ocasionare un aborto, aun cuando *no* haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea *notorio o le constare* al hechor".

En esta hipótesis el autor emplea *violencia* en contra de la mujer embarazada, *pero sin propósito* de provocarle un aborto y, no obstante, se lo causa. La expresión *con violencia* es indiciaria de la fuerza física, queda marginada la intimidación,[203] se alude a comportamientos del autor consistentes en malos tratos de obra o lesiones realizados *dolosamente* (sea con dolo directo o eventual), pero que no perseguían provocar el aborto. El *tipo subjetivo* en este caso es complejo, el sujeto activo *quiere* maltratar físicamente o lesionar a la mujer, pero al mismo tiempo *no debe querer hacerla* abortar, siendo este resultado previsible, porque *conocía* su embarazo o porque *era notorio*, lo que equivale a ostensible. De consiguiente, el sujeto activo puede estar en relación al aborto en situación de haber actuado con *dolo eventual* (prevé como posible el aborto, pero queda en situación de indiferencia respecto de ese resultado) o con *culpa* (consciente –lo previó como posible, pero obró en el entendido de que no iba a provocarlo– o inconsciente –o sea, no se representó la posibilidad del aborto, aunque aquél era previsible–). Esta descripción típica comprende situaciones más amplias que las abarcadas por el delito

[202] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 68; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 205.

[203] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 147.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

preterintencional, porque se extiende al resultado más grave (o sea, el aborto) a título de culpa, y al causado con dolo eventual. En el hecho constituye una especie delictiva muy particular, porque sanciona, además del aborto con dolo eventual, una modalidad culposa de aborto. Esto último es excepcional, porque no hay otro tipo de aborto atribuible a culpa, en general el aborto culposo es atípico al no comprenderlo el art. 490, que se refiere exclusivamente a los delitos contra las personas, y el *nasciturus* no lo es.

El tipo *objetivo* de esta figura (la sancionada en el art. 343) consiste en malos tratos de obra o en lesiones (hasta de mediana gravedad) que el sujeto activo infiere a la víctima, que provocan, junto con la interrupción del embarazo, la muerte o destrucción del producto de la concepción. Se presenta así un concurso de delitos de lesiones y de aborto; las lesiones o malos tratos quedan subsumidos en el art. 343, siempre que no superen, en cuanto a intensidad, la mediana gravedad. Pueden plantearse situaciones más complejas cuando la violencia empleada se concreta en lesiones graves o en la muerte de la embarazada, alternativas éstas que escapan a la figura que se está comentando.

a.a.2. *Concurso. Aborto y muerte. Las lesiones causadas a la mujer embarazada a consecuencia de la violencia*

Corresponde distinguir la naturaleza del dolo con el cual el sujeto activo empleó la violencia. A saber, si actuó con dolo de *provocar la muerte de la mujer o de lesionarla gravemente,* o únicamente de *causar el aborto.* En estos casos se presenta un concurso *ideal heterogéneo* de un delito doloso con uno culposo, que debe sancionarse conforme el art. 75. Si hubo dolo de matar o de lesionar gravemente, se trata de un delito de homicidio o lesiones gravísimas dolosas en concurso ideal con el de aborto culposo,[204] porque hay dos bienes jurídicos independientes en juego: la vida o la salud de la mujer y la vida del que está por nacer, como también dos comportamientos humanos relevantes y jurídicamente separables (la acción dirigida a matar o lesionar a la mujer y la falta de cuidado

[204] Autores como Bustos, Grisolía, Politoff (op. cit., p. 206) estiman que el homicidio absorbe el desvalor del aborto y habría un solo delito y no un concurso, porque la tutela de la vida de la mujer incluye la del germen de vida que lleva en su cuerpo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

en su realización con el resultado muerte del feto, imputable a esa falta de diligencia).[205]

Como en nuestro país no es punible el aborto culposo, el problema es más doctrinario que práctico, salvo en el caso del art. 343, que no se extiende a las hipótesis de muerte y lesiones graves.

También se plantea un concurso ideal heterogéneo cuando el dolo del agente es provocar el aborto, pero su actividad se concreta, además, en la muerte de la mujer (delito preterintencional); pero en esta hipótesis hay concurso entre un delito doloso de aborto y el delito culposo de homicidio de la embarazada (cuasidelito), concurso que debe tratarse conforme lo indica el art. 75, lo que expresamente hizo constar la Comisión Redactora.[206] Esta interpretación ha sido criticada por autores nacionales como Labatut;[207] pero es compartida por otros[208] y resulta ser la más adecuada en nuestro sistema, por las mismas razones señaladas precedentemente. Además, es igualmente aplicable a las hipótesis de aborto doloso en concurso con homicidio o lesiones gravísimas con dolo eventual.[209]

Es útil hacer notar que las lesiones a que se hace referencia en concurrencia con el aborto han de ser las que están fuera del marco de aquellas que normalmente se infieren en un aborto violento, porque estas últimas quedan absorbidas por el aborto y por lo tanto no se presenta una hipótesis de concurso.[210]

a.b) *Sin violencia*

Debe recordarse que se está estudiando el aborto *sin consentimiento* de la mujer; precedentemente se trató al que se causa sin el consentimiento de la embarazada empleando violencia, en seguida se pasará a comentar aquel en que también faltando la voluntad de la mujer, se pone término a la vida del que está por nacer sin emplear medios violentos.

[205] Sobre este punto hacemos referencia a las explicaciones que se dan en el t. II de esta obra, párrafos 109 y 110.

[206] Comisión Redactora, sesión 66 de 15 de noviembre de 1871.

[207] Labatut, *D. P.*, t. II, pp. 140-141.

[208] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 76; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 209.

[209] Para Bustos, Grisolía, Politoff, el concurso de aborto doloso y homicidio con dolo eventual conforma un solo tipo penal –lo que descarta el concurso–, porque el desvalor del homicidio consume el del aborto (op. cit., pp. 206-207).

[210] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 210.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

En el art. 342 N° 2 se sanciona esta clase de aborto, en los siguientes términos: "El que *maliciosamente* causare un aborto será castigado:

2°. Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza (violencia), obrare *sin* consentimiento de la mujer".

El *tipo subjetivo* en esta modalidad de aborto es de la misma naturaleza del que se señaló para el aborto violento, queda comprendido en la expresión *maliciosamente,* que se emplea en la parte inicial del art. 342, de suerte que requiere de dolo directo y queda descartado el eventual y la culpa (la mujer que entrega a su amiga recién embarazada un medicamento muy efectivo para adelgazar, pero que también tiene posibilidades abortivas).[211] De manera que no hay cuasidelito de aborto.

El *tipo objetivo* tiene un elemento *positivo,* cualquiera actividad idónea dirigida por el sujeto activo a provocar el aborto de la mujer, y otro *negativo,* la ausencia de consentimiento de esta última. La falta de voluntad de la embarazada existe tanto si no está en condiciones de expresarlo (dormida, inconsciente) como cuando lo manifiesta, pero es inhábil para ello, tal sucede si carece de comprensión (lo da una menor de dieciséis años). Si el sujeto activo incurre en una equivocada comprensión de la voluntad de la mujer, se podría dar una situación de error de tipo.

La sanción que le corresponde al tercero que realiza este aborto es más grave que aquella que se le impondría si mediara consentimiento de la mujer, y ello porque además del atentado a la vida del *nasciturus,* en este caso se agrega el desvalor del atentado a la libertad de la mujer.

b) *Aborto causado por tercero con consentimiento de la mujer*

Este delito está reglado en el N° 3 del art. 342, que dice: "El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer *consintiere*". En esta alternativa se requiere que quien causa el aborto sea un *tercero* –y no la propia mujer– y no tiene mayor trascendencia que el sujeto activo haga *uso o no de violencia* para provocar el

[211] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 71; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 210.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

aborto. La hipótesis del aborto violento a que se refiere el N° 1 del art. 342, que ya fue analizada, exige que la acción de aborto se lleve a cabo *sin* la voluntad de la mujer, si se actúa con su asentimiento, el empleo de la fuerza para interrumpir el embarazo no presenta mayor interés jurídico. En este último caso el hecho se encuadra en el N° 3 del art. 342, al igual que si no se emplea violencia.

El *consentimiento,* para que se considere tal, debe corresponder a la voluntad de una mujer que tiene el desarrollo mental y la edad adecuada para expresarlo (ser mayor de 18 años, o menor de esa edad y mayor de dieciséis años, siempre que se haya declarado por el juez de menores que actuó con discernimiento). Además, esa manifestación de voluntad debe ser emitida válidamente por la mujer, o sea, manifestada *libremente* –sin coacción– y *sabiendo* el alcance del acto de que se trata. Si el consentimiento es el resultado del engaño o del error, la situación escapa al N° 3 y se desplaza al N° 1, porque no habría voluntad de la mujer.

El tipo *subjetivo* corresponde al *dolo directo,* por las mismas razones que se señalaron al comentar el N° 1 del art. 342. No procede, en consecuencia, el dolo eventual ni la culpa, a menos que excepcionalmente se presente la alternativa que se regla en el art. 343.[212]

Esta hipótesis en que la mujer da su consentimiento para que un tercero le provoque el aborto constituye un caso de *coautoría*[213] entre éste y aquélla. No obstante, la pena señalada en el N° 3 le corresponde exclusivamente al tercero, no así a la mujer que consiente, porque su situación está reglada en el art. 344, que le impone una sanción de más gravedad.

B. *Aborto causado por la propia mujer (autoaborto) o con su consentimiento*

Esta figura penal se describe en el art. 344: "La mujer que *causare* su aborto o *consintiere* que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por *ocultar su deshonra,* incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio".

---

[212] Supra párrafo A. a.a.1.

[213] Muñoz Conde, op. cit., p. 70.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Se trata de una figura *calificada,* pues se agrava la sanción que corresponde al delito por ser la mujer la que comete el aborto. Además se trata de una figura de *hipótesis múltiple,* porque el artículo transcrito regla dos situaciones: B.1) la mujer consiente en que un tercero le provoque el aborto, y B.2) el autoaborto que ella misma se causa.

B.1. La mujer permite que un tercero le cause el aborto

Esta forma de abortar, en que la mujer consiente que otra persona provoque la muerte del feto, presenta un caso de coautoría y se hace remisión a lo expresado sobre el punto en el párrafo anterior, insistiendo en que la mujer que consiente debe ser sancionada con la pena que se establece en el art. 344, en tanto que al tercero que lleva a cabo el aborto se castiga conforme a lo dispuesto por el art. 342 N° 3, con una pena más benigna. El fundamento de esta mayor dureza del legislador con respecto a la mujer, incidiría en su voluntad de abortar, que aumentaría el reproche del hecho, puesto que se encuentra en posición de garante de la vida del *nasciturus,* posición que infringe categóricamente al consentir en su destrucción o muerte,[214] situación que también se da en el autoaborto. Cuando es el tercero quien causa el aborto con el consentimiento de la mujer, ambos deben actuar con dolo directo, aunque hay opiniones en otro sentido.[215] Se señaló precedentemente que el dolo eventual y la culpa están descartados, recuérdese que en esta hipótesis, según el art. 342 N° 3, se sanciona únicamente al tercero siempre que actúe *maliciosamente,* y que a su vez el art. 344 exige que la mujer consienta en abortar, lo que hace necesario que actúe con dolo directo, pues su voluntad debe ser explícita; de modo que si bien la disposición legal no exigió malicia, esto no era necesario por las características mismas del tipo.

[214] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 219.

[215] Así Etcheberry, quien estima que la mujer puede obrar con dolo eventual (*D. P.,* t. III, pp. 71-72); Bustos, Grisolía, Politoff (op. cit., p. 220) en relación al autoaborto, fundamentados en que en tal hipótesis no se hizo exigencia de obrar con malicia.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

B.2. El autoaborto

O sea, cuando es la propia mujer embarazada la que provoca su aborto –segunda alternativa sancionada en el art. 344–, ha de concluirse que requiere *dolo directo.* Así se desprende del contexto de la disposición que se refiere a la que "causare su aborto", lo que supone una actividad de su parte dirigida en tal sentido. Esta conclusión guarda relación con la situación del tercero que ejecuta el aborto, en la otra alternativa que describe el art. 344, a quien también se le exige que actúe con dolo directo.[216] La conducta de la mujer que por su culpa provoca su aborto es atípica, no tendría sentido que el aborto causado culposamente por un tercero no sea punible y sí lo sea el de la embarazada.[217]

La participación en el autoaborto (complicidad, encubrimiento) debe regirse por el art. 342, como sucede con el tercero coautor del aborto consentido. De consiguiente tales intervenciones no se sancionan conforme el art. 344, que califica el aborto sólo para la mujer embarazada.

B.3. Aborto honoris causa

Si la mujer actúa *para ocultar su deshonra,* el art. 344 inc. 2° le impone una pena más atenuada que la prescrita por la referida disposición en su inciso primero. El inciso segundo expresa: "Si lo hiciere por *ocultar su deshonra,* incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio".

Es una circunstancia que *privilegia* el delito, y beneficia únicamente a la mujer, es una circunstancia *personal,*[218] no favorece a los terceros que pueden haber actuado como coautores o partícipes. A éstos les corresponde un sanción conforme al art. 342; no les es aplicable el art. 344 y es en esta disposición donde se regla el privilegio. Por lo demás, la naturaleza misma

[216] Autores como Bustos, Grisolía, Politoff, estiman que es suficiente el dolo eventual (op. cit., p. 220).

[217] Bajo Fernández, op. cit., pp. 147-148.

[218] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 221; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 72.

LA JURISPRUDENCIA DE LIBROS EN DERECHO - DAY S.P.I. S.A.

del beneficio es de índole subjetivo y dice relación sólo con la mujer embarazada.

Por *ocultar su deshonra* ha de entenderse la pretensión de la afectada de impedir que en el medio en que se desenvuelve se tenga conocimiento de que ha tenido una relación sexual criticada, su objetivo ha de ser evitar la reacción socialmente negativa que su embarazo puede provocar en tales circunstancias. El privilegio consagrado en el inc. 2° del art. 344 obra en igual forma y sin distinción en favor de una mujer que puede o no haber tenido hijos con anterioridad, tampoco importa que sea soltera o casada,[219] todas ellas están en posibilidad de ser víctimas del reproche público.

C. *Aborto con intervención de facultativo*

La circunstancia de que el autor o partícipe de un aborto sea un profesional de la salud, ha sido considerada como causal de calificación del delito para ese profesional. El art. 345 dispone: "El *facultativo* que, *abusando* de su oficio, *causare* el aborto o *cooperare* a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342, aumentadas en un grado".

La calificante afecta únicamente a los *facultativos,* voz que mayoritariamente la doctrina entiende comprensiva de todo profesional que ha seguido y terminado estudios superiores sobre el arte de sanar, como el odontólogo, el kinesiólogo, la enfermera universitaria, la dietista y en general, profesiones análogas,[220] de suerte que la disposición no queda limitada a los médicos. Esta forma de interpretar la palabra *facultativo* encuentra respaldo en la historia del precepto, pues si bien el Código Penal español de 1848 –que sirvió de modelo al nacional– también la empleaba, en el Código de ese país de 1822 se enumeraba a los diversos profesionales de la salud de la época; al relacionar la norma del Código de 1848 con otras disposiciones, se colegía que no había variado el criterio del legislador de 1822, sino que lo había

[219] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 487.

[220] Cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 140; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 73; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 223-224.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

mantenido en cuanto a referirse con la expresión *facultativo* a los diversos profesionales que practican el arte de sanar.[221]

El profesional de la medicina debe intervenir en el aborto como *autor* (mediato, directo, coautor) o como *partícipe* (inductor o cómplice) y ha de hacerlo *abusando de su oficio.* El facultativo al incurrir en la conducta delictiva debe, por lo tanto, estar ejerciendo la actividad que le es inherente como tal, pero además ha de *abusar de su ejercicio.* Se entiende que *abusa* en el ejercicio de su función curativa cuando sobrepasa los límites que le fija la *lex artis medica.* El ejercicio de toda profesión, en particular la medicina, se rige por ciertos principios y reglas que constituyen la denominada *lex artis,* a las cuales debe sujetarse el que desarrolla tal actividad; si se infringen esas reglas, podrá concluirse que ha habido abuso; en tanto el profesional las respete, estará amparado por la justificante del art. 10 N° 10 –el ejercicio legítimo de un oficio– y su actuar no será *antijurídico.*[222] Sectores de la doctrina dan un alcance más restringido al concepto de abuso, y piensan que lo habrá cuando el facultativo no actúa con fines terapéuticos, de manera que si interviene *con fines* terapéuticos pero sin atenerse a la *lex artis,* su conducta no sería *abusiva.*[223] Cuando el médico participa en la comisión de un aborto, fuera del ámbito del ejercicio de su profesión, no obra en su contra la calificante del art. 345, y su comportamiento se sancionará conforme a lo preceptuado por el art. 442, o sea, según las reglas generales del aborto. Si con culpa un médico, en el ejercicio de su profesión, causa un aborto, su comportamiento no puede sancionarse, porque no hay aborto culposo punible; su actuar se podría subsumir en el delito falta descrito en el art. 494 N° 10, que castiga el descuido culpable del médico que no causa daño a las personas.

De suerte que el art. 345 establece una circunstancia calificante en contra del facultativo, que agrava su responsabilidad por ser profesional de la salud y obrar abusando del oficio. En conductas como éstas hay una mayor culpabilidad cualquiera sea la forma de comisión del aborto regladas en el art. 342, de

[221] Léase la amplia fundamentación histórica de Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 223 y ss.

[222] Cfr. Cuello Calón, *D. P.,* t. II, p. 503; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 73.

[223] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 226.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

manera que el profesional puede cometer el delito con violencia o sin violencia, con o sin el consentimiento de la mujer. Según cuál haya sido su intervención en el aborto y la naturaleza de ese ilícito, le corresponderá la pena señalada para cada caso en el art. 342, *aumentada en un grado.*

Hay consenso en el sentido que el art. 345 equipara, para los efectos de la penalidad, la intervención del facultativo como *autor* o como *partícipe* (instigador, cómplice), porque se refiere al que *causare* o *cooperare* en el delito, a ese profesional le corresponderán las penas indicadas en el art. 342 aumentadas en un grado,[224] tanto si actúa en calidad de autor como si lo hace en calidad de cómplice.

C.1. El aborto terapéutico

Los sistemas legales han reconocido generalmente el denominado aborto terapéutico, que es aquel realizado con el consentimiento de la mujer de acuerdo a los principios médicos, cuando aparece necesario para mantener su vida que por su embarazo está en peligro, y que algunos extienden también a la conservación de su salud psíquica o física. El Código Sanitario nacional lo establecía primitivamente en el art. 226 (que exigía el diagnóstico de tres facultativos para llevarlo a efecto), disposición que se reemplazo el año 1967 por el art. 119, que autorizaba el aborto únicamente con fines terapéuticos y exigía la "opinión documentada de dos médicos cirujanos" para realizarlo. La referida disposición fue reemplazada por la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989, por una del siguiente tenor: "No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto".

Pero, a pesar de que la disposición impide realizar cualquiera "acción" de aborto, se ha estimado que no hay impedimento para poner término al estado de preñez si por razones propias de la *lex artis medica* corresponde hacerlo como "tratamiento curativo", considerando tal situación conforme a los principios generales que rigen la tipicidad y la antijuridicidad. En todo caso, en estas

[224] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 73; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 222.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

hipótesis se requiere siempre el consentimiento explícito de la mujer.[225]

9.8. *ITER CRIMINIS*

El delito de aborto es una figura penal de *lesión* (de *resultado*), de modo que para su consumación exige la interrupción del estado de preñez y la muerte o destrucción del producto de la concepción. De suerte que pueden darse situaciones de delito frustrado (se suministra a la mujer un poderoso abortivo que no causa el efecto perseguido, o sólo logra que expulse el feto prematuramente, pero éste sobrevive a tal maniobra), o de mera tentativa (la embarazada recibe el vaso con el abortivo que se le ofrece, y cuando lo va a beber, un tercero se lo arrebata con el fin de impedirlo).

La muerte o destrucción del producto de la concepción puede tener lugar en el cuerpo de la mujer siempre que sea consecuencia de la interrupción del embarazo, o durante su expulsión. Si el feto sobrevive después de las maniobras destinadas a su expulsión y se provoca su muerte fuera del vientre materno, se presenta una situación de concurso material (real) entre un aborto frustrado y un homicidio consumado (podría tratarse de un infanticidio según quien haya sido el sujeto activo). Si resulta lesionado el feto con motivo de un aborto frustrado, esas lesiones no constituyen un tipo especial independiente, simplemente quedan subsumidas en el delito de aborto.[226]

[225] Se piensa que la actividad médica se justificaría al calificarla como legítima defensa de un tercero (art. 10 N° 6), que sería la embarazada en peligro. Ésta es una opinión discutible, porque la agresión supone el ataque de una persona, y el *nasciturus* no ataca y tampoco es persona. El médico, al velar por la vida de la mujer conforme a la *lex artis*, cumple con su función, lo que es atípico. De no compartirse esta opinión, esa actividad profesional se debe encuadrar en la justificante del art. 10 N° 10 (ejercicio legítimo de un oficio), porque su finalidad no es causar un aborto, sino salvar una vida.

[226] Creus, op. cit., p. 63.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

10. EL HOMICIDIO EN RIÑA

10.1. Conceptos generales

La Comisión Redactora recogió del Código Penal español de 1848 el precepto que en el texto nacional está en el art. 392, que regla la situación que se presenta con el homicidio causado en una *riña.* A indicación del señor Reyes, al iniciar el estudio del Proyecto de Código, se pretendió reprimir con dureza esta figura, "considerando a cada uno de los culpables como verdadero homicida" e imponiéndoles una pena correspondiente a dicha calificación,[227] criterio que felizmente fue modificado con posterioridad.

El art. 392 vigente, tiene el siguiente tenor: "Cometiéndose un *homicidio en riña o pelea* y *no* constando el autor de la muerte, pero sí los que causaron lesiones graves al occiso, se impondrá a todos éstos la pena de presidio menor en su grado máximo.

Si *no* constate tampoco quiénes causaron lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencia en su persona la de presidio menor en su grado medio".

10.2. Naturaleza del delito

No es fácil establecer la naturaleza de esta figura, cuya calidad de tipo penal independiente podría controvertirse, aunque en la práctica no ofrece relevancia, por cuanto es una norma de muy escasa aplicación en los tribunales nacionales, y en las legislaciones extranjeras se observa una tendencia a su supresión, en especial en los códigos modernos. En España se eliminó, en Colombia y Perú no existe esta figura delictiva.

Se puede explicar el art. 392 por la necesidad existente en épocas pasadas de castigar el homicidio cuando no se contaba con cargos para atribuirlo a una persona determinada, se trataba de solucionar un problema de carácter probatorio,[228] que en el hecho se proyectó al establecimiento de una *responsabilidad obje-*

[227] Comisión Redactora, Sesión N° 79, de 3 de mayo de 1872.

[228] Cfr. Pacheco, op. cit., t. III, p. 29; Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 200.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

tiva, lo que merece serias reservas y forma la convicción de que se trata de un precepto desfasado en el tiempo. En el país ha sido objeto de preocupación esta norma, lo que ha dado origen a cuidadosos estudios.[229]

En realidad es un delito *sui géneris* de lesiones,[230] no es uno de homicidio,[231] puesto que lo sancionado son las lesiones o la violencia ejercida sobre el fallecido, pero no su muerte; tampoco se trata de un delito de sospecha,[232] por cuanto aunque se sepa positivamente que el sujeto activo de las lesiones no es el autor de la muerte, la norma debe aplicarse.

Se trata de una figura anómala, inadecuada, que si bien está en el párrafo del homicidio, lo que sanciona en forma agravada es el empleo de violencia en contra de la integridad física de una persona durante una riña. Pero se exigen además dos circunstancias que deben concurrir copulativamente: que en esa riña materialmente se cometa un homicidio y la *condición objetiva de punibilidad* de que se ignore quién es el autor de esa muerte. Algunos autores han pretendido sostener que la *riña* constituiría un delito de *peligro concreto* –peligro que se produciría por el solo hecho de que se participe en ella–, cuya sanción quedaría sujeta a la causación de lesiones graves y a la condición –que califican de punibilidad– de la muerte de una persona durante la misma;[233] dentro de tal concepto –como delito de peligro– se comprenderían también a las lesiones en riña sancionadas por los arts. 402 y 403. Esta última tesis es interesante, pero de difícil aceptación en nuestro sistema, en verdad la existencia de esta

[229] Consúltese a Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 339 y ss.; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 57, en especial nota 2 de p. 58; Yáñez, Sergio, "Homicidio en Riña", *Revista de Ciencias Penales,* t. XXV, p. 209.

[230] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 340; Bajo Fernández, op. cit., p. 74.

[231] Cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 180; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 340; Bajo Fernández, op. cit., p. 74. Para Etcheberry es un homicidio simple o parricidio (*D. P.,* t. III, p. 56); según Bustos –comentando el texto del Código Penal español– es un delito contra la vida (*Manual, parte especial,* p. 52).

[232] En contra opina Labatut, para quien importa una presunción de autoría (*D. P.,* t. II, p. 181); Bustos estima que se está ante un delito de sospecha, porque habría una presunción de autoría en el sujeto activo que empleó la violencia (*Manual,* p. 52); otro tanto hace Muñoz Conde (op. cit., p. 57).

[233] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 340-341.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

figura penal carece de toda justificación y procedería eliminarla del catálogo de delitos.

10.3. Elementos objetivos de la figura

El legislador ha pretendido sancionar el homicidio causado durante una riña, pero lo que en el hecho castiga son las lesiones graves o la violencia ejercida previamente sobre la víctima. El art. 392 enumera los siguientes requisitos para su aplicación: a) el homicidio de una persona sin que se sepa quién fue el autor, b) que ese homicidio se haya producido en una riña o pelea, y c) que esté acreditado quién causó en esa oportunidad lesiones graves a la víctima o, por lo menos, quién empleó violencia en su contra.

a) El homicidio de una persona sin que se conozca a su autor

El art. 392 requiere que alguien haya sido víctima de un delito de homicidio, que haya fallecido a consecuencia de la actividad dolosa de otro sujeto, cuya identidad se ignora.

El desconocimiento del autor de la muerte es una condición importante establecida por la norma, porque si se sabe quién lo es, corresponderá que se aplique la normativa propia del homicidio o del parricidio, según las circunstancias. En este caso el autor de las lesiones graves o de la violencia responderá conforme a las reglas generales (arts. 397 y ss.), a saber, por las lesiones graves o los actos de fuerza que ejecutó, y no conforme al art. 392. Esta ausencia de conocimiento de quién es el autor del homicidio no es un elemento del delito, sino una *condición objetiva de punibilidad,* se trata de una circunstancia *ajena a la actividad* del autor de las lesiones, necesaria para aplicar la pena señalada en el art. 392, por ello no es un elemento típico de la figura.[234]

Como el art. 392 se refiere al *homicidio* causado en riña, debe tratarse entonces de un delito de homicidio y no de una simple

[234] Autores como Bajo Fernández afirman que no es condición objetiva de punibilidad, se trataría de una cuestión de falta de prueba. En efecto, siempre las condiciones en referencia no dan motivo por sí mismas a que por ellas responda el agente (op. cit., p. 75), lo que aquí sí sucedería, atendido a que la mayor pena impuesta al agente encontraría allí su razón de ser.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

muerte, que podría ser consecuencia de un caso fortuito (durante una tormenta se produce una riña y, en tanto se desarrolla, un rayo mata a uno de los intervinientes), o podría ser un deceso culposo (uno de los participantes choca con otro, que resbala y al caer muere por una fractura craneoencefálica). La disposición exige que se cometa un homicidio y la regla es que sólo los dolosos lo son (por excepción se tipifican los culposos), de manera que el art. 392 no podría hacer referencia a la culpa.[235]

Se ha planteado calificar al *homicidio* de uno de los contendientes como una *condición objetiva de punibilidad,*[236] pero tal afirmación es discutible. La condición de punibilidad está al margen de la actividad y de la responsabilidad del imputado, por lo tanto el hecho en que consiste no modifica su responsabilidad, simplemente posibilita que se haga efectiva la sanción; no sucede así en la especie, porque pasa a calificar esa responsabilidad al agravar la que corresponde por las lesiones o la violencia.[237] Tampoco se trata de un delito calificado por el resultado, ya que el homicidio no es el resultado de la riña; la ley penal distingue claramente entre la riña y el delito de homicidio, sin perjuicio de que no pueda castigarse este último como tal por ignorarse quién es el responsable. Como esa muerte no es posible vincularla al dolo o culpa del autor de las lesiones, necesariamente debe concluirse que se trata de una *responsabilidad objetiva* impuesta por la ley, lo que desde todo punto de vista es criticable e inaceptable.

b) Que el homicidio haya tenido lugar en una riña o pelea

El homicidio debe haberse causado durante una *riña o pelea,* según las expresiones del legislador, voces que podrían inducir a más de una duda en cuanto a su alcance. Históricamente se ha entendido que se refieren al concepto de *riña tumultuaria;* en

[235] Opina en sentido contrario Bajo Fernández, quien no ve inconveniente para que también queden comprendidas las muertes atribuibles a culpa (op. cit., p. 76); esta interpretación puede ser valedera para la disposición del primitivo Código español, que sancionaba la riña "si hubiese resultado muerte", noción muy distinta a la del texto nacional que requiere la comisión de un *homicidio.*

[236] En esa forma la califican Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 341; Muñoz Conde, op. cit., p. 59.

[237] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 75.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

efecto, el comentador de la norma española que sirvió de modelo a la disposición nacional, Francisco Pacheco, expresaba: "aquí se trata de esas muertes ocurridas en una revuelta de varios".[238]

Por *riña* ha de entenderse el mutuo acometimiento de un grupo de individuos, normalmente indeterminado (se acepta que por lo menos deben ser tres), existiendo confusión del sentido en que lo hacen (quedan comprendidos los apaciguadores).[239] Generalmente se trata de un tumulto, en el que hay gran desorden que hace confusa la determinación de la actividad que desarrollan los que en ella intervienen.[240] Hay consenso de que ha de tratarse de por lo menos tres sujetos siempre que se agredan mutuamente, porque si dos atacan al tercero, deja de haber riña, los autores de las lesiones o de la muerte están determinados. Lo trascendente es el desorden, la confusión entre atacantes y agredidos, parte de la doctrina estima que deben haber bandos contrincantes. Algunos autores exigen que la riña se inicie de manera espontánea, repentina;[241] pero no parece que tal condición sea fundamental, la contienda puede tener comienzo en forma ordenada o predeterminada, y en su desarrollo volverse tumultuaria y adquirir el carácter de riña en el sentido normativo.[242]

c) Que en la riña se ejerza violencia en contra de la víctima o se le causen lesiones graves

En la riña, finalmente, *deben haberse causado lesiones graves o empleado violencia en contra de la persona que posteriormente muere, y conocerse a los autores de esas lesiones.* El legislador consideró un sistema *subsidiario* para reaccionar en contra del homicidio causado en riña si se ignora quién es el autor de este delito; agrava

[238] Pacheco, op. cit., t. III, p. 29.

[239] En fallo reciente la jurisprudencia ha precisado el concepto de riña o pelea en el sentido indicado, en sentencia dictada por la Corte Suprema (*Fallos del Mes*, año 1995, N° 436, p. 153, sent. 4ª).

[240] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 181; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 57.

[241] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 454; Labatut, *D. P.*, t. II, p. 181; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 59.

[242] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 200; Bajo Fernández, op. cit., p. 77; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 345.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

la sanción de los autores que infirieron lesiones graves a la víctima, y al lesionador le impone la pena de presidio menor en su grado máximo (inferior a la del homicidio, pero superior a la de las lesiones simplemente graves); si no consta quiénes causaron lesiones graves, pero sí aquellos que emplearon violencia en su contra, se sanciona a éstos con presidio menor en su grado medio (castigo más alto que el de las lesiones de mediana gravedad). Se eleva la sanción del que lesiona gravemente a la víctima o del que emplea violencia en su contra, siempre que esa persona sea sujeto pasivo de un homicidio en el referido incidente y se ignore quién fue su autor.

No se trata de reprimir un delito de homicidio, sino de lesiones, imponiendo al autor de las mismas una sanción más rigurosa, porque en esa oportunidad se cometió un homicidio cuyo autor se desconoce. Se establece así una evidente responsabilidad objetiva.[243]

10.4. El tipo subjetivo de la figura

Lo comentado con anterioridad permite concluir que lo sancionado en el art. 392 es un delito de lesiones y no uno de homicidio, en cuya comisión deben concurrir determinadas circunstancias que enumera, a las cuales ya se ha hecho referencia.

El tipo subjetivo requiere de *dolo,* integrado por un *doble "querer",* el de participar en una riña o pelea y el de lesionar a la víctima (aquella misma que con posterioridad, pero durante

[243] Para Bustos, Grisolía, Politoff, "la riña es un delito de peligro concreto, pero en el cual no es la experiencia común la que basta para fundar el nexo de probabilidad, sino que es la propia ley la que fija el grado de peligrosidad al crear una condición objetiva de punibilidad" (op. cit., p. 348). Estos autores hacen un excelente esfuerzo sistemático para calificar el homicidio en riña como delito de peligro; pero precisamente al reconocer que sería una condición de punibilidad el deceso de la víctima, la idea de peligro aparece normativamente superada, porque para reprimir la riña en particular se está exigiendo la lesión de un bien jurídico: la muerte de una persona, o sea, el mero peligro es insuficiente, se requiere que el peligro se concrete. Todo ello sin perjuicio de que la noción de peligro pueda haber estado subyacente en la mente del legislador cuando estableció la figura del art. 392.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ESTÁ PROHIBIDA POR LEY N° 17.336

la riña, alguien procederá a matar dolosamente), no se exige que ese dolo se extienda a la muerte de la víctima.[244] Quedan excluidos los simples malos tratos o lesiones causados con *culpa,*[245] y ello porque figuras como las regladas en el art. 392 deben ser interpretadas restrictivamente, como todos los tipos penales, pero además porque la voz "violencia" que emplea en su inciso segundo conlleva una voluntad dirigida a maltratar o emplear fuerza, lo que margina la alternativa del descuido o falta de cuidado inherente a la culpa.

10.5. Sujetos activo y pasivo

El sujeto de las lesiones o violencia reprimidas, conforme al art. 392, debe ser uno de los que intervienen en la riña. Si el autor es un individuo ajeno a la pelea, no es aplicable la disposición y responderá de las lesiones que infirió, conforme a las reglas generales (la persona que desde la ventana de su morada observa la riña y aprovecha de lanzar una pedrada a la víctima, que queda lesionada de gravedad, circunstancia que aprovecha uno de los peleadores para herirla mortalmente con una daga).

El sujeto pasivo debe ser uno de los contendientes y, además, la víctima –luego de lesionada– ha de ser objeto del delito de homicidio durante la riña. No alcanza la disposición a la muerte de un sujeto ajeno a la pelea, aunque sea a consecuencia de ella (el transeúnte que inocentemente pasa por el lugar y recibe una pedrada lanzada por uno de los contendientes), el homicidio en este caso se rige por las reglas generales y no por el art. 392.

10.6. Consumación, *iter criminis*

Como se trata de un delito de lesiones con sanción calificada, se perfecciona cuando las lesiones graves se han consumado. El posterior homicidio de la víctima es un elemento del tipo del delito

[244] Muñoz Conde, op. cit., p. 59.
[245] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 80.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO · LEY Nº 17.336

sancionado en el art. 392, y la circunstancia de ignorarse quién es el autor de la muerte es una condición objetiva de punibilidad.

Las características del homicidio en riña hacen inimaginable un delito imperfecto, sólo puede darse la figura consumada, la tentativa y la frustración están descartadas.

11. AUXILIO AL SUICIDIO[246]

11.1. Definición y naturaleza del delito. El tipo objetivo

El Código se ocupa de esta figura en el párrafo del homicidio, en el art. 393, que expresa: "El que con *conocimiento* de causa *prestare auxilio* a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, *si se efectúa la muerte*". Existe acuerdo de que no se trata de un delito de homicidio,[247] por cuanto aquí "no se mata a otro", es una figura especial donde lo sancionado es la colaboración que se presta a la conducta antijurídica de un tercero. La conducta de este tercero, del que pretende privarse de la vida, es contraria al Derecho, pero que no constituye delito, toda vez que el suicidio no lo es. En el pasado era sancionado el suicidio con penas como la confiscación de los bienes y otras análogas. Pacheco, comentando el Código español de 1848, consideraba que el legislador había obrado bien cuando procedió a eliminar al suicidio como delito.[248]

Suicidio es causarse la muerte a sí mismo, conducta que es contraria al Derecho en atención a que la vida es un bien no disponible, aun para el propio titular. No obstante, hay autores que piensan que no corresponde calificar como injusto el suicidio, y menos aun como delito; de ser delito, sería uno sin víctima y, al sancionarlo el Estado, invadiría la esfera de la intimidad, sería un atentado a la

[246] Sobre esta materia y el homicidio consentido, consúltese el completo trabajo de Enrique Díaz Aranda, *Dogmática del suicidio y homicidio consentido*, Madrid, 1995; y a Carmen Juanatey Dorado, *Derecho, Suicidio y Eutanasia*, Madrid, 1994.

[247] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 59; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 329; Bustos, op. cit., p. 44.

[248] Pacheco, op. cit., t. III, p. 31.

libertad, criterio que al aceptarse autorizaría para que cualquier comportamiento riesgoso se calificara como actividad suicida, hasta los socialmente adecuados, como beber alcohol.[249]

Desde el punto de vista criminológico, se califica el suicidio como el último síntoma de una enfermedad mental (con generalizada frecuencia); pero aunque sea el efecto de un acto libremente determinado, es evidente que no *merece* ser penado. Al sujeto que llega al extremo de decidir privarse de la existencia, el posible efecto intimidatorio preventivo de la sanción le es totalmente inefectivo y, de otro lado –contrariamente a la finalidad de la pena– podría inducir al suicida frustrado a perseverar en su objetivo ante la amenaza de ser sancionado por su tentativa.[250]

De modo que el art. 392 no reprime un comportamiento accesorio jurídicamente (aunque el auxilio en el hecho lo sea), por cuanto el suicidio no es delito, y lo accesorio debería seguir la suerte de lo principal. El legislador reprime como principal y en sí misma esa conducta de colaboración prestada al suicida.

Hay varios aspectos que en doctrina se discuten sobre la naturaleza del delito de auxilio al suicidio. Entre ellos[251] si se trata de un tipo penal de *mera actividad* o de *resultado,* lo que ofrece importancia para determinar cuándo está consumado y si es viable la frustración; se duda también sobre si es un delito *común* o uno de los denominados de *propia mano,* o sea, *aquellos* que puede realizar sólo aquel que –en este caso– presta la colaboración (lo que tiene trascendencia para establecer si puede haber instigación) y, por último, si es un delito de *participación necesaria,* o sea, de aquellos en que para su realización se exige la intervención del sujeto activo y del pasivo.

Se ha de observar que en nuestro país lo sancionado es el *auxilio* al suicidio exclusivamente, no así la *instigación* para que otro se suicide, que sería una actividad atípica,[252] porque el que induce a alguien a privarse de la vida puede no intervenir en la acción

[249] Bustos, op. cit., p. 45.

[250] Cfr. Etcheberry, t. III, p. 60; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 329; Bajo Fernández, op. cit., p. 86.

[251] Estos rubros han sido planteados y comentados por Carmen Juanatey Dorado, *Derecho, Suicidio y Eutanasia,* Madrid, 1994, pp. 209 y ss.

[252] Cfr. Echeberry, op. cit., t. III, p. 60.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

misma que el instigado realiza para autoeliminarse. No ocurre en otras legislaciones, como la de Colombia (art. 327) y de España (art. 143), donde la inducción es punible. En España se castiga, además, el homicidio consentido (eutanasia), pero reducido a los casos de enfermedad grave que conduce necesariamente a la muerte o produce padecimientos intensos, permanentes e insoportables a la víctima.

Tipo objetivo. La conducta sancionada es la de "auxiliar" a otro para que se suicide, o sea, prestarle cooperación, ayudarlo. Importa, en definitiva, desarrollar actividades que técnicamente podrían calificarse de complicidad, conforme al art. 16. El límite de la ayuda lo precisó la Comisión Redactora al eliminar parte de la disposición española que tuvo como modelo, considerando que si la cooperación llegaba al extremo de que el auxiliador haya sido el que causó la muerte de la víctima, tal hecho constituye homicidio y debe castigarse como tal;[253] por lo tanto, nunca puede esa ayuda consistir en que el cooperador provoque por sí mismo la muerte del que pretende terminar con sus días.

Se señaló precedentemente que la *inducción o instigación* para que una persona se suicide no constituye una actividad de *auxilio,* y tal inducción no es punible en nuestra legislación. Tampoco es *auxilio* la denominada *autoría mediata,* porque aquel que instrumentaliza a la propia víctima para que realice una actividad que le causará la muerte (inducir a una persona que sobrepase un área que está minada, lo que aquella no sabe) comete homicidio, porque no está instigando a otro a privarse de la existencia, sino que lo induce a que haga algo cuya significación fatal ignora, aquí la víctima es instrumentalizada para que se provoque la muerte.

Lo normal será que el auxilio se preste realizando una *acción,* un comportamiento positivo, pero podría presentar duda la alternativa en que ese auxilio se preste mediante una *omisión.*

En nuestro país se sostiene que no puede haber auxilio al suicidio por *omisión,*[254] primeramente porque aquél es un delito

[253] Comisión Redactora, Acta N° 79 de 3 de mayo de 1972.

[254] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 330; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 63. En España este punto es controvertido, así Muñoz Conde, op. cit., p. 55; Bajo Fernández, op. cit., p. 91; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 558; Cobos Gómez de Linares, op. cit., pp. 119-120, aceptan la posibilidad de la omisión.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de actividad, así está descrito en el art. 392 *(prestare auxilio),* y no requiere de un resultado (la muerte del suicida jurídicamente no lo es). Generalmente los delitos de mera actividad se llevan a efecto con comportamientos positivos. No obstante lo señalado, hay que distinguir dos alternativas:

a) La del art. 494, que dispone: "Sufrirán la pena... N° 14: El que *no socorriere* o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o *en peligro de perecer,* cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio". El que encuentra a otra persona en despoblado que está a punto de quitarse la vida, está "en peligro de perecer", y en tal situación quien lo encuentra tiene la obligación de impedirlo, siempre que esté en condiciones de hacerlo sin detrimento propio. A saber, si en las circunstancias indicadas el sujeto *omite* evitar que el suicida se prive de la vida, incurrirá en el delito falta recién indicado a menos que se encuentre en posición de garante en relación al suicida, hipótesis que se comentará en el párrafo siguiente. Aquel que sorprende al suicida en los instantes en que lleva a la práctica su voluntad de eliminarse, y no se está en ninguna de las dos situaciones recién señaladas (en posición de garante o en despoblado), no comete delito alguno.

b) Si el que omite evitar que el suicida se prive de la vida tiene la posición de garante de ese bien (el padre sorprende a su hijo tratando de ahorcarse, el enfermero no impide que el paciente a su cuidado se saque la máscara de oxígeno que lo mantiene con vida), y el suicida tiene éxito, no incurre en auxilio al suicidio, sino en *homicidio por omisión,*[255] porque sobre él pesaba la obligación de velar por la existencia de esa persona, frente a los peligros de cualquier clase que pudiera sufrir en el ámbito de su posición, aun los provenientes de la propia víctima.

En la actualidad estas situaciones ofrecen algunas alternativas, como la denominada *huelga de hambre,* que no se trataría de una situación de suicidio, porque el huelguista no persigue privarse de la vida, aunque en la actualidad ese criterio es puesto en duda precisamente como motivo de las referidas huelgas. En España

[255] Consúltese a Bustos, Grisolía, Politoff, que hacen un cuidadoso análisis de la hipótesis comentada y sus diversas alternativas (op. cit., pp. 330 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

hay sectores jurisprudenciales que han estimado que la vida es un derecho disponible, de manera que medidas tales como la alimentación forzada, podrían constituir un trato degradante y contrario a la libertad individual.[256] Ofrece duda también la situación de la eutanasia *pasiva*, a la que se aludirá más adelante.

La acción de colaboración que se presta al suicida queda comprendida en el tipo penal cuando y siempre que cumpla con un requisito fundamental: *ser eficaz* para el sujeto que se priva de la vida. No se castiga un propósito, sino una actividad que materialmente haya facilitado la provocación de la muerte. El auxilio ineficaz es atípico.[257] Si se facilitó un revólver para que lo use el suicida, que en definitiva se envenena, el préstamo del arma de fuego no es punible, por cuanto no fue la causa eficaz del deceso.[258]

La ayuda que se presta no necesariamente ha de ser material, puede ser de naturaleza intelectual, por ejemplo ilustrar al sujeto sobre la forma de usar el arma que pretende emplear para su muerte. En todo caso, esa colaboración nunca puede llegar al límite de constituir el acto consumativo de la muerte. La distinción entre colaboración al suicidio y homicidio incide en determinar qué persona (el suicida o el colaborador) es la que tuvo el concreto poder de provocar o evitar la muerte, ejecutando o desistiéndose de la acción.[259] Cuando un tercero le ofrece un vaso con el veneno al suicida, que de consiguiente puede o no beberlo, porque eso queda sujeto a su voluntad, hay colaboración al suicidio; cuando esa posibilidad la tiene el extraño, como sucede si es el tercero el que coloca al suicida la inyección letal que este último le entrega, hay homicidio.

11.2. Tipo subjetivo

El art. 393 establece que el que realiza la acción de auxilio debe hacerlo *con conocimiento de causa*, de suerte que el colaborador subjetivamente debe actuar *con dolo*. Ese dolo supone dos condi-

[256] Juanatey, op. cit., p. 359.
[257] Cobo-Carbonell, op. cit., p. 558.
[258] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 62.
[259] Bajo Fernández, op. cit., p. 95.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ciones, primero, saber que la ayuda es una forma de facilitar que el suicida se prive de la vida, y segundo, tener conciencia de que la ayuda es eficaz para ese efecto. Ese doble conocimiento descarta la posibilidad de dolo *eventual,* y también de la *culpa.*[260]

Necesidad de que el suicida muera para la punibilidad del delito. La muerte del suicida no es un elemento del tipo penal descrito en el art. 393, porque la conducta por él descrita –que se ha comentado al hacer referencia al tipo objetivo y subjetivo– queda perfecta desde que la ayuda es suministrada por el auxiliador. La circunstancia de que el tercero que decide poner término a sus días lleve o no a cabo su pretensión es algo ajeno al comportamiento de quien le presta auxilio, y queda al margen de la voluntad y actividad de este último. El art. 393 establece que la pena se puede imponer exclusivamente *si se efectúa la muerte,* condicionando así la sanción al evento posterior e incierto de la muerte del suicida; de no ocurrir, la colaboración no es punible. La muerte del suicida –como hecho independiente de la voluntad del colaborador y necesario para imponer la sanción– es una *condición objetiva de punibilidad.* En Chile ésta es la tesis adoptada por la unanimidad de la doctrina. Desde una perspectiva político-criminal parece conveniente esa posición, pero es susceptible de controversia; para sectores mayoritarios en España, la muerte es el resultado del delito,[261] criterio que permite aceptar la posibilidad de la omisión, como también la frustración, en el auxilio al suicidio.

Sin perjuicio de lo señalado, la muerte debe estar vinculada causalmente con el auxilio prestado, la colaboración ha de ser *eficaz;* el deceso posterior del suicida desvinculado absolutamente de la colaboración, no tipifica el delito en estudio.

11.3. Autoría, participación, *iter criminis*

El autor en la inducción al suicidio no requiere de condiciones o particularidades especiales, salvo la de no estar en *posición de*

[260] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 62; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 335.

[261] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 62; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 560; Juanatey, op. cit., p. 211.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

garante de la vida de quien pretende quitársela, porque en esa alternativa pasaría a ser autor de homicidio por omisión.

No se ve inconveniente para una posible "coautoría", los colaboradores eficaces pueden ser dos o más personas que de acuerdo prestan el auxilio; lo que no procede es la *instigación o complicidad* a la cooperación, porque sería castigar una actividad accesoria de un comportamiento –el del auxilio– que en la vida real también es accesorio. Siendo la colaboración al suicidio una conducta que se reprime por poner en peligro la vida, si se castigase la instigación o la complicidad de la cooperación se estaría sancionando el peligro de un peligro.

El delito de auxilio al suicidio es punible sólo si se ha *consumado,* no admite formas imperfectas.[262] La Comisión Redactora[263] al establecer, alejándose del modelo del Código español, que para imponer la sanción al delito de colaboración al suicidio era necesario que se produjera la muerte, marginó toda posibilidad de que la tentativa o la frustración pudieran operar. No sucede otro tanto en la legislación de España, por cuanto el texto del precepto es diverso; en ese país la doctrina se inclina por reconocer la posibilidad de formas imperfectas del delito.[264]

12. LA EUTANASIA

Noción de eutanasia y su clasificación

Quizá como consecuencia de las serias alteraciones valóricas que se plantean en una sociedad en transición como la actual, marcada por la preeminencia de lo individual, en estos últimos decenios han entrado en etapa de relativización varios de los intereses calificados como fundamentales históricamente, entre ellos el de la *vida.* Se estima que procede reconocer como *derecho el de morir dignamente,* facultad que –de aceptarse– aparejaría un correlato

[262] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 63; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 337.

[263] Comisión Redactora, Sesión N° 79, de 3 de mayo de 1872.

[264] Así Muñoz-Conde, op. cit., pp. 52-53; Bajo Fernández, op. cit., p. 89; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 560.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

en el *derecho a matar con dignidad.*[265] Como expresión incipiente de este principio podría mencionarse la tipificación legal del homicidio consentido, como delito privilegiado en numerosas legislaciones. Entre los países europeos se pueden citar los Códigos de Italia, que en el art. 579 lo sanciona de manera especial,[266] de España (art. 143 N° 4); en Sudamérica legislaciones como la de Perú (art. 112) y Colombia (en el art. 326) sancionan el homicidio por piedad. Se está analizando en la mayor parte de los sistemas jurídico-penales la posibilidad de legislar sobre la materia ante una realidad social que principia a sobrepasar los límites tradicionalmente respetados sobre este punto. Países como Holanda, Dinamarca, han dictado leyes que se ocupan del problema de la muerte.[267] En nuestro país no existen normas sobre la eutanasia, no obstante que ha habido preocupación respecto de la eugenesia; la Ley N° 20.120 (22 de septiembre de 2006) en su artículo 3° prohíbe "toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética", y su infracción se sanciona como delito (art. 17).

La voz *eutanasia* tiene distintos alcances; en su *genuino sentido* se entendería como el auxilio médico (con analgésicos u otros medicamentos) o psicológico que ayuda a una persona en el proceso de su muerte, sin que ese auxilio signifique acortamiento de la existencia que le queda; actividades como las señaladas no plantean mayores alternativas jurídico-penales. No sucede otro

[265] Bajo Fernández, op. cit., p. 95.

[266] Ranieri, op. cit., t. V, p. 327.

[267] En Holanda la eutanasia continúa siendo delito, pero el año 1993 se legisló autorizando la denominada *muerte por compasión,* que se puede practicar en pacientes terminales cuando éstos, con plena conciencia y personalmente –no sus parientes– la soliciten para evitar grandes sufrimientos. Esta legislación sería el corolario de una práctica al parecer tolerada desde la década de 1970.

En Dinamarca, si bien no habría reglamentación sobre la eutanasia, existe el denominado *testamento médico,* por el cual quien lo otorga puede manifestar su voluntad de impedir que frente a la posibilidad de un accidente o enfermedad lo mantengan artificialmente con vida.

En Estados Unidos la situación es más compleja, suficiente es recordar el procesamiento (año 1993) del médico Jack Kevorkian, que colaboró en la muerte de más de una decena de personas –pacientes terminales– que le solicitaron someterse a un procedimiento de su invención que les provocó la muerte sin sufrimiento, hasta que el Estado de Michigan estableció la expresa prohibición de esa práctica.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

tanto con la *eutanasia propiamente tal,* que siempre importa el adelantamiento del natural deceso de una persona.

La eutanasia propiamente tal puede ser *activa* o *pasiva.*

a) Eutanasia pasiva

La *pasiva* tiene atinencia con los enfermos terminales, cuyo deceso es inevitable, y donde los sistemas de prolongación artificial de la vida son normalmente empleados, como el pulmón mecánico, el corazón artificial y en general los sistemas reanimadores. La duda en la eutanasia pasiva se plantea respecto de la suspensión de ese tipo de auxilio. No se considera en estas situaciones la del enfermo cuya muerte encefálica ha sido dictaminada conforme al art. 11 de la Ley N° 19.451 (10 de abril de 1996) para efectos de trasplantes, que están sujetos a una normativa especial. El problema lo enfrentan aquellos sujetos que están vivos, aunque en proceso irreversible de muerte (enfermos terminales).

Tratándose de enfermos terminales, las situaciones antes enunciadas se resuelven teniendo en cuenta primero que la protección de la vida no depende de su calidad o intensidad y que, por otra parte, no corresponde que los equipos técnicos sean empleados para prolongar de modo desproporcionado e irracional un proceso de término irreversible de la vida. Es inaceptable jurídicamente que el momento de la muerte dependa de la mera posibilidad técnica de prolongar con artificios un proceso de muerte (Zugaldía). De consiguiente, respecto de enfermos terminales, corresponde distinguir si están o no en situación de manifestar su voluntad:

a.1) Si el enfermo no se encuentra en estado de expresar su opinión, la asistencia que debe otorgarle el facultativo se limita a aquella que la *lex artis medica* señala: no corresponde prolongar esa asistencia más allá de la necesidad de su curación, tratamiento que es el objetivo de la actividad médica. Desde que se establece que no hay posibilidad de recuperación, es inadecuado insistir en la asistencia terapéutica, porque no existe obligación médica de prolongar un proceso de muerte inevitable (ortotanasia).[268] Ésta es una hipótesis de *eutanasia pasiva* –no activa– permitida por el ordenamiento jurídico; de consiguiente, se puede desco-

[268] Cfr. Cobos Gómez de Linares, op. cit., t. I, p. 122.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nectar al enfermo de los sistemas mecánicos que artificialmente lo mantienen con vida.

a.2) Cuando el *paciente terminal se encuentra en condiciones de expresar su voluntad* pueden darse dos situaciones:

a.2.1) El enfermo no desea continuar con el tratamiento. Ante su decisión en el sentido de que el natural proceso de muerte no se retarde, el facultativo no puede forzarlo a que observe el *tratamiento no curativo.*

a.2.2) La voluntad del paciente es que se continúe asistiéndosele, esta voluntad debe ser respetada por el médico, pero si al efecto se están ocupando equipos escasos que otro paciente con amplias posibilidades de recuperación necesita, surgirá una colisión de intereses entre ambos enfermos, que se resuelve de conformidad con los principios que rigen el estado de necesidad supralegal: optar por el mal menor, en este caso no satisfacer los deseos del enfermo terminal y destinar los equipos a salvar al paciente con opción de sobrevida.[269] Esa actividad estaría justificada, no sería injusta según criterio mayoritario. En nuestro sistema podría constituir una causal de inculpabilidad por no ser exigible al médico otra conducta.

Todos los casos antes analizados constituyen hipótesis de *eutanasia pasiva no punible,* en principio.[270]

b) *Eutanasia activa*

Son situaciones típicas desde el punto de vista penal, porque importan la realización de actos positivos que van dirigidos a la provocación de la muerte de una persona. En estos días se alzan voces para que se permita esta clase de eutanasia.[271] Se distingue

[269] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 97; Cobo-Carbonell, op. cit., p. 565.

[270] Si bien el Código de Ética Médica no constituye una norma legal, precisa, sin embargo, el criterio de la profesión sobre ciertos aspectos y, por ello, constituye una valiosa pauta. En el artículo 23 inciso 2° expresa: "El médico procurará siempre aliviar el sufrimiento y el dolor del paciente, aunque con ello haya riesgo de abreviar su vida" (2004).

[271] *De lege ferenda,* Cobos Gómez de Linares estima que debería la ley permitir la eutanasia para "enfermos que lo quieran y lo pidan por motivos que no sólo para ellos, sino para la mayoría de la colectividad resulten plausibles" (op. cit., p. 122).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

entre *eutanasia directa e indirecta,* aunque la diferencia no es categórica;[272] en ambas alternativas se llevan a efecto acciones positivas dirigidas a acortar la existencia de una persona, la diferencia entre una y otra, de existir, incidiría en que la *indirecta* no está dirigida a causar el deceso del paciente que está en proceso de muerte, pero sí le acorta la escasa vida que le queda (v. gr., suministrar calmantes al paciente que al mismo tiempo disminuyen el período natural de vida), los demás casos de eutanasia constituirían la denominada *eutanasia directa.*

13. EL DUELO[273]

13.1. Antecedentes históricos

Se hará una muy breve referencia a este delito en atención a que, como bien anotaba Etcheberry hace varias décadas, es una figura totalmente fuera de época, anacrónica.[274] En un buen número de Códigos (de España, Colombia, Perú, entre otros) ha sido eliminada, y aunque en el nacional subsiste, es un hecho que la institución misma del duelo ha quedado como una cosa del pasado, totalmente ajena a la mentalidad y cultura de esta época. La tendencia legislativa es suprimir este delito y someter las muertes o lesiones que en tales circunstancias puedan producirse a las reglas generales del Derecho Penal común.

En los Códigos del siglo pasado el duelo como delito era cuidadosamente reglado, con el mismo criterio de la época la Comisión Redactora lo sancionó en un párrafo aparte, teniendo como fuente no sólo el Código de España, sino también el de Bélgica.[275] El Código nacional, en su Título VIII, entre los atentados contra las personas, en el párrafo 4, bajo la denominación "Del duelo", describe este delito (arts. 404 y siguientes).

[272] Cobo-Carbonell, op. cit., p. 564.

[273] Esta figura penal ha sido especialmente estudiada por Mario Ramírez Boisson, *Estudio sobre el duelo,* Santiago, 1960.

[274] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 101.

[275] Acta de la Comisión Redactora N° 83, de 13 de mayo de 1872, en la que se dejó expresa constancia de las referidas fuentes.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

No deja de ser curioso que en la cultura griega y romana el duelo, como institución, fuera desconocido; en realidad se trató de una costumbre de los pueblos bárbaros que, cuando invadieron Europa luego de la caída del imperio romano se extendió por el continente, llegando a alcanzar en ciertos momentos reconocimiento jurídico, como sucedió con el llamado *juicio de Dios*. A pesar de que las legislaciones con la colaboración de la Iglesia lo fueron suprimiendo como institución, la costumbre lo mantuvo hasta principios de este siglo. Que algunos Códigos aún lo mantengan como delito específico –generalmente con el objetivo de atenuar las penas pertinentes– es una reminiscencia de tales tradiciones.[276]

13.2. Características del duelo como delito

El duelo es un delito que se pena por el solo hecho de que se lleve a efecto, a pesar de que no se lesionen los bienes jurídicos vida o integridad física de los que intervienen. Es un delito de *peligro concreto*, sin perjuicio de que si resulta herido o muere alguno de los participantes, la pena correspondiente se agrava para el que provocó la muerte o lesión. Además de sancionar el duelo en sí mismo, se castiga al *provocador*, al *incitador* y a los *padrinos*.

El duelo es un combate entre dos contendientes, por causas de índole privada no deshonorables, sujeto a las normas previamente acordadas por terceros (padrinos), tendientes a dejar a los contendientes en paridad de situación.[277] Los motivos de honor no siempre son incorporados, pero la tradición evidencia que allí encuentra particularmente su origen, y explicarían normas como la del art. 405, que castiga al que desprestigia a la persona que desafiada a duelo, rehúsa aceptarlo. El Código Penal no expresó el concepto de lo que entiende por duelo, de modo que corresponde hacerlo por la vía sistemática. Etcheberry agrega como requisito que el combate se realice con el empleo de armas aptas para matar o lesionar.[278] Si se

[276] Soler, *D. P.*, t. III, p. 176.

[277] En general dan conceptos semejantes Labatut (*D. P.*, t. II, p. 193), Ramírez Boisson, op. cit., p. 90; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 102; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 358. Ramírez Boisson (p. 89) y Etcheberry exigen, además, que se empleen armas capaces de matar o lesionar.

[278] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 102.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

hace una interpretación progresiva del delito, es concebible que la contienda pueda ser sin armas, dado el actual incremento de las denominadas artes marciales, que pueden provocar gravísimas lesiones y aun matar, sin que se use otro instrumento que no sea el cuerpo mismo de los combatientes.

La doctrina diferencia en el delito de duelo un tipo básico (art. 406 inc. final), y el duelo *regular* e *irregular,* lo que se desprende del art. 409.

13.3. El delito básico de duelo

Su noción se desprende del inciso final del art. 407, que luego de precisar las penas que corresponde imponer si se causa la muerte o lesiones en el duelo, expresa lo siguiente: "En los *demás casos* se impondrá a los *combatientes* reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

Los elementos del tipo básico son los que se indican a continuación:

a) Un *combate entre dos contrincantes.* La intervención de más personas no es admisible, pues no sería duelo, sino que se trataría de una *riña.*[279] Es esencial, entonces, un enfrentamiento entre *dos individuos,* porque se trata de un delito de *concurso* necesario;[280] puede que los dos contendientes se ataquen recíprocamente, como también que uno solo lo haga y el otro limite su actividad a defenderse.[281]

b) *Tiene que haberse celebrado un acuerdo o pacto previo,* normalmente convenido por terceros, los *padrinos,* que persigue colocar en *equiparidad* de condiciones a los contendientes, particularmente fijando las reglas de cómo se llevará a cabo el combate[282] (tipo de armas, distancia desde la cual se usarán, lugar, oportunidad, y demás circunstancias semejantes).

[279] Soler, *D. P.,* t. III, p. 179.
[280] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 359.
[281] Soler, *D. P.,* t. III, p. 179.
[282] Ramírez Boisson, op. cit., p. 89.

LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES Y UN DERECHO [illegible] Nº [illegible]

c) Que en el duelo no se cause la muerte del adversario, lesiones gravísimas (art. 397 N° 1) o simplemente graves (art. 397 N° 2). De suerte que en el *tipo base* sólo es posible que se causen lesiones menos graves, leves o simplemente no se causen; si se provocan lesiones de mayor gravedad que las señaladas, o la muerte de uno de los combatientes, el hecho no se subsume en el tipo base que describe el art. 406 inc. final.

Para efectos del tipo base carece de trascendencia que se den o no las condiciones para calificar de regular o irregular el duelo.[283] Pero si se causa la muerte de uno de los contrincantes o se lesiona en alguna de las formas señaladas en el art. 397, corresponde examinar si el duelo es *regular* o *irregular*.

De modo que si en el duelo se provoca la muerte o se causan lesiones graves, de conformidad con lo dispuesto en el art. 409 hay que distinguir si se trata de un duelo regular o irregular. Para precisar el alcance de estas dos modalidades es conveniente hacer referencia primeramente al irregular.

13.4. Duelo irregular

Esta modalidad de duelo está descrita en el art. 409, que expresa lo siguiente: "Se impondrán las penas generales de este Código para los casos de homicidio y lesiones:

1°. Si el duelo se hubiere verificado sin la *asistencia de padrinos*.

2°. Cuando se provocare o diere causa a un desafío proponiéndose un interés *pecuniario o un objeto inmoral*.

3°. Al combatiente que faltare a las *condiciones esenciales* concertadas por los padrinos".

De la norma transcrita se desprende que los padrinos constituyen un elemento moderador en el duelo, con ellos se garantiza cierta igualdad entre los contendientes, al establecer reglas que aminoren los riesgos; además deben indagar sobre la posibilidad de evitar el combate.[284] Para el legislador la ausencia de *padrinos* es un indicio de irregularidad en la lid, que lo lleva a aplicar las

[283] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 359.

[284] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 103.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

penas propias del delito de lesiones y de homicidio si el duelo se concreta en alguno de tales efectos.

Sucede algo semejante cuando el que *provoca* el duelo o quien es *causa* del mismo persigue un interés pecuniario o un objeto reprochable, o sea, siempre que medie un interés considerado no honorable por la sociedad,[285] aunque no sea inmoral, pues normalmente el duelo tiene como causa el honor.

Calificado el duelo como *irregular,* las consecuencias de esa calificación afectan exclusivamente al *provocador* o al que *es causa* del duelo por los *motivos indicados,* pero no así a su contrincante, y siempre que el duelo realmente *haya tenido lugar.* Si no se realiza el combate, se trata sólo de una provocación que debe sancionarse conforme al art. 404, que no hace diferencia entre duelo regular o irregular. Provocar es desafiar a otro y ser causa es colocar a una persona en tal situación que se sienta obligado a tomar la iniciativa del desafío.

Por último, también es irregular el duelo cuando alguno de los combatientes *infringe las reglas acordadas por los padrinos,* siempre que se trate de una que pueda calificarse como *esencial.* Los padrinos son terceros que normalmente tienen por objeto alcanzar un desistimiento de los duelistas; si no lo logran, se preocupan de establecer las condiciones en que debe llevarse a efecto y lo presencian para garantizar su cumplimiento.

13.5. Duelo regular

De lo anotado en el párrafo que precede se desprende que el duelo es regular cuando en él se provoca la muerte del contendiente o alguna de las lesiones señaladas en el art. 397 (gravísimas o simplemente graves), y siempre que no concurra alguna de las circunstancias que hacen calificar el duelo como irregular. A saber, deben estar los padrinos, quienes han de señalar las condiciones del combate y presenciarlo, se preocuparán de que los contendientes respeten las reglas preacordadas y que ninguno de ellos se guíe por un interés deshonroso. Las penas que corresponden al

[285] Cfr. Ramírez Boisson, op. cit., p. 88; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 103; Bustos; Grisolía, Politoff, op. cit., p. 361.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

duelo regular están señaladas en el art. 406, que en lo pertinente expresa: "El que *matare* en duelo a su adversario sufrirá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Si le causare las *lesiones* señaladas en el número *1° del art. 397,* será castigado con reclusión menor en su grado máximo.

Cuando las *lesiones* fueren de las relacionadas en el *número 2° de dicho art. 397,* la pena será reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

13.6. Tipos secundarios

Hasta el momento se han analizado las conductas que configuran el delito de duelo que requiere de una contienda, sea que se cumplan o no las reglas acordadas y sobrevengan las consecuencias a que se ha hecho referencia. En el párrafo 4° se sancionan otras conductas vinculadas con el duelo: a) La intervención de padrinos, b) la provocación a duelo, c) incitación a provocar o aceptar el duelo y d) desacreditar por rehusar la lid.

a) Intervención de padrinos

El art. 408 expresa: "Los *padrinos* de un duelo que *se lleve a efecto* incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo; pero si ellos lo hubieren *concertado a muerte o con ventaja* conocida de alguno de los combatientes, la pena será reclusión menor en su grado máximo".

Los padrinos son terceros cuya función preferente es tratar de disuadir a los duelistas o, si no lo logran, establecer condiciones de equiparidad en la lid, y con su presencia garantizar que ellas se respeten. Si bien la ley penal parte del entendido de que los padrinos son necesarios en el duelo, castiga su intervención en este delito. Esta intervención, de no estar descrita como tipo especial, debería castigarse por lo menos como complicidad. Ha de repararse que la intervención de los padrinos se castiga únicamente si el duelo se lleva a cabo (condición objetiva de punibilidad), de modo que por lo menos tiene que haber un comienzo de ejecución del combate.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

b) Provocación a duelo

Se recordará que conforme al art. 8° la *proposición* a cometer un crimen o un simple delito no es punible, a menos que excepcionalmente la ley disponga lo contrario. La hipótesis en comentario constituye una de las excepciones, que se consagra en el art. 404: "La *provocación* a duelo será castigada con reclusión menor en su grado mínimo". Provocar es "retar a duelo", y resulta anómalo que tenga una sanción que no parece proporcionada con la impuesta a los duelistas mismos por el art. 406.[286]

c) Incitación a provocar o aceptar el duelo

Esta conducta se castiga en el art. 407: "El que *incitare* a otro a *provocar o aceptar* un duelo, será castigado respectivamente con las penas señaladas en el artículo anterior, si el duelo se lleva a efecto". Se trata de la intervención de un tercero –ajeno a los duelistas y sus padrinos– que incita a otras personas a provocar o aceptar un combate. Esta acción podría calificarse como de instigación a una instigación (el desafío). Sólo es punible si se da la *condición objetiva* de punibilidad de que el *combate se realice;* en caso contrario no corresponde imponer pena, ya que el art. 15 N° 2 no resulta aplicable, porque la situación que se está comentando importa la instigación a la *provocación* de un duelo, y no al duelo mismo,[287] como debería suceder para poder aplicar el citado art. 15.

d) Desacreditar por rehusar el duelo

Esta figura penal la describe el art. 405: "En igual pena incurrirá el que *denostare o públicamente desacreditare* a otro por haber rehusado un duelo".

El tipo emplea dos formas verbales, *denostar,* que significa ofender, atentar a la honra de una persona, y *desacreditar públicamente,* lo que importa atentar en contra de la fama o estima que los demás tengan de esa persona, es una manera de lesionar su reputación y, como es obvio, debe hacerse públicamente. El delito exige un elemento *negativo:* que *no se lleve a cabo el duelo;*

[286] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 363.

[287] Piensa distinto Etcheberry, para quien en la situación descrita correspondería aplicar el art. 404 (*D. P.*, t. III, p. 106).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

si el duelo se celebra, corresponde aplicar el art. 407, porque la referida conducta habría importado provocar a otro a "aceptar un duelo".

El denuesto o descrédito público ha de vincularse con el rechazo a batirse, porque si no existe tal negativa las expresiones o acciones atentatorias al honor o a la reputación se sancionarán como injuria o calumnia, según los casos, conforme los arts. 412 y siguientes. Etcheberry comenta que para la ley es meritorio rehusar un duelo y, de consiguiente, no permite que se atente en contra de la dignidad o del respeto del afectado.[288]

14. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE HOMICIDIO, LESIONES Y DUELO

En el párrafo N° 5 del Título VIII, que regla los delitos contra las personas, se establecen dos disposiciones que son aplicables tanto a las distintas figuras de homicidio –con excepción del infanticidio–, como a las lesiones que se estudiarán en los párrafos siguientes y al duelo. En ellas se establecen la obligación de pagar alimentos a la familia del occiso o del lesionado, como a costear los gastos médicos. Precisa, además, el concepto de lo que debe entenderse por *familia* para estos efectos.

El art. 410 se explica por sí solo y tiene el siguiente tenor: "En los casos de *homicidio o lesiones* a que se refieren los párrafos I, III y IV del presente título, el ofensor, a más de las penas que en ellos se establecen, quedará obligado:

1°. A suministrar *alimentos* a la *familia* del occiso.

2°. A pagar la *curación* del demente o imposibilitado para el trabajo y a dar alimentos a él y a su familia.

3°. A pagar la *curación del ofendido* en los demás casos de lesiones y a dar *alimentos* a él y a su familia mientras dure la imposibilidad para el trabajo ocasionada por tales lesiones.

Los alimentos serán siempre *congruos* tratándose del ofendido, y la obligación de darlos cesa si éste tiene bienes suficientes con que atender a su cómoda subsistencia y para suministrarlos

[288] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 106.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

a su familia en los casos y en la forma que determina el Código Civil".

El art. 411 da un concepto de familia, cuya aplicación procede *sólo respecto del artículo antes transcrito,* y que expresa lo siguiente: "Para los efectos del artículo anterior se entiende por *familia* todas las personas que tienen derecho a pedir alimentos al ofendido".

15. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD INDIVIDUAL

15.1. Ubicación de estos delitos. Antecedentes generales

En el Título VIII, que se ocupa de los atentados contra las personas, el párrafo 3° se denomina "Lesiones corporales" (arts. 395 y siguientes) y en él se sancionan los delitos que tradicionalmente en nuestro país se han denominado contra la *integridad física,* entre los cuales se ubican las mutilaciones, las lesiones y la remisión de cartas o encomiendas de cualquier tipo que afecten la vida o la integridad física de las personas o las pongan en peligro.

Estas figuras, con excepción de la última, cuyos modelos se encuentran en descripciones análogas del Código Penal español de 1848, están sobrepasadas por la época y obedecen a principios doctrinarios superados. Los tipos que se describen diferencian su identidad según el resultado que causen y su punibilidad está regulada por la gravedad de ese resultado, lo que involucra la sobrevivencia solapada de principios propios de la responsabilidad objetiva, altamente criticable. Los adelantos de la medicina y los requerimientos sociales han creado la posibilidad de diversas alteraciones o modificaciones de la apariencia física (cirugía estética) y de manipulación del cuerpo humano (donación de órganos, operaciones transexuales), que están llevando a una crisis los criterios que se mantienen sobre la indisponibilidad absoluta de la integridad corporal y de la salud como bienes jurídicos. El *consentimiento* de la persona adquiere especial trascendencia para estos efectos, a pesar que el sistema nacional no le reconoce el rol que le corresponde. Por otra par-

LA TECNOLOGÍA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

te, el criterio que consagra el Código Penal para dimensionar la gravedad de la lesión (enfermedad o incapacidad para el trabajo) urge revisarlo, por cuanto se encuentra distanciado de la realidad, resulta impreciso e ineficiente (en el sistema legal nacional una herida con arma de fuego puede resultar de menor gravedad que un golpe de puño). Repensar las descripciones típicas de estas figuras, como su penalidad, es apremiante.

Los delitos contra la salud se vinculan con la persona individual, no así con la salud *pública,* estos últimos están descritos en el Libro 2°, Título VI, párrafo 14, arts. 313a. y siguientes.

Hay otros tipos penales que consideran a la salud como bien jurídico, pero generalmente con carácter secundario, porque esa protección se dirige de modo principal a un bien jurídico distinto (delito pluriofensivo), como ocurre con el delito de *robo con lesiones,* sancionado en los arts. 433 y siguientes, donde si bien se protege la integridad física, tiene preeminencia la defensa del patrimonio.

15.2. Bien jurídico protegido

La salud individual o personal, *psíquica* y física, constituye el bien jurídico de estos delitos.[289] No obstante, esta afirmación podría calificarse de insatisfactoria; puesto que es posible controvertir si quedan comprendidos en esa noción los atentados a la *integridad corporal* que objetivamente van en pro de la salud de la víctima, y que suponen una lesión física al cuerpo (intervención quirúrgica que elimina una grave malformación de un órgano, llevada a cabo contra la voluntad del afectado). De allí la conveniencia de aludir expresamente a la integridad corporal, además de la salud, cuando se hace referencia al bien jurídico de estos delitos, como tradicionalmente lo ha hecho la doctrina nacional.[290]

La *salud* es un concepto omnicomprensivo de un conjunto de factores, como el *bienestar físico, el buen funcionamiento de los*

[289] Ranieri, op. cit., t. V, p. 352.

[290] Labatut, *D. P.,* t. II, p. 185; Etcheberry, *D. P.,* t. II, p. 79. Bustos, Grisolía, Politoff, aluden particularmente a la salud individual (op. cit., p. 243).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

órganos del cuerpo y de la mente.[291] El concepto de salud para estos efectos queda limitado al del *individuo,* al de la *persona,* como lo indica la ubicación de estas figuras en el título de los delitos contra las *personas.* De consiguiente las lesiones inferidas al *nasciturus* (embrión o feto) quedan fuera de esta protección y, conforme a nuestro sistema legal, son atípicas.[292]

Algunos sectores de la doctrina dan un alcance más amplio a la noción *salud,* siguiendo en parte el criterio de la Organización Mundial de la Salud, que toma en cuenta, aparte de la ausencia de enfermedad o de invalidez, el *bienestar social* de la persona y amplía el concepto al plano ecológico y socioeconómico.[293] En consecuencia, y por vía de ejemplo, según esos autores la castración, además de los efectos físicos, fisiológicos, hormonales y psíquicos, apareja efectos sociales, por cuanto repercute en el status viril de la víctima y su interrelación con los demás miembros de la sociedad. Este criterio es válido como concepto general de salud, pero al centrarlo en el bien jurídico que realmente se considera en los delitos del párrafo 3° en estudio, parece sobrepasar los objetivos de estas figuras penales, que están limitados a la protección de la integridad física y de la salud en el sentido mencionado en el apartado que precede. De consiguiente, lo protegido es el derecho a la integridad física (a no ser privado de ningún miembro u órgano), a la salud corporal y mental (a no sufrir enfermedad), al bienestar físico y psíquico (a no padecer dolor o sufrimiento), a la apariencia personal (a no sufrir deformación corporal).[294]

15.3. Clasificación de las figuras descritas en el Código Penal bajo la denominación de "lesiones"

El Código Penal, en los arts. 395 a 403, describe diversas figuras que pueden agruparse en *mutilaciones* (arts. 395 y 396), *lesiones*

[291] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 78.

[292] En Códigos modernos, como el de España de 1995, el art. 157 castiga al que por cualquier medio causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su desarrollo o le provoque una tara psíquica o física.

[293] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 266-267; Bustos, *Manual, parte especial,* p. 70.

[294] Rodríguez Mourullo, citado por Bajo Fernández, op. cit., p. 172.

FOTOCOPIA DE LIBROS SIN DERECHO - LEY N° 17.336

propiamente tales (arts. 397 a 403), y la *remisión de cartas o encomiendas explosivas* (art. 403 bis). La clasificación es un tanto arbitraria, porque no corresponde a un criterio que justifique plenamente la distinción, pero en general se puede expresar que la *mutilación* consiste en el cercenamiento de un órgano o parte del cuerpo, siempre que el sujeto activo haya tenido la voluntad de concretar tales resultados. Cualquier otra clase de cercenamiento, herida, golpe o maltrato de obra importa *lesiones propiamente tales.* El envío de cartas o encomiendas explosivas que cause una lesión o que pueda inferirla, constituye una figura especial de peligro cuya inclusión en este párrafo resulta censurable, más aun cuando también comprende el peligro que puede sufrir la vida, lo que supera el atentado a la integridad personal o a la salud.

Las mutilaciones a su vez constituyen tres tipos penales distintos: la castración (art. 395), la mutilación de miembro importante (art. 396 inc. 1°) y la mutilación de miembro menos importante (art. 396 inc. 2°).

Las lesiones propiamente tales presentan distintas modalidades: *lesiones graves* (arts. 397 y 398, las primeras con sus dos alternativas: lesiones *gravísimas* –art. 397 N° 1– y lesiones *simplemente graves* –art. 397 N° 2), *lesiones menos graves o de mediana gravedad* (art. 399) y *lesiones leves* (art. 494 N° 5).

La *remisión* de cartas o encomiendas explosivas es una figura relativamente nueva, fue incorporada a los delitos de lesiones por el art. 4° de la Ley N° 19.047, de 14 de febrero de 1991, con criterio muy discutible y que ofrece más de un problema interpretativo.

15.4. Mutilaciones

Se ha señalado que se describen tres tipos de mutilaciones: la castración, la mutilación de miembro importante y la mutilación de miembro menos importante. Estas distintas figuras se caracterizan porque la conducta que se describe en el *tipo objetivo* de todas ellas corresponde a un verbo rector común: *mutilar.* Mutilar significa *cortar, cercenar o extirpar* una parte del cuerpo de una persona, no se trata de inutilizar o dañar un miembro u órgano, o de poner término a su función, sino de la *ablación* de ese miembro u órgano

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO · LEY N° 17.336

del resto del cuerpo, o de su *destrucción*. Debe, entonces, tratarse de la pérdida por cercenamiento o destrucción de un *miembro o de un órgano.*[295] Miembro es una parte del cuerpo que está unida a él, pero no de cualquiera, sino de una que sirva para la actividad física de relación (una mano, una pierna, una oreja, el órgano sexual masculino), de consiguiente, no es miembro un trozo de carne que se corte del cuerpo.[296] Por *órgano* ha de entenderse aquella parte o pieza que permite que el cuerpo funcione como tal, fisiológicamente (un riñón, el vaso).

Este medio de comisión –cortar, cercenar, destruir– es el *único posible* en el delito de mutilación, no ocurre otro tanto en el delito de lesiones, las que normalmente se infieren mediante la actividad de *herir, golpear o maltratar de obra,* aunque en ellas es posible la ablación, pero de manera más excepcional.

En todas las mutilaciones el *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, hombre o mujer, y no requiere cumplir con ninguna condición o característica especial, salvo la de ser *otro,* como lo señala el art. 395. No puede ser autor el propio mutilado, la automutilación es atípica en sí misma.[297] Se trata de delitos *comunes* que no exigen un agente calificado; sucede otro tanto con el *sujeto pasivo* que no necesita cumplir con características individuales específicas, salvo que debe ser una *persona.* Como se hizo notar al analizar el delito de aborto, el que está por nacer no puede ser sujeto pasivo de lesiones o mutilación, porque aún carece de personalidad. Si con el fin de provocar un aborto, la actividad dirigida en tal sentido no logra su objetivo, pero se concreta en lesiones al feto, hay aborto frustrado,[298] pero no delito de lesiones.

En las hipótesis de mutilaciones el sujeto pasivo del delito se identifica con el objeto material de la acción. Pero el objeto concreto debe ser un *miembro,* y por tal se entiende cualquier parte del cuerpo que estando unida al tórax o a la cabeza tenga funciones propias (una mano, un pie, la oreja) y también debe extenderse el concepto a los *órganos,* o sea, aquellas partes del

[295] Cobos Gómez de Linares, op. cit., p. 367.
[296] Bustos, *Manual,* p. 73.
[297] Cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 189.
[298] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 249.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

cuerpo que desarrollan funciones fisiológicas determinadas (el corazón, un riñón, una glándula).[299]

El *tipo subjetivo* en las distintas formas de mutilación queda limitado al *dolo directo,*[300] tanto el art. 395 como el art. 396 señalan que el agente debe actuar en el primer caso *maliciosamente,* y en el segundo con *malicia,* expresiones que suponen una *intencionalidad* dirigida a provocar la mutilación, lo que descarta la alternativa de una castración o mutilación con dolo eventual o con culpa. De presentarse en la realidad estas últimas situaciones, esto es, una mutilación atribuible a dolo eventual o culpa, el hecho constituirá un delito de *lesiones gravísimas* o un cuasidelito de *lesiones,* pero no de mutilación.

A continuación se comentará cada uno de los tres tipos de mutilación que se sancionan en el Código.

A. *Castración*

El art. 395 se ocupa de describir este delito en los siguientes términos: "El que *maliciosamente* castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio".

La castración consiste en la *ablación o destrucción de los órganos generativos,* y los sujetos activo y pasivo pueden ser, indistintamente, un hombre o una mujer;[301] el tipo subjetivo requiere de *dolo directo,* conforme a los principios generales antes señalados. Es útil hacer constar que conforme al Código, los órganos generativos son considerados como *órganos importantes* dentro de la nomen-

[299] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 88; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 272; Bajo Fernández, op. cit., p. 174.

[300] La voz *malicia* empleada por los arts. 395 y 396 reemplazó a las expresiones *de propósito* que usaba el Código Penal español de 1848, en la misma forma que se hizo en el delito de aborto en el art. 342. El referido reemplazo podría suscitar duda sobre si la modificación se refiere a la antijuridicidad (para excluir del ámbito de los actos injustos las castraciones realizadas por los médicos con fines terapéuticos), como se sostiene respecto del delito aborto, o con el dolo para circunscribirlo al directo. Mayoritariamente se ha concluido que limita el tipo subjetivo al dolo directo (cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 189; Etcheberry, *D. P.,* t. III, pp. 85-86; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 273-274).

[301] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 514.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

clatura legal, por ello en la disposición que sigue a la transcrita, el art. 396, se expresa "Cualquiera *otra* mutilación de un *miembro importante* que...", o sea, castrar es mutilar un *órgano importante* especial, de particular trascendencia para el ser humano.

La *esterilización* (la vasectomía, por ejemplo), no queda abarcada por el concepto de castración, que exige cercenamiento o destrucción de los órganos generativos, en tanto que la esterilización es la anulación de la capacidad reproductora, lo que puede lograrse por medio de drogas, de anticonceptivos y aun de intervenciones de tipo quirúrgico, sin que se produzca la pérdida de los órganos sexuales y de la posibilidad de tener relaciones con el sexo contrario.[302] En otras legislaciones, como la española, se sanciona la esterilización no voluntaria junto con la castración (arts. 149 y 156), en el sistema nacional la esterilización podría constituir un delito de lesiones gravísimas sancionado en el art. 397 N° 1, pero no constituye castración.

Un tema debatido es el que dice relación con la *pérdida parcial* de los órganos generativos (de un testículo, de un ovario, parte del pene), si ha de calificarse o no de castración. Mayoritariamente se estima que para determinarlo debe tenerse en cuenta que, en definitiva, la castración va dirigida a la protección de la facultad de procrear, de suerte que si con la pérdida parcial del órgano se pierde a su vez esa función, en cualquiera de sus dos aspectos (*coeundi* –de realizar la cópula– o *generandi* –de engendrar o concebir) o ambos a la vez, siempre hay castración consumada, en caso contrario (si ambas funciones se conservan) hay un delito frustrado de castración. Etcheberry fundamenta esta conclusión en el hecho de que la castración no es otra cosa que una mutilación, y el art. 396 –que se refiere a las mutilaciones– califica de miembro importante a aquel cuya pérdida deja al sujeto en la *imposibilidad de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba;* en el caso de la castración esas funciones son la de realizar la cópula y la de procrear, cualquiera de ellas que se pierda obliga a calificar al órgano eliminado de importante, más aún si se considera que los generativos han sido calificados por el legislador como de la mayor trascendencia sancionando su pérdida como delito

[302] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 514.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

de castración con una pena igual a la del homicidio simple.[303] De consiguiente, la pérdida del miembro masculino pero conservando los testículos, o viceversa, es castración.[304] No lo es la pérdida de un ovario o de un testículo, porque no impiden la realización de la cópula y la procreación.[305]

La castración ha sido tratada por el Código Penal con severidad, la pena que corresponde al delito es presidio mayor en su grado mínimo a medio, o sea, igual sanción que aquella que corresponde al homicidio simple (art. 391 N° 2).

B. *Mutilación de un miembro importante*

El art. 396 inc. 1° se preocupa de describir este delito: "Cualquiera otra mutilación de un *miembro importante* que deje al paciente en la imposibilidad de *valerse por sí mismo* o de *ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba,* hecha también con *malicia,* será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo".

Para los efectos de las mutilaciones corresponde distinguir entre miembro *importante y menos importante.* Por miembro importante debe entenderse aquel que, como señala el inciso transcrito, provoca una de las dos consecuencias que menciona: dejar a la víctima en la imposibilidad de valerse por sí misma o de realizar las funciones naturales que ejecutaba con anterioridad al delito, y siempre que no se trata de un órgano generativo.[306]

La explicación legal es aparentemente simple, pero su alcance hay que determinarlo cuidadosamente en cada caso, por cuanto calificar de importante o menos importante un órgano es algo *relativo* y valedero sólo para efectos de las mutilaciones. Quedar imposibilitado para *valerse por sí mismo* no involucra que

[303] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 87.

[304] Legislaciones como la de Italia (Ranieri, op. cit., t. V, p. 369) y la de Argentina (Soler, t. III, p. 155) dan importancia en las lesiones a la función sexual misma, a la capacidad de reproducir, aunque no haya extirpación de los órganos generativos.

[305] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 275.

[306] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 515.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LPI N° 17.336)

el sujeto quede inválido como resultado de la mutilación, sino que deje de ser *autosuficiente* en el sentido de su relación con la sociedad,[307] caminar, sentarse y demás análogas (normalmente todo individuo está en condiciones de caminar, pero la amputación de un pie se lo imposibilita obligándolo a emplear una prótesis, una silla de ruedas o muletas). *Funciones naturales* son aquellas inherentes o propias de los diversos órganos del cuerpo de toda persona en su sistema orgánico (el funcionamiento del tubo digestivo, los sentidos).[308] Algunos autores estiman que para estos efectos debería considerarse, además de las circunstancias naturales de todo ser humano, aquellas que corresponden a las actividades personales o propias de la víctima;[309] otros acuden a un concepto *funcional del miembro,* analizando la importancia del mismo desde el bien jurídico, en tal caso un dedo para el pianista sería miembro importante.[310]

Debe recordarse que esta clase de mutilaciones según el art. 396 exige que el autor actúe con *dolo directo,* la expresión *con malicia* usada por la disposición así lo demuestra. De suerte que el dolo *eventual* y la *culpa* quedan excluidos y si en el hecho se dan estos elementos subjetivos, se desplazará el delito al de lesiones, reglado en los arts. 397 y siguientes, o al cuasidelito de lesiones a que se refieren los arts. 490 a 493. Puede darse también una situación de mutilación con dolo directo que entrará en *concurso aparente* con el tipo de lesiones reglado en el art. 397, en particular con el N° 1, al cual se hará referencia al comentar las lesiones.[311]

La sanción que corresponde a la mutilación de un miembro importante es presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo; se trata de un castigo severo, porque su grado más alto alcanza el nivel de pena que tiene la castración y el homicidio.

[307] Etcheberry, op. cit., t. III, p. 88; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 281.

[308] Etcheberry, op. cit., t. III, p. 88.

[309] Así Labatut, *D. P.,* t. II, pp. 187-188

[310] Bustos, *Manual,* p. 73.

[311] Infra párrafo 15.5.E.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

C. *Mutilación de miembros menos importantes*

De lo comentado se desprende cuál es el sentido que para el legislador tiene la expresión miembro menos importante, noción que además se precisa en el inc. 2° del art. 396: "En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio".

Se comentó que mutilar es cercenar o cortar, si dicha lesión recae sobre un miembro que al perderlo no deja al sujeto imposibilitado de valerse por sí mismo o de realizar una función natural que antes de ser víctima del delito podía llevar a cabo, se trata de un órgano menos importante. La ley penal graficó la disposición considerando como menos importante la pérdida de un dedo o de una oreja, lo que ha motivado cierta crítica al sostenerse que no se tomaron en cuenta situaciones donde esos órganos pueden ser fundamentales, tal sucedería con un pianista o un artista del espectáculo; como bien observa Etcheberry, la disposición no se refiere a la posición individual del afectado, sino a la salud e integridad corporal genéricamente apreciadas, la de cualquiera persona, con independencia de sus particulares condiciones.[312]

Subjetivamente el delito exige dolo directo, si bien no lo dice expresamente el inciso segundo del art. 396, se colige de la redacción y del sentido del precepto que tal elemento es necesario.[313] La mutilación de un miembro menos importante con dolo eventual se sanciona como delito de lesiones graves o de mediana gravedad, según el tiempo de recuperación de la víctima, y no como delito de mutilación del art. 396.

15.5. Delito de lesiones propiamente tales

A. *Conceptos generales*

Los delitos de lesiones están descritos en el Código Penal en los arts. 397 a 403. Estas figuras se caracterizan por tres circuns-

[312] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 89.

[313] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 282.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

tancias, la primera es negativa, que no *constituyan un delito de mutilación* descrito en los arts. 395 y 396. La segunda consiste en causar un daño o menoscabo a la integridad corporal o la salud de una persona, entendiendo en este último concepto los meros sufrimientos físicos inferidos a su cuerpo, y la tercera se refiere a la conducta material o medio de comisión del delito, esto es, en *herir, golpear o maltratar por vías de hecho.* Excepcionalmente puede cometerse el delito en forma distinta, forma que está descrita en el art. 398, suministrando a la víctima substancias o bebidas nocivas o aprovechando su credulidad o flaqueza de espíritu (sólo en las lesiones graves).

A diferencia del delito de mutilación, en las lesiones el *tipo subjetivo* se satisface con cualquier clase de dolo, *sea directo o eventual;* también pueden cometerse con *culpa.*

El delito de lesiones es una figura de resultado (de lesión) y por lo tanto susceptible de que en su desarrollo se den las distintas fases del *iter criminis:* tentativa propiamente tal, frustración y consumación.

B. *Formas de presentación del tipo objetivo del delito de lesiones*

Los tipos de lesiones descritos en el Código son tres: las lesiones *graves* (art. 397) –con sus modalidades de *gravísimas* (art. 397 N° 1) y *simplemente graves* (art. 397 N° 2)–, las lesiones de *mediana gravedad (o menos graves)* (art. 399), y las *leves* (art. 494 N° 5). Ya se indicó que existe una modalidad de lesiones graves reglada en el art. 398.

C. *Tres problemas que plantean estos tipos penales*

Antes de comentar cada uno de estos tipos penales, se analizarán algunas materias de índole general, pero problemáticas, que se plantean: a) ¿constituyen delitos de lesiones los simples maltratos de hecho?, b) ¿es posible cometer estos delitos por *omisión?* y c) modalidades de la acción de lesionar.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a) *¿Constituyen delitos de lesiones los simples maltratos de hecho?*

A la primera interrogante hay que responder afirmativamente. Constituyen lesiones los simples malos tratos de obra, aunque después de que se hayan inferido no queden secuelas posteriores o señales de ellas en la víctima, siempre que le hayan provocado un sufrimiento.

No es necesario que queden huellas de las lesiones en el cuerpo, así sucede con los simples sufrimientos físicos que se provocan al lesionado (aplicarle corriente eléctrica y, en general, emplear tortura, inclusive aquella que puede dirigirse a la mente).[314] El contexto de las disposiciones que se refieren a las lesiones obliga a tal conclusión, pues el art. 397 sanciona al que hiriere, golpeare o maltratare a otro y regula la sanción "si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente..." El N° 2 de la referida disposición expresa "si las lesiones produjeren enfermedad...", de lo que se desprende que se hace categórica diferencia entre la acción de lesionar y el resultado o efecto de dicha acción. El art. 402 confirma lo expresado cuando preceptúa: "si resultaren lesiones graves de una riña o..." De los referidos preceptos aparece que la ley hace diferencia entre la acción de lesionar (herir, golpear, maltratar de obra) y las consecuencias o el resultado de tal actividad, que puede consistir en el simple sufrimiento físico o psíquico. Por lo demás, desde una perspectiva de política criminal, resulta inadecuada toda interpretación que pueda dejar fuera del marco del delito de lesiones, actividades –desgraciadamente tan frecuente en estos días– como la tortura. No obstante, hay sectores que niegan que estas acciones puedan conformar un delito de lesiones, al identificar el concepto de lesión con el resultado de la acción, o sea, con un efecto de cierta duración[315] en el cuerpo de la víctima.

b) *¿Es posible cometer estos delitos por omisión?*

La otra duda que se suscita es la posibilidad de cometer el delito de lesiones por *omisión*. El de lesiones siempre es un delito de resultado, aun en la alternativa de los malos tratos de obra,

[314] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 81; Bustos, *Manual*, p. 74.

[315] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 283 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

porque el sufrimiento es efecto de ese maltrato, siendo así, no se ve obstáculo para su comisión por omisión cuando el autor se encuentra en posición de garante respecto de la víctima.[316] No hay razón valedera para excluir los diversos tipos de lesiones de la alternativa de consumarse por medios omisivos; no obstante, hay opiniones en el sentido de que las lesiones graves no podrían inferirse con conductas pasivas, porque las diversas hipótesis allí descritas corresponderían a verbos rectores que involucran *acción*. Los que así piensan aceptan la posibilidad de omisión sólo tratándose de las figuras descritas en el art. 398 y de las lesiones menos graves, que no precisan una manera dada de ejecución,[317] de modo que lesiones gravísimas y graves causadas por omisión deberían ser reprimidas como lesiones de mediana gravedad. Esta tesis restringe la aplicación de los tipos desconociendo la realidad de la experiencia histórica que demuestra que con la omisión es posible herir o maltratar a una persona, aun se puede provocar su muerte (no suministrar alimento a un menor o a un anciano). En el delito de homicidio no se discute la posibilidad de su comisión por omisión, no se ve diferencia entre el verbo rector *matar* y los verbos *golpear, herir o maltratar,* en las dos hipótesis debe recurrirse al sentido del tipo penal y al bien jurídico protegido, y en ambas la respuesta resulta positiva para su comisión por omisión.[318]

c) *Modalidad de la acción de lesionar*

La conducta de lesionar, conforme a la descripción que de ella hace el art. 397 al referirse a las lesiones *graves,* consiste en *herir, golpear o maltratar de obra* a otra persona. Se trata de una figura penal de hipótesis múltiple, porque puede concretarse en las tres formas distintas señaladas por los respectivos verbos precitados, aunque pensamos que no son las únicas;[319] se debe recordar que el art. 398 alude a otra manera de lesionar: administrando substancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, nociones que no responden a los verbos

[316] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 74.

[317] Muñoz Conde, op. cit., p. 85; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 289 y 314.

[318] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., pp. 177-178.

[319] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 288.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

rectores antes aludidos. Por otra parte, parece indiscutible que, *además de las referidas modalidades de acción, el legislador ha aceptado otras,* suficiente es considerar el art. 399, que dice textualmente: "las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves...", disposición de índole subsidiaria que da cabida a formas distintas de atentar a la integridad física o psíquica, aunque esas modalidades de lesionar no calcen en los verbos *herir, golpear, maltratar de obra,* que se circunscriben únicamente a las lesiones graves, pero no a las que no tengan esa calidad.

Lo que no parece compatible con estos delitos para amplios sectores de la doctrina, es la posibilidad de extenderlos al contagio de enfermedades, en particular el venéreo o el nutricio (el arriendo de ayas para alimentar al recién nacido), se ha sostenido que podría esta clase de lesión quedar comprendida en el art. 398 (suministro de substancias nocivas), pero al efecto deberían concurrir todos los supuestos a que alude la disposición, que se comentarán más adelante.[320]

Herir es romper o abrir la carne o un hueso del cuerpo, *golpear* es dirigir un objeto material para encontrarse con el cuerpo de la víctima en forma repentina y violenta y *maltratar de obra* es cualquiera actividad dirigida a dañar físicamente al lesionado o hacerlo sufrir causándole dolores físicos[321] o psíquicos (pero no morales). Es útil precisar la diferencia entre meras *molestias* y causar *dolor o sufrimientos,* como bien señala Etcheberry, hacer cosquillas o lanzar al agua a una persona importa para ésta una incomodidad, pero prolongar considerablemente tales acciones pueden significar un martirio; otro tanto sucede con los ruidos, escuchar música desafinada es molesto, pero constituye sufrimiento oír permanentemente ruidos estridentes o ensordecedores.[322]

D. *Lesiones gravísimas*

Están descritas en el N° 1 del art. 397, que expresa: "El que *hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro,* será castigado como responsable de lesiones graves:

[320] Bajo Fernández, op. cit., p. 178.
[321] Soler, op. cit., t. III, p. 135.
[322] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 84.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido *demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme*".

Según la disposición, lo que da el carácter de gravísimas a estas lesiones, que le aparejan una pena tan alta como la que corresponde al delito de homicidio simple, depende de las consecuencias que produzcan en la víctima, lo que fluye de las expresiones *si de resultas de...* que emplea. De manera que la calificación está sujeta a que la lesión se concrete en alguno de los cinco resultados allí enumerados, lo que le da cierta naturaleza propia de los delitos *calificados por el resultado,* mas cuando no exige un tipo subjetivo particular, se satisface con cualquier clase de dolo (directo, indirecto, eventual).

A continuación se examinará cada una de las hipótesis en cuestión.

a) *Demente*

Es sabido que en psiquiatría no se usa la expresión *demente,* pero para los efectos jurídico-penales hay consenso en que la palabra involucra cualquier enfermedad mental de trascendencia, corresponde al concepto de *enajenado mental,* comprensivo tanto de la *deficiencia* como del *trastorno mental;* afecta al intelecto, volición o efectividad del sujeto. La interrupción o detención del desarrollo mental de una persona (así de un niño) también queda comprendida.[323]

Para que una alteración psíquica permita calificar como *demente* a la víctima, debe cumplir con ciertas condiciones:

a.1) Debe tratarse de un trastorno mental que tenga una intensidad adecuada, o sea, que provoque una seria alteración de la personalidad del afectado, y

a.2) Dicha alteración debe tener cierta duración en relación a la vida de la víctima, ha de extenderse por un lapso notorio en el tiempo; de no ser así, se trataría de un *enfermedad.* Por lo menos ha de ser superior a 30 días, que en nuestro sistema es el período límite de la enfermedad o incapacidad laboral inherente

[323] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 93.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a las lesiones menos graves (art. 397 N° 2). Quedan descartados los trastornos mentales *transitorios* (la pérdida de los sentidos momentánea a consecuencia de un golpe, la confusión mental sufrida por una anestesia); de otro lado, no es indispensable que el trastorno sea *permanente o irrecuperable* para calificar a quien lo sufre de *demente.*

b) *Inútil para el trabajo*

Hay acuerdo en el sentido de que no se hace referencia a la inhabilidad de la víctima para realizar *toda clase de trabajos.* Para calificar de gravísima una lesión es suficiente que imposibilite al sujeto pasivo para efectuar *cualquier trabajo de aquellos que estaban comprendidos entre los análogos a los que realizaba con anterioridad a la consumación del delito.*[324] Por otra parte, tampoco se trata de que la víctima quede incapacitada para realizar precisamente el trabajo que estaba ejecutando en la época de comisión del hecho.[325] En efecto, la Comisión Redactora[326] consideró el texto que tenía el art. 343 del Código Penal de España de 1848, que, a su vez, había abandonado la redacción del Código del año 1822, en cuyo art. 642 se expresaba que la lesión debía provocar "una incapacidad perpetua para trabajar como *antes*",[327] valga el repetido ejemplo del concertista en violín que pierde una falange que le impedirá dar conciertos, pero no enseñar música o dirigir conjuntos, de modo que no se podría calificar de inútil para el trabajo.

La inutilidad requiere de cierta duración, análoga a la que se señaló para los efectos de la demencia, pero no exige que sea irreversible, por lo menos ha de ser superior a treinta días.

c) *Impotente*

Cuando las lesiones inferidas a la víctima la dejan impotente, se presenta este tipo de lesión gravísima. Es suficiente que el ofendido haya sufrido una afección que lo deje impotente para

[324] Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 189; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 94; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 298-299.

[325] Soler, op. cit., t. III, p. 149.

[326] Comisión Redactora, sesión N° 81, de 8 de mayo de 1872.

[327] Pacheco, op. cit., t. III, pp. 54-55.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

engendrar (*generandi*) o para realizar el coito (*coeundi*);[328] puede ser un hombre o una mujer. El tipo reclama que la lesión provoque esos efectos, no exige que se le corten o cercenen los órganos generativos, se satisface con el estado de impotencia, siempre que dicha impotencia tenga cierta duración en relación a la vida del sujeto, por lo menos ha de ser superior a treinta días, de no ser así sería una lesión menos grave.

Se comprende también en esta clase de lesiones gravísimas a la mutilación de los órganos generativos cuando el sujeto activo la causó con dolo eventual, porque si la causó con dolo directo, es autor del delito de castración y no de lesiones.[329]

d) *Impedido de un miembro importante*

Para que una lesión merezca la calificación de gravísima conforme a esta hipótesis, ha de provocar en el sujeto pasivo la pérdida de la función de uno de sus órganos, o la pérdida material, parcial o total del órgano, siempre que, en este último caso, la haya causado el agente activo con dolo eventual (si lo hace con dolo directo hay mutilación).

La noción de *impedición* es más amplia que la de *mutilación*, a la cual ya se hizo referencia anteriormente. Se recordará que el cercenamiento o destrucción del órgano o miembro cuando es provocado con dolo directo normalmente constituye una *mutilación* (y no una lesión), aunque sobre este punto abundaremos con mayor cuidado a continuación.

Por órgano ha de entenderse todo miembro o parte del cuerpo que tenga una función propia o particular, es miembro tanto una pierna o mano, el estómago o el páncreas. También debe comprenderse en el concepto de la pérdida de un *sentido* (como la vista, la audición),[330] que no corresponde calificar como órgano, sin perjuicio de que sea una función de él. Como al cesar esa función se queda impedido del servicio que le presta ese órgano, hay que concluir que la impedición de la función queda com-

[328] Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 189; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 94; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 301.

[329] Véase párrafo 15.4.A.

[330] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 180.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

prendida en la real inteligencia y alcance del precepto legal. En consecuencia, la cesación de la función de un miembro importa estar impedido del mismo para estos efectos.

El art. 397 N° 1 exige que la pérdida afecte a un órgano *importante,* y determinar qué se entiende por *importante* plantea dudas interpretativas. Se ha entendido por algunos sectores que la distinción entre órgano *importante* (aquel que conforme al art. 396 deja al sujeto imposibilitado de valerse por sí mismo o de realizar las funciones naturales que antes ejecutaba) y *menos importante,* establecida por el legislador en la disposición recién citada, se extendería a su vez al art. 397 N° 1.[331] No obstante, como ese criterio puede arrastrar a situaciones claramente irregulares, no se comparte en este libro. En efecto, la mutilación de un órgano importante realizada con dolo directo quedaría sancionada con menor pena que una lesión gravísima del mismo órgano causada con dolo eventual. Es suficiente comparar la sanción que corresponde a cada uno de los referidos delitos (mutilación, art. 396 y lesiones gravísimas, art. 397 N° 1) para constatarlo.[332]

La determinación de cuál es el concepto de miembro importante para los efectos del art. 397 N° 1, o sea, para las lesiones gravísimas, es independiente de aquel que se regla en el art. 396, y debe deducirse del contexto del precepto contenido en el art. 397 N° 1, que alude a varias situaciones de extrema gravedad (quedar demente, inútil para el trabajo, impotente, notablemente deforme), estas situaciones extremas conforman criterios rectores que permiten determinar la naturaleza de lo que ha de considerarse como *órgano importante en las lesiones gravísimas.* Ha de resultar afectado un miembro de tal entidad cuya impedición tenga efectos de trascendencia semejante a las demás lesiones enumeradas en la disposición (art. 397 N° 1) y que se califican de gravísimas.[333]

Es posible que se plantee un problema de concurso aparente de leyes entre los arts. 396 y 397 N° 1, en casi todos los casos, al aceptar la interpretación antes señalada; frente a tal hipótesis se debe hacer aplicación del principio de *subsidiariedad,* el art. 396 es una norma subsidiaria en relación a los arts. 397 y siguientes,

[331] Lo sostiene el profesor Etcheberry, *D. P.,* t. III, pp. 94-95.
[332] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 277 y ss.
[333] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 278.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que tendrían aplicación preferente, lo que implícitamente se infiere del contexto de las disposiciones penales. De manera que una mutilación de un órgano importante causada con dolo directo queda comprendida entre aquellas a que se refiere el N° 1 del art. 397, atendida su naturaleza, aunque también quede comprendida en el art. 396 inc. 1°, debe ser castigada conforme al art. 397, porque el art. 396 sólo entrará a operar en *subsidio* de aquél.

Como se ha precisado en las demás hipótesis constitutivas de lesiones gravísimas, la impedición del miembro debe ser *permanente,* entendiendo por tal una duración prolongada en relación a la vida de la víctima, que en todo caso tiene que ser superior a treinta días, pues de no ser así se desplazaría la lesión al art. 399, y correspondería calificarla como una lesión de mediana gravedad. Tampoco se exige que la impedición sea *irreversible,* basta que sea duradera.

e) Notablemente deforme

El art. 397 N° 1 hace referencia a la lesión que provoca una deformidad notable en la víctima; debe cumplir al efecto con dos condiciones: causar *deformidad* y que ésta sea *notable,* todo ello sin perjuicio que ha de tener también permanencia, en la forma que se ha dejado establecido en las hipótesis ya comentadas, lo que no exige –como también se ha anotado– que sea irreversible.

Por *deformidad* debe entenderse cualquiera alteración de naturaleza estética que afecta al sujeto pasivo, se vincula con una alteración ostensible de las condiciones físicas externas del individuo. De consiguiente, quedan marginadas las afecciones que no permiten un buen funcionamiento del cuerpo o de un órgano, como la inmovilidad de un brazo o de una pierna. Se refiere a desfiguraciones de orden físico y no psíquico, aunque tampoco debe equipararse a *fealdad,* ello sucederá generalmente, pero deformidad no es lo mismo que fealdad.[334] Un rostro se deforma si queda con una permanente mueca de risa, que objetivamente no afecte a su belleza.

[334] Soler, op. cit., t. III, p. 151.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

La deformidad puede afectar a cualquier parte del cuerpo, o a todo éste, no hay razón para radicarla en el rostro únicamente;[335] tampoco ha de referirse a partes visibles, puede corresponder a las no visibles, como las que generalmente están ocultas por la vestimenta (los senos, la espalda).

Puede ser objeto de este delito una persona deforme, sea causándole otra deformidad o agravando ostensiblemente la que tenga.

La simple deformidad, a saber, la alteración del aspecto físico de la víctima, es insuficiente para encuadrar una lesión en el N° 1 del art. 397, debe cumplir con una segunda condición, que sea *notable*. Este término ha de ser comprendido en un sentido estético valorativo que depende del sexo, edad y condiciones de la víctima,[336] es de naturaleza objetivo-subjetiva, no sólo se aprecia conforme al alcance medio que se reconoce a la voz "deformidad", sino considerando la sensación que la persona tenga de su propio aspecto físico personal, dentro –indudablemente– de supuestos normales.[337] En todo caso, se requiere de una alteración tan ostensible, que calce en la esfera de situaciones de tanta gravedad como las mencionadas en el art. 397 (impotencia, inutilidad para el trabajo y análogas). De suerte que ha de tratarse de una alteración física de envergadura en cuanto a sus consecuencias de relación de la persona afectada con los demás seres humanos, que le plantee dificultades en ese orden de vinculación. Una cicatriz en la cara, aunque provoque cierta fealdad, es insuficiente por sí sola para calificar la lesión que la produjo de gravísima, porque debe alcanzar para ello cierto sentido catastrófico.[338]

Existe acuerdo en cuanto a considerar que las posibilidades de superar la deformidad con tratamiento de cirugía estética no hace variar la calificación de gravísima de la lesión.[339]

Finalmente es aconsejable tener en cuenta que la notable deformidad se refiere a deformaciones de tipo estético, no a

[335] Legislaciones como la argentina limitan esta calificación sólo a la deformación del rostro (Soler, op. cit., t. III, p. 151).

[336] Muñoz Conde, op. cit., p. 86.

[337] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 303.

[338] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 303.

[339] Bustos, *Manual*, p. 76.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

las de naturaleza funcional (como cambiar la voz, o quedar con incontinencia de orina).[340]

E. *Lesiones simplemente graves*

El N° 2 del art. 397 describe cuáles son las lesiones simplemente graves: "El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves.

2°. Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por *más de treinta días*".

La disposición considera dos elementos copulativos para que una lesión se califique de simplemente grave: a) que cause una enfermedad o incapacidad para el trabajo y b) que esa enfermedad o incapacidad tenga una duración mínima.

Los conceptos *enfermedad* e *incapacidad,* si bien generalmente se darán coetáneamente, no se superponen exactamente. Enfermedad es un proceso de alteración de la salud corporal o mental, un proceso de mal funcionamiento de nuestro cuerpo, de sus órganos o de la psiquis; en tanto que *incapacidad* es la imposibilidad para realizar algo, que en la especie es trabajar, estos efectos constituyen el resultado de la lesión. La imposibilidad de trabajar debe entenderse referida a la labor que normalmente desarrollaba la víctima cuando sufrió la lesión,[341] pues a esa actividad concreta es la que afecta la lesión inferida. Se ha estimado que las nociones de *incapacidad* y *enfermedad* son difíciles de diferenciar,[342] pero es el hecho que el legislador las distinguió, de modo que son jurídicamente alternativas.[343] Quedan fuera de la noción de *trabajo* las actividades recreativas o de entretención, pero sí podrían quedar comprendidas las actividades domésticas de una dueña de casa.

[340] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 530, nota 7; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 96.

[341] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 181; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 96; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 295.

[342] Bajo Fernández, op. cit., p. 181.

[343] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 96.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

La enfermedad o incapacidad laboral debe tener una duración mínima. El art. 397 determina que tiene que durar *más de treinta días,* o sea, hasta treinta días la enfermedad o incapacidad no puede calificarse de grave, para que lo sea ha de continuar un tiempo superior al señalado.

Finalmente hay que precisar que estas lesiones tienen que corresponder a los verbos rectores señalados por la disposición *–herir, golpear o maltratar de obra–;* si son causadas por otros medios no pueden encuadrarse en este tipo penal, a menos que se cometan haciendo beber líquidos nocivos o abusando de la credulidad de la víctima.

F. *Lesiones causadas haciendo ingerir substancias nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima (art. 398)*

La disposición indicada regla un tipo especial de lesiones *graves:* "Las penas del artículo anterior son aplicables respectivamente al que causare a otro alguna lesión *grave,* ya sea administrándole a *sabiendas sustancias* o *bebidas nocivas* o *abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu*".

El precepto transcrito establece dos alternativas: *administrar sustancias o bebidas nocivas o abusar de la credibilidad de la víctima o su flaqueza de espíritu.*

La primera hipótesis comprende aquellas lesiones gravísimas o graves que se provocan suministrando, por cualquier medio, *sustancias* (sólidas, gaseosas u otras) o *bebidas nocivas;* pueden ser administradas inyectándolas, haciéndolas beber por engaño, aspirándolas o por cualquier medio idóneo al efecto. Sustancia o bebida nociva es toda aquella que, en las circunstancias concretas y particulares de la víctima pueden causarle una lesión grave (darle azúcar a un diabético), el concepto de nocividad es relativo y dependerá de las características del ofendido. Lesión grave en esta alternativa es tanto la inferida derechamente por la sustancia o bebida, como también cuando impide o retarda la mejoría de la víctima[344] por lapso superior a treinta días.

[344] Opinan en contra de lo sostenido Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 307.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

En la tentativa de delito de homicidio, cuando se pretende cometer por los medios señalados, podría presentarse una situación de concurso con este delito de lesiones graves, que debe resolverse conforme a las reglas del concurso material o aparente, según las circunstancias.

El *tipo subjetivo* de esta figura exige que el autor del hecho actúe a *sabiendas,* lo que significa que ha de tener conocimiento de la nocividad de la substancia o bebida que emplea, pero no descarta la posibilidad de que, además del dolo directo, pueda actuar con dolo eventual, siempre que la duda no recaiga sobre la naturaleza de la bebida o sustancia.

La segunda alternativa sancionada en el art. 398 consiste en causar una lesión grave *abusando* el autor de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima. Objetivamente debe causarse en el sujeto pasivo una lesión gravísima o grave, y subjetivamente el agente tiene que aprovecharse de la situación psíquica especial que afecta a la víctima (en eso consiste el *abuso*). *Crédulo* es aquel que confía en plenitud en otra persona, le tiene fe, lo que es frecuente tratándose de personas que son parroquianos de individuos que actúan como curanderos, adivinos o astrólogos. La flaqueza de espíritu hace referencia a una persona débil de entendimiento, ingenua.

Hay opiniones en el sentido que el art. 398 podría comprender situaciones como el contagio venéreo y enfermedades de características semejantes, los virus transmisibles podrían asimilarse a las sustancias nocivas y si son suministrados *dolosamente* (sea por contacto sexual, por aspiración, inyección o cualquier sistema análogo) y causan una enfermedad grave o afección clasificable como gravísima, quedarían comprendidos en este tipo penal.

G. *Lesiones menos graves y leves*

El art. 399 se refiere a las lesiones menos graves. Es un tipo penal residual o subsidiario, descrito en los siguientes términos: "Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de...". Las lesiones para ser de mediana gravedad deben cumplir con tres características: dos positivas y una negativa. La primera característica positiva deriva

LA REPRODUCCIÓN DE ESTA OBRA POR CUALQUIER MEDIO ESTÁ PROTEGIDA POR LA LEY Nº 17.336

de la naturaleza subsidiaria del tipo descrito en el art. 399, que comprende cualquier lesión que no pueda adecuarse a las mutilaciones o a las lesiones graves, sin que ofrezca trascendencia la modalidad o manera como se infirió. De consiguiente, la lesión menos grave puede ser causada en forma o con modalidades distintas, y no sólo por las que se desprenden de los verbos rectores señalados en el art. 397, esto es, "herir, golpear o maltratar de obra".[345] Comprende también a aquellas que consistan en ingerir sustancias nocivas y aun el contagio de enfermedades doloso (contagio venéreo y otros).

La segunda característica de esta clase de lesiones consiste en que causen una "enfermedad" o "incapacidad para el trabajo" que no puede sobrepasar los treinta días, de modo que su duración hasta el número de días señalados marca la diferencia con las lesiones graves. Las lesiones de mediana gravedad tendrán esa calificación siempre que, a su vez, concurra la condición negativa de que no corresponda calificarla como leves.

De modo que las formas de comisión de las lesiones de mediana gravedad pueden adoptar modalidades de cualquier naturaleza, porque no están limitadas a las que indican los verbos rectores del art. 397, y la duración de la enfermedad o incapacidad que provoca no puede sobrepasar los treinta días, pero aun así para ser tales no han de calificarse de leves por el tribunal.[346]

---

[345] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 314. En contra, Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 90, para quien las lesiones deben quedar comprendidas en la hipótesis de "herir", "golpear" o "maltratar".

[346] En el artículo 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, N° 20.066 (7-10- 2005), crea el delito de *maltrato habitual*, que define como el ejercicio de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de la citada ley (cónyuge o conviviente del ofensor pariente por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado del ofensor o de su cónyuge o conviviente) y sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo, a menos que constituya un delito de mayor gravedad, alternativa en que se aplicará la pena de este último delito. La habitualidad se apreciará según el número de actos realizados, la proximidad temporal de ellos, siendo indiferente que dicha violencia se haya empleado en contra de la misma o diferente víctima; excluidos los actos anteriores que hayan sido objeto de sentencia condenatoria o absolutoria. Estos hechos solo pueden ser investigados por el fiscal sólo si el Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes respectivos.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Lesiones leves son aquellas que se sancionan en el art. 494 N° 5°, que expresa: "Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: [...] 5°. El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en *concepto del tribunal,* no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas *la calidad de las personas* y *circunstancias del hecho.* En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar".

De consiguiente, lesión leve es, jurídicamente, una lesión menos grave que según la valoración del tribunal (no de las partes o del perito médico), corresponde ser tenida como leve. El tribunal no es libre para hacer esa valoración, debe considerar dos elementos copulativos y ajenos a la naturaleza misma de la lesión,[347] a saber "la calidad de las personas" y las "circunstancias del hecho". De suerte que características como la edad de los afectados, la jerarquía que puede ligarlos, el lugar y condiciones en que se infirieron las lesiones y cualquier otra modalidad relevante, debe ser tenida en cuenta por el tribunal para apreciar la lesión, siempre que esté comprendida en los dos referidos rubros.

La Ley de Violencia Intrafamiliar –con criterio discutible– dispuso una limitación para que el tribunal pudiera calificar de leve una lesión de mediana gravedad, al excluir expresamente de esta posibilidad a las que se infirieran en contra del amplio grupo de personas que se enumeran en el artículo 5° de la referida ley, tales como cónyuge, pariente y conviviente, todos los que se especifican en el párrafo 15.6 de este tomo, al analizar el alcance de las agravantes del delito de lesiones que establece el articulo 400. Esta restricción es objeto de reserva en razón de que –como errada y frecuentemente sucede– el legislador extremó el rigor de la sanción en hipótesis de violencia intrafamiliar, en circunstancias que con anterioridad a la vigencia de la referida ley existía un espíritu casi permisivo o, por lo menos, de despreocupación normativa en relación a esos repudiables comportamientos en el ámbito familiar. Esta realidad no constituía fundamento suficiente para que drásticamente se instaurara un régimen marcadamente retributivo y represivo, como sucede en la especie.

[347] Labatut, *D. P.,* t. II, pp. 190-191.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El sistema adoptado por la ley para distinguir una lesión de mediana gravedad de una leve ha merecido críticas, porque deja sujeta esa determinación a la valoración del tribunal de elementos ambiguos y discutibles en cuanto a su validez, en lugar de sustentarla en circunstancias objetivas, como lo hace la Ley de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres en el art. 121 inc. 1°, que precisa que son leves las lesiones que causan una enfermedad o incapacidad de duración no superior a siete días.

Aparte de lo señalado, el delito de lesiones leves ofrece en el tipo subjetivo otra diferencia con el delito de lesiones de mediana gravedad, el delito de lesiones menos graves admite el *dolo* y *la culpa* (art. 399 en relación con el art. 490), en tanto que el de lesiones leves exige siempre *dolo*. No hay delito culposo de lesiones leves (cuasidelito), es una conducta *atípica* (art. 10 N° 13), porque el art. 490 –que describe el delito atribuible a culpa– limita su aplicación a los "crímenes" y "simples delitos" contra las personas, de consiguiente las faltas están excluidas; de otro lado, el art. 494 N° 5° no extiende su tenor a la culpa, como sí sucede con otros delitos falta (ejemplos son el art. 494 N° 10 y el art. 495 N° 21).

H. *El tipo subjetivo. Las lesiones culposas. La preterintención*

En los párrafos anteriores se ha hecho alusión al elemento subjetivo y se han adelantado algunas explicaciones sobre los aspectos que ofrece, pero limitadas siempre al caso particular del tipo especial que se ha estado estudiando. En esta oportunidad corresponde comentar las características generales del tipo subjetivo requerido por las diferentes figuras delictivas de lesiones. Es útil precisar, desde luego, que aquella doctrina que a mediados del siglo contó con cierta acogida en el medio nacional en el sentido que el delito de lesiones era un caso claro de responsabilidad objetiva, ha sido abandonada. Se pensaba que el sujeto activo debía responder por el resultado de su comportamiento, aunque ese resultado no hubiere sido abarcado por su voluntad; los partidarios de esta tesis partían del entendido que era suficiente que el agente realizara la acción con *animus necandi*. Para los que así pensaban, los distintos tipos

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de lesiones requerían de un dolo genérico, el agente debía realizar su acción delictiva sabiendo que afectaría la integridad física o la salud de la víctima, sin importar la intensidad del daño que se proponía causar, pero respondía, indistintamente, de lesiones gravísimas, simplemente graves o de mediana gravedad, según fuera la importancia que objetivamente tenía la lesión provocada con su actuar. De suerte que en las lesiones el autor respondía por el resultado, y no por lo que perseguía o pretendía.

La amplia evolución que ha tenido el Derecho Penal en estas últimas décadas, en particular la efectiva consagración del principio de culpabilidad en la interpretación y aplicación de la ley penal, ha permitido que visiones como la señalada hayan sido abandonadas por la doctrina.

En la actualidad no se duda en cuanto a que los distintos delitos de lesiones requieren del dolo que el tipo respectivo describe, que puede ser directo o eventual; también se acepta la posibilidad de culpa (cuasidelito de lesiones), salvo –como se ha señalado en el párrafo anterior– cuando se trata de lesiones leves, que no admiten la forma culposa.

Los tipos de lesiones gravísimas y graves se dan tanto con dolo directo (querer causar el daño que ellas conllevan) como con dolo eventual (el sujeto sin perseguir precisamente el resultado en que su acción se concreta –impotencia de la víctima, notable deformidad, etc.–, se representó como posibilidad ese resultado y, no obstante, quedó en posición de indiferencia sobre su acaecimiento). Lo señalado para las lesiones graves y gravísimas es aplicable a las lesiones de mediana gravedad.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 490, es posible un delito culposo de lesiones gravísimas, graves o de mediana gravedad (cuasidelito de lesiones), lo que exige el tipo culposo es que el resultado injusto haya sido previsible.

Puede presentarse en las lesiones el delito preterintencional, cuando el sujeto activo pretende causar dolosamente una lesión de menor gravedad que aquella que realmente provocó en la víctima, habiendo sido esta lesión más grave previsible. El resultado más grave le es atribuible al agente a título de culpa, siempre que se encuentre en una línea de progresión con el mal que él pretendía causar (quería lesionar levemente y provoca una lesión gravísima). Las lesiones preterintencionales se sancionan de

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

acuerdo a lo dispuesto por el art. 75, como concurso ideal entre la lesión dolosa menos grave y la lesión culposa de mayor gravedad. Las hipótesis de lesiones dolosas y muerte culposa, o de lesiones causadas a la mujer embarazada que le provocan un aborto, se estudiaron al tratar el homicidio y el delito de aborto.[348]

Con el cuasidelito de lesiones se presenta la misma problemática que se comentó al estudiar el delito de homicidio atribuible a culpa. Si una conducta culposa del agente se materializa en más de una lesión (el conductor de un automóvil que no respeta la luz roja y choca con un bus de pasajeros, lesionando a varios de ellos), surge la duda si se trata de un solo delito o de tantos delitos como resultados injustos se provocaron. En este caso se da por reproducido lo expuesto en el homicidio culposo, o sea, se trata de una única infracción del deber de cuidado que debe dar origen, a su vez, a un solo cuasidelito de lesiones, sin perjuicio que para los efectos de regular la sanción se considere, de acuerdo a lo señalado por el art. 69, la pluralidad de lesiones, o sea, la mayor entidad del daño causado.[349]

15.6. Circunstancias especiales de agravación en los delitos de mutilaciones y de lesiones gravísimas, graves y menos graves (art. 400)

En los delitos de mutilación, de lesiones gravísimas, graves y de mediana gravedad (quedan excluidas las lesiones leves), hay dos tipos de circunstancias agravantes de responsabilidad que las afectan y que están descritas en el art. 400. Esta disposición expresa: "Si los hechos a que se refieren los anteriores artículos de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las *personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar,* o con cualquiera de las *circunstancias segunda, tercera y cuarta del número 1° del artículo 391 de este Código,* las penas se aumentarán en un grado".

Como puede observarse, es suficiente que concurra alguna de las circunstancias señaladas en la norma transcrita para que la pena del delito se *aumente en un grado,* más que agravantes,

[348] Supra párrafos 5.3.J y H; 9.7.a.a.2.

[349] Véase el párrafo N° 5.3.H.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

constituyen verdaderas calificantes del delito; ya que aumentan por sí solas la sanción pertinente.

El artículo 5° de la Ley N° 10.066 sobre Violencia Intrafamiliar expresa lo siguiente: "Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar".

Tanto del artículo 400 como del precepto recién transcrito se desprende que estas agravantes corresponden a cuatro órdenes de circunstancias: a) una relación conyugal o de convivencia, b) parentesco o tenencia de un hijo común, c) situación de dependencia o de cuidado por ser menor de edad o discapacitado y d) por la modalidad de ejecución del hecho.

a) Relación conyugal o de convivencia

El matrimonio es una circunstancia de carácter objetivo (cita 346), *tener* o *haber tenido* la calidad de cónyuge o conviviente del ofensor. Comprende la vinculación matrimonial *actual* entre lesionador y lesionado, como de aquella que existió entre ambos pero que al tiempo de comisión del delito ya no *existe,* caso del divorcio declarado por sentencia judicial. Respecto de la nulidad de matrimonio, es aplicable en la especie lo comentado al hacer referencia al parricidio (párrafo 7.4 b); pero en la situación del vínculo conyugal invalidado por sentencia ejecutoriada podría, en atención a la vida común que normalmente presupone hasta antes de la anulación, según los casos, dar lugar a la circunstancia de haber *tenido la calidad de conviviente* y, en consecuencia, operaría el tipo de lesión agravada del artículo 400.

Tener o *haber tenido* la calidad de conviviente del ofensor es una noción que merece un análisis. La palabra *conviviente* hay

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que entenderla en un sentido más amplio que el señalado para esa voz en el parricidio, donde se hace referencia únicamente a quienes constituyen una pareja heterosexual. El artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar alude a una situación distinta a la considerada por el parricidio; en efecto, el artículo 390 menciona derechamente el "conviviente", homologándolo al "cónyuge", vinculación esta última que históricamente siempre se tuvo en cuenta en el parricidio. En tanto que el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar –como claramente fluye de su texto– reconoce importancia a las relaciones que se crean o tienen su fuente en el grupo familiar, entendiendo esta noción en forma extensiva, o sea, comprensiva de todas aquellas personas que tienen la característica de vivir o de haber vivido juntos con cierta permanencia, conformando un grupo unido por relaciones sentimentales y materiales inherentes a lo que el léxico cotidiano entiende por familia. Tal sentido se confirma por las expresiones que emplea la disposición: "una relación de convivencia", que objetivamente poseen alcance mayor y distinto al de "conviviente".

b) *Parentesco o padres de un hijo común*

La agravante se extiende al parentesco del ofensor o de su cónyuge, tanto por *consanguinidad* como por *afinidad,* en toda la línea *recta* o *colateral* hasta el tercer grado inclusive. La amplitud de la norma no deja de sorprender, pues no sólo comprende a los parientes del ofensor, sino a los del cónyuge de aquél y, a diferencia del parricidio, se extiende al de afinidad, además del parentesco por consanguinidad.

Las lesiones que se infieran los *padres de un hijo común* se agravan por el hecho de ser tales, sin importar que vivan o no juntos, o que no la hayan hecho nunca. La agravante tiene su fuente en el hecho de haber procreado un hijo.

c) *Persona menor de edad o discapacitada, bajo dependencia o cuidado*

El aumento de grado de la sanción del delito de lesiones se extiende a las personas que se encuentran en situación de *dependencia* o *bajo el cuidado* de *alguno de los miembros de la familia* siempre que sean *menores de edad* (no hayan cumplido los dieciocho años de edad) o se encuentren discapacitados (que sufran una anomalía

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

física o psíquica que los inhabilite para valerse por sí mismos). Indudablemente estas circunstancias tienen que estar comprendidas en el dolo del agente, que debe tener conocimiento cierto que la persona a la cual lesiona es una de aquellas a que se ha hecho mención; en cuanto al conocimiento se requiere de dolo *directo,* el eventual queda excluido.

La calificante especial del art. 400 margina la posibilidad de aplicar la circunstancia modificatoria mixta del art. 13,[350] por el principio *non bis in idem.*

d) Modalidades de comisión de las lesiones

Las otras causales de agravación están constituidas por tres de las que califican el homicidio, establecidas en el art. 391 N° 1, o sea, la circunstancia segunda (por premio o promesa remuneratoria), tercera (por medio de veneno) y cuarta (con ensañamiento). Estas calificantes fueron comentadas al analizar el homicidio,[351] de modo que se reproduce lo allí expuesto. Son circunstancias especiales que normalmente excluyen a su vez a las generales análogas regladas en el art. 12, en relación a los delitos de mutilación y lesiones.

Agravación de lesiones menos graves inferidas a personas revestidas de autoridad o dignidad

El artículo 401 mantiene una circunstancia de agravación de la pena correspondiente a la lesión que en la actualidad puede ser discutible con los criterios vigentes, donde el principio de igualdad de las personas pretende eliminar ciertos tratamientos preferentes que primitivamente se aceptaban o imponían en favor de aquellas que tenían determinados roles en la sociedad. El artículo citado establece que las lesiones

[350] Opinan en sentido distinto Bustos, Grisolía, Politoff, que piensan que una interpretación analógica *bonam partem* llevaría a limitar el art. 400 en cuanto sólo se aumenta en un grado la pena correspondiente *según la naturaleza y accidentes del delito,* como lo señala el art. 13; de no ser así, podría tal relación considerarse como atenuante, conforma a esta última disposición (op. cit., p. 319).

[351] Supra párrafo 6.4. c).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

menos graves inferidas a "guardadores, sacerdotes, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública serán castigadas siempre con presidio o relegación menores en sus grados mínimos a medios".

Implícitamente el precepto limita la aplicación del artículo 494 N° 5 que permite al tribunal calificar como leves aquellas lesiones menos graves "atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho". Conforme a lo señalado, no podrán calificarse de leves las lesiones de *mediana gravedad* inferidas a las personas revestidas de las calidades enumeradas en el art. 401 y, además, *siempre* las sanciones deberán ser las de presidio o relegación menores en su grado mínimo. En otros términos, el tribunal no puede imponer en estos casos una pena de multa, como lo autoriza de manera general el artículo 399.

La agravación en comentario opera cuando el ofendido es agredido en su calidad de maestro sacerdote, dignidad o autoridad, lo que presupone –a su vez– que el agresor debe tener positivo conocimiento de que el lesionado tenía esas características.

15.7. El consentimiento del afectado, la actividad médica, el deporte y las mutilaciones o lesiones. Su atipicidad o juridicidad

Varios son los problemas que plantean estos delitos que aquí nos limitaremos a comentar en sus líneas fundamentales.

Primeramente se estudiarán la *autolesión* y el *consentimiento* de la persona lesionada. En seguida se hará referencia a la actividad médica y a la actividad deportiva.

A. *Consentimiento. Autolesión*

La *autolesión* es una actividad antijurídica, pero como es *atípica,* o sea, no hay una norma penal prohibitiva de lesionarse a sí mismo, queda al margen del Derecho Penal, salvo en los casos excepcionales como el sancionado por el Código de Justicia Militar en el art. 295, esto es, al que con el objeto de substraerse al

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

cumplimiento de sus obligaciones militares, se mutila o se procura una enfermedad que lo inhabilita para el servicio, la mutilación o la enfermedad son en este caso un simple medio de eludir el cumplimiento de determinados deberes, y esto último es lo que el precepto castiga. Son antijurídicas estas conductas, pero no son típicas, por cuanto –como se señaló oportunamente–, a pesar de que la salud no es un bien del que puede disponerse libremente, no hay un tipo penal que sancione ese hecho.

El *consentimiento* de la persona a quien un tercero lesiona o mutila es un elemento cuyo alcance en materia penal se ha discutido. En principio, atendida la indisponibilidad del bien salud e integridad física, no debería reconocérsele relevancia,[352] pero se le reconoce en algunas legislaciones, v. gr., la de España, donde el art. 155 le da valor de atenuante calificada en los delitos de lesiones.

Sin perjuicio de lo señalado, no es posible desconocer el valor jurídico penal del consentimiento del afectado, porque tiene trascendencia en múltiples situaciones. Suficiente es mencionar el tratamiento médico, el ejercicio de actividades deportivas, entre otras actividades, donde puede desplazar la tipicidad o, por lo menos, la antijuridicidad del hecho. Generalmente en estas alternativas el consentimiento es cofundante, junto a otras circunstancias, de la atipicidad o de la justificación del acto lesivo. Aún más, desde una perspectiva jurídico-social, la autolesión por ingestión o introducción al organismo de substancias nocivas no aparece prohibida penalmente, tal sucede con las bebidas embriagantes, el consumo de cocaína, morfina, tabaco, etc. Cuando más, en determinadas circunstancias el sistema legal sanciona el consumo público (Ley N° 19.366, de 31 de enero de 1995, que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes, art. 41; Ley N° 17.105, de 14 de abril de 1969 sobre alcoholes y bebidas alcohólicas y vinagres, art. 113) como delito falta.

Se puede sostener que el consentimiento del afectado es un elemento necesario para fundamentar la atipicidad de actividades como las lesiones temporales que normalmente se sufren con motivo de tratamientos estéticos (el quirúrgico empleado a ese efecto), actividad hoy socialmente adecuada, otro tanto se puede decir del donante de sangre, y de otras situaciones parecidas. No se

[352] Cfr. Ranieri, op. cit., t. I, pp. 203-204.

FOTOCOPIA DE LIBROS EN DERECHO LEY N° 17.336

trata que tales conductas estén justificadas por el consentimiento del afectado, simplemente son atípicas porque en nuestra época la comunidad las estima como actuaciones normales, respetadas y legalmente regladas, en ellas el consentimiento del afectado constituye un elemento necesario para que esa atipicidad se dé, pero no constituye su fundamento.

Como regla general, el consentimiento del titular del derecho lesionado opera en relación a los bienes jurídicos *disponibles,* entre ellos la propiedad. Pero no tiene trascendencia significativa cuando se refiere a bienes *no disponibles,* como la vida y la salud; en todo caso, no parece ser la razón verdadera y precisa de la posible atipicidad o antijuridicidad de la conducta que se cuestiona, según los casos, sino un elemento necesario para que operen otras circunstancias (la adecuación social de la conducta, el ejercicio legítimo de una profesión autorizada) que sí fundamentan esa atipicidad o, por lo menos, su juridicidad.[353] El legislador, en ciertos casos, ha reglado expresamente el consentimiento del afectado cuando su vida o su salud pueden correr peligro, como sucede en la Ley N° 20.120 de 22 de septiembre de 2006. En su artículo 11 alude a la investigación científica en un ser humano, para lo cual exige su consentimiento "previo, expreso, libre e informado o, en su defecto, el de aquel que debe suplir su voluntad en conformidad a la ley". Para obtenerlo se ha de poner en conocimiento de la persona los aspectos esenciales de la investigación, su finalidad, beneficios y riesgos, de modo comprensible para él, lo que se hará constar en una acta firmada por el que consiente y extendida con las demás formalidades que allí se indican. La omisión del acta, su falsificación o el uso de esta última, constituyen delitos que su artículo 19 sanciona.

B. *La actividad médica*

"Durante muchos años –dice Romeo Casabona– la medicina se ha movido dentro de un contexto misterioso y mágico, al actuar en los mecanismos desconocidos de la vida y de la muerte",[354] y no

[353] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 257.

[354] Carlos María Romeo Casabona. *El médico ante el Derecho,* Madrid, 1985, p. 3.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

obstante su evolución como ciencia experimental, debe calificarse como "un compendio de ciencia y arte", cuyo cometido más importante es el tratamiento de enfermos, y no de enfermedades. En el ejercicio de esta actividad, en particular en el campo de las investigaciones, se ha avanzado a extremos donde es difícil adoptar decisiones racionales, "teniendo que reconocer que al menos el Derecho no puede dar siempre respuestas satisfactorias"[355] a una diversidad de situaciones complejas que en el ejercicio de aquella actividad se enfrentan. En estos días se ha estado comentando la posibilidad que han dado las investigaciones biofisiológicas de crear seres humanos en serie (clonación),[356] la práctica médica enfrenta serias interrogantes en el campo de la manipulación genética, el arrendamiento de vientres, la inseminación *in vitro,* el trasplante de órganos, operaciones transexuales, y tantas otras alternativas creadoras de problemas de dudosa o difícil solución desde una perspectiva médica, ética, social y sobre todo jurídica. Los principios sobre el respeto absoluto a la vida, la dignidad de la muerte, la integridad física, la libertad del individuo, el estado civil son objeto de controversia y repercuten en el derecho en general, y muy particularmente en el área penal.

Materias como las señaladas deben estar en constante revisión y análisis, lo que dificulta la dictación de una normativa permanente, que en Chile se hace necesaria y que casi es inexistente. Se han establecido algunos principios fundamentales que regirían esta materia, que giran en torno al *interés preponderante en juego,* el *consentimiento* de los afectados y *la lex artis medica.*

En definitiva, siempre que se dé una situación de intereses contrapuestos, que haga imperioso proteger a uno de ellos en desmedro del otro, como frecuentemente sucede en la actividad médica, corresponde dar preeminencia al de más trascendencia jurídica: la vida plena prefiere a la vida en formación, la vida a la salud, la salud al posible detrimento físico temporal o permanente. De suerte que puede sacrificarse el bien de menor valor en pro del

[355] Romeo Casabona, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana,* Madrid, 1994, p. 3.

[356] En el Código Penal de España de 1995 se sanciona como delito la "creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos...", en el N° 2 del art. 161.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336.

preponderante, pero para que opere este principio, debe primeramente haber consentido el titular del bien jurídico a sacrificar.

El interés preponderante es un primer criterio a considerar, el que debe ir acompañado en todo caso del *consentimiento* del afectado. El médico no puede actuar si el paciente no expresa su voluntad en tal sentido (el cirujano debe abstenerse de intervenir quirúrgicamente al enfermo si éste no lo autoriza previamente), y si está imposibilitado para manifestarla, deben hacerlo sus parientes próximos. En estas materias aun puede considerarse el llamado consentimiento *presunto* (intervención del médico frente a un accidentado inconsciente al cual hay que amputarle un órgano o un miembro para salvarle la vida). El *consentimiento presunto* se sustenta en el entendido que "el interesado, en caso de haber conocido la situación de hecho real (en que se encontraba), habría prestado sin género de dudas su consentimiento expreso".[357] El consentimiento lo pueden otorgar las *personas capaces* de darlo, o sea, que cuenten con el discernimiento necesario, y ha de ser *informado,* en el sentido de que lo otorguen con el conocimiento del alcance del mismo dadas las circunstancias del hecho, y debe ser *libremente* emitido (sin coacción).

La *lex artis medica* también es importante en esta materia, la constituyen el conjunto de reglas que norman el ejercicio de la actividad curativa, tanto en relación a los procedimientos que deben emplearse como a los resguardos y garantías que han de tenerse. El objetivo que fundamenta la medicina es la protección de la vida y de la salud del enfermo, y ese fundamento es el que tiene que considerarse permanentemente al analizar una situación de conflicto de intereses. La normativa que rige la actividad médica no es absoluta en todo caso, es variable en el tiempo, por naturaleza. Está sujeta a la evolución de los criterios socioculturales y a los adelantos alcanzados por la ciencia curativa en una época y sociedad dadas; depende además de las condiciones fácticas concretas en que el profesional de la salud actúa (puede que el cirujano en un caso de emergencia no cuente con el instrumental adecuado, o con el anestesista, y deba recurrir a sustitutos, con los peligros inherentes).

El legítimo ejercicio de la actividad curativa es *socialmente adecuado* y, de consiguiente, queda fuera de la esfera a la que se extiende lo

[357] Cousiño, *D. P.*, t. II, p. 527.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

típico.[358] De modo que aunque objetivamente esa actividad pueda encuadrarse en una descripción penal, siempre queda al margen del tipo legal (el odontólogo que extrae una pieza dentaria enferma, en el hecho mutila a una persona, pero lo hace con fines terapéuticos y en el ejercicio de una profesión autorizada). Por lo tanto, se puede sostener en principio que el ejercicio de la actividad médica es *atípico* cuando se respetan los mandatos de la *lex artis,* el paciente ha expresado su consentimiento y se ha obrado con fundamento en un interés que es preponderante, como sucede si se trata de la protección de la vida o de la salud (no lo sería someter a una persona a una riesgosa intervención quirúrgica para modificar su físico en un aspecto casi intrascendente).

No obstante lo afirmado, hay autores que estiman que si el facultativo causa una lesión o amputación –aunque sea con intención curativa–[359] el comportamiento es típico. Sólo quedaría liberado ese profesional en mérito de la *juridicidad* de su comportamiento o de su probable *inculpabilidad,* según las circunstancias.[360] En nuestro país, algunos autores estiman que se estaría ante comportamientos típicos, pero justificados por la eximente de responsabilidad establecida en el art. 10 N° 10 (el que obra en el ejercicio legítimo de un oficio).[361]

En situaciones como el trasplante de órganos, los principios señalados son aplicables en cuanto al sujeto receptor, pues ese tratamiento va en pro de su salud. No sucede otro tanto respecto del *donante del órgano,* porque él sufre una mutilación o una lesión que no mejora su salud o salva su vida, sino que lo deja en una situación de detrimento al comparar su actual estado con el anterior a la intervención. No obstante, se puede afirmar con fundamento en lo dispuesto por la Ley N° 19.455, publicada el 10 de abril del año 1966, que se trata de una conducta que si bien es típica está *justificada,* por cuanto los trasplantes y la donación de órganos entre personas vivas están permitidos siempre que se hagan en forma *voluntaria* y *gratuita,* para *fines terapéuticos,* en *hospitales* o *clínicas*

[358] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 80; Romeo Casabona, *El médico ante el Derecho,* p. 54.

[359] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 257.

[360] En ese sentido, Bajo Fernández, op. cit., pp. 163-164.

[361] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 27.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

autorizadas, que el donante sea una persona *capaz* y cuente con *informe positivo de su actitud física* (arts. 1°, 2°, 3° y 4°).

Si se trata de intervenciones quirúrgicas con fines estéticos, corresponde distinguir entre aquella que es correctora de defectos físicos (v. gr., labio leporino, pie equino) de la que persigue sólo fines estéticos (trasplantes de cabellos, reducir caderas). Las primeras son intervenciones que tienen un objetivo terapéutico, de modo que están sujetas a los principios antes enunciados. Las intervenciones exclusivamente estéticas en la actualidad son actividades socialmente adecuadas, la comunidad las ha incorporado a los usos aceptados; podrían quedar incluidas en un concepto amplio de salud, dadas las repercusiones psicológicas positivas que se observan en los que se someten a ellas. Quedan sujetas en todo caso a una adecuada ponderación de los intereses en juego; como se indicó precedentemente, no es posible aceptar que se ponga en grave riesgo la salud de una persona, en pro de aspiraciones estéticas insignificantes.[362]

C. *La actividad deportiva y las lesiones*

Con ocasión de la práctica de un deporte pueden inferirse lesiones, pero conviene diferenciar entre aquellas causadas con dolo o con culpa, de las demás lesiones que se provocan en el ejercicio del deporte. Como resulta obvio, las dolosas y las culposas escapan al ámbito de la referida práctica y simplemente deben ser consideradas y tratadas por la normativa penal, no así las otras.

Es previo diferenciar entre los deportes que por naturaleza son violentos, como el boxeo (respecto del cual felizmente en este tiempo se ha formado la conciencia de que escapa a lo que debe entenderse por deporte), el karate, de otros que carecen de tal característica, así el atletismo, el basquetbol, el golf. En éstos, que no son violentos, no puede justificarse que se infieran lesiones, y si se infieren quedan sujetas a la ley penal. En aquellos deportes violentos que, además de ser tales, importan una contienda entre dos o más participantes, atacar al contrario es inherente a la actividad, sea con golpes o movimientos dirigidos, por lo menos,

[362] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 251-262.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a maltratar. En estas gestas deportivas es permisible la causación de lesiones que no sobrepasen cierta intensidad, porque son propias de su ejercicio; si exceden ese límite o son inferidas al no respetarse las reglas que norman tal actividad, procede que se traten conforme a los preceptos penales, pues el deporte es permitido en cuanto va en pro de la vida y la salud, no puede aceptarse que atente en contra de esos bienes jurídicos.

El punto a esclarecer es por qué esas lesiones que se infieren en los deportes violentos y que les son inherentes, han de quedar al margen del tipo. La respuesta está en que *son adecuadas socialmente;* desde que en la humanidad se han estado desarrollando eventos deportivos se ha aceptado que los malos tratos, y aun los detrimentos físicos sufridos en la práctica deportiva, constituyen un corolario de esa actividad. De otro lado, el Estado incentiva siempre la práctica deportiva, y ha dado reconocimiento jurídico a aquellos deportes catalogados como violentos. De consiguiente, esas lesiones *son atípicas,*[363] siempre que quien las sufre haya *consentido* en participar en la actividad deportiva voluntariamente y se hayan respetado las reglas a que está sujeto su ejercicio. Las lesiones que sufre el boxeador son naturales a la contienda en que voluntariamente interviene cuando se han inferido con golpes permitidos; si corresponden a golpes no autorizados (bajo el cinturón), quedan sujetas a la normativa penal.

Autores como Novoa[364] consideran que las lesiones a que se ha hecho referencia son típicas, pero que obra en favor de ellas una causal de justificación, consagrada en el N° 10 del art. 10, o sea, el ejercicio legítimo de un derecho. Bustos, Grisolía, Politoff[365] piensan que se trata de un caso de ausencia de daño social, porque frente a la existencia de bienes en conflicto, uno de ellos debe sacrificarse en pro del otro. Cousiño afirma que las lesiones causadas en actividades deportivas normalmente no violentas también son atípicas por imposibilidad de subsunción,[366] "porque no son acciones finales que cumplan con ningún tipo doloso".

[363] Cfr. en principio, Cousiño, *D. P.*, t. II, p. 531.
[364] Novoa, *D. P.*, t. I, pp. 406-407.
[365] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 206.
[366] Cousiño, *D. P.*, t. II, p. 533.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

15.8. Lesiones causadas en riña o pelea

Los principios que rigen este precepto son análogos a los comentados al estudiar el homicidio en riña,[367] de modo que todo lo allí expuesto respecto de lo que se entiende por riña y su naturaleza, se da por conocido y aplicable a los arts. 402 y 403, que tratan de las lesiones causadas en riña o pelea y cuyo autor no se ha podido determinar. La primera de esas disposiciones se refiere a las *lesiones graves,* en sentido amplio, y la segunda a las lesiones de mediana gravedad. De consiguiente, si se infieren lesiones leves en una riña y no consta su autor, se aplican las reglas generales.

De modo que si en una riña se causa a uno de los intervinientes lesiones gravísimas o simplemente graves, y no se puede determinar quién fue su autor, corresponde aplicar el art. 402, que expresa: "Si resultaren *lesiones graves* de una riña o pelea y *no* constare su autor, pero sí los que causaron *lesiones menos graves,* se impondrán a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que les hubieren correspondido por aquellas lesiones.

No constando tampoco los que causaron *lesiones menos graves,* se impondrán las penas inferiores en dos grados a los que aparezca que hicieron uso en la riña o pelea de *armas* que pudieron causar esas lesiones graves".

Si en la riña se causaron lesiones *menos graves,* se ha de estar a lo dispuesto por el art. 403: "Cuando sólo hubieren resultado *lesiones menos graves* sin conocerse a los autores de ellas, pero sí a los que hicieron *uso de armas* capaces de producirlas, se impondrá a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que les hubieran correspondido por tales lesiones.

En los casos de este artículo y del anterior, se estará a lo dispuesto en el 304 para la aplicación de la pena".

En general, se sanciona con la pena que corresponde al delito de lesiones graves o menos graves, según corresponda, rebajada en los grados que se precisan, a los terceros que participaron en la pelea o riña y que se encuentran en las situaciones indicadas en las disposiciones transcritas.

[367] Supra N° 10.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

15.9. Remisión de cartas o encomiendas explosivas

a) *Aspectos generales*

Es una figura penal de reciente creación, incorporada en forma un tanto extraña en el párrafo de los delitos de lesiones, por la Ley N° 19.047, publicada el 14 de febrero de 1991, que agregó el art. 403 bis al Código Penal, cuyo tenor es el siguiente: "El que enviare *cartas o encomiendas explosivas* de cualquier tipo que afecten o puedan afectar la *vida* o *integridad corporal de las personas,* será penado con presidio mayor en su grado mínimo".

El *bien jurídico* amparado por este delito puede ser dudoso, pues el legislador lo ubicó entre los delitos de lesiones, o sea, aquellos que protegen la salud y la integridad corporal, lo que llevaría a pensar que ése es el bien jurídico protegido. Pero también alude a la posibilidad de que con el envío se atente en contra de la vida de las personas, circunstancia que –con el criterio que al parecer se tuvo cuando se legisló– podría haberlo ubicado entre los delitos de homicidio.

Parece ser que, a pesar de la ubicación de esta figura, el bien jurídico es la *seguridad de las personas,* respecto de su *vida* o de su *integridad física,* está excluida la salud mental, por lo tanto (como podría suceder con una encomienda o una carta cuya explosión se dirija a causar pánico, pero que no ponga en peligro la vida o el cuerpo).

Se trata de un delito de *peligro concreto,* porque es suficiente la remisión de la carta o encomienda para que el tipo se dé, siempre que realmente tenga potencialidad (o idoneidad) para poner en peligro la vida o salud de una o más personas determinadas o indeterminadas.

b) *Tipo objetivo de la figura*

La *acción prohibida* es *enviar* una carta o encomienda. Enviar es remitir algo, la disposición no hace exigencia en cuanto a la forma de hacerlo, puede ser por correo, por mano o cualquier otra forma apta al efecto. Quedaría excluida la sustitución de una carta corriente ya recibida por el afectado, por una explosiva. Si esta última es descubierta antes de que provoque lesiones o prive de la vida al que la abre, constituiría delito de tentativa de lesiones u homicidio,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

respectivamente, y no así el descrito en el art. 403 bis. Igual sucede con el paquete que se deja abandonado en cualquier lugar para que, cuando alguien lo recoja o abra, explote, toda vez que no ha existido un *envío,* que es el verbo rector del tipo penal.

Lo remitido ha de ser una *carta* o una *encomienda.* La disposición se refiere exclusivamente a esos objetos. Por *carta* se entiende cualquier escrito, normalmente cerrado, que permite a una persona comunicarse con otra. De consiguiente no se comprenden las cartas de un naipe o los mapas empleados para la navegación. *Encomienda,* conforme al alcance que en Sudamérica se le da al término, es un *paquete postal,* de modo que abarcaría a todo paquete que se envíe por correo o por mano.

Para que el tipo penal se configure, tanto la carta como la encomienda han de tener la característica de ser *explosivas,* y siempre que cumplan con el elemento *normativo* señalado en el art. 403 bis, o sea, que *puedan afectar a la vida o a la integridad corporal.* De modo que es insuficiente que sea meramente explosiva, sino que debe tener la cualidad de importar un peligro para la vida o el cuerpo de cualquiera persona.

El tipo penal no requiere de resultado, se reprime la mera remisión del libelo o paquete peligroso.

El sujeto pasivo puede ser cualquiera persona, una o varias de manera indeterminada, tampoco se exige que efectivamente haya corrido peligro, es suficiente que lo haya *podido* correr. De otro lado, si nadie en el hecho sufrió o pudo sufrir un riesgo, no se da la figura.

No está de más señalar que en este delito no entran en juego las circunstancias modificatorias de responsabilidad establecidas en el art. 400, porque esta disposición explícitamente indica que rige sólo para los delitos descritos en los artículos anteriores, y el art. 403 es posterior.

c) Tipo subjetivo

Se satisface con el conocimiento de quién remite la carta o encomienda, que ésta es explosiva y que puede poner en peligro la vida o integridad física de cualquiera persona, mas la decisión de enviarla no requiere que persiga o quiera matar o lesionar, de modo que procede el dolo eventual, además del directo. La culpa queda excluida, si por falta del cuidado esperado se remite

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

una carta que priva de la vida a una persona o la lesiona, el hecho podrá adecuarse al delito culposo de lesiones u homicidio, pero no al sancionado por el art. 403 bis.

d) *Participación e iter criminis*

Puede ser sujeto activo cualquier persona, siempre que haya tenido intervención en el hecho, es posible la coautoría y la participación. El acuerdo entre dos o más personas para enviar la carta, aunque uno se limite a elaborarla y otro a remitirla o entregarla, constituye a ambos en coautores. La colaboración que prestan podría dar lugar a la complicidad, así sucedería si un tercero indica al remisor el lugar donde debe enviar o dejar el paquete o misiva, sabiendo de lo que se trataba.

El delito se consuma con la remisión, el tipo legal no acepta la posibilidad de tentativa y frustración, que llegue o no a su destinatario el objeto, que explote o no, no ofrece trascendencia, por cuanto se consuma desde que se remite. Como todo delito de peligro, quedan excluidas las formas imperfectas de presentación.

e) *Concursos*

La sanción que tiene este delito –presidio mayor en su grado mínimo– es equivalente a la pena del delito de lesiones gravísimas, superior a las que corresponden a las mutilaciones y equivalente a la del homicidio y de la castración en su grado inferior. El resultado muerte, lesión o mutilación quedaría abarcado por el tipo, en tanto señala como posibilidad "que *afecten* o puedan afectar a la vida o integridad corporal". De manera que si se concreta alguno de los resultados recién aludidos (muerte o lesiones), se presentaría una situación de *concurso aparente* de leyes entre las referidas figuras y la del art. 403 bis. Conforme al principio de *consunción,* se resolvería en la aplicación preferente del art. 403 bis, porque el desvalor de esta acción consumiría el resultado lesiones, mutilaciones (salvo la castración), lesiones leves, de mediana gravedad y simplemente graves; pero no se daría la misma situación tratándose de muerte o castración, porque el delito de resultado consume el desvalor del de mero peligro, prefieren, en consecuencia, los tipos de parricidio, homicidio y castración.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY Nº 17.336)

16. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

16.1. Ubicación de estos delitos en el Código

En el sistema nacional los delitos contra el honor están considerados entre aquellos que afectan a las personas, por lo menos sus figuras fundamentales. En el Título VIII, que trata de los crímenes y simples delitos contra las personas, a continuación del duelo, se ubica el párrafo N° 6, *De la calumnia* –arts. 412 a 415–, luego el párrafo N° 7, *De las injurias* –arts. 416 a 420– y termina con el párrafo N° 8, *De las disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores*, arts. 421 a 431.

La Comisión Redactora no siguió el sistema del Código Penal de España de 1848 en cuanto a la ubicación de estos delitos; en lugar de agruparlos en un título independiente, como lo hacía el referido Código, los incorporó entre los delitos contra las personas, quizá influenciado por la opinión que en tal sentido manifestó Francisco Pacheco en sus conocidos comentarios.[368] Tampoco consideró, no obstante, la recomendación de Gandarillas, al delito de *difamación* entre los que atentan al honor,[369] porque estimó que quedaba comprendido en el de injurias; aunque hay Códigos, como el de Alemania y el de Italia, que describen la difamación como tipo penal, si bien con contenidos discutibles.

En la mayor parte de las legislaciones los delitos contra el honor son tratados de modo independiente. Así lo hace el nuevo Código español de 1995, en el capítulo XI del libro segundo.[370]

[368] Pacheco, op. cit., t. III, p. 167; en las Actas no aparece comentario sobre el punto.

[369] Actas de las sesiones N^{os} 84 y 85, de 15 y 17 de mayo de 1872, respectivamente.

[370] Hay sectores de la doctrina que critican en España la ubicación de estos delitos en el Código Penal, que los trata antes que aquellos que protegen la libertad, lo que tendría explicación en que los atentados contra el honor tienen como objeto de protección un bien muy próximo a la dignidad y respeto humano (así Bajo Fernández, op. cit., p. 276).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

16.2. Bien jurídico protegido (el honor y su noción. Honor e intimidad)

Hay acuerdo en la doctrina en el sentido que lo amparado por estos delitos es el *honor,* criterio que coincide con el bien jurídico que históricamente en el pasado se pretendió proteger mediante estas figuras.

En nuestra época se plantea la interrogante de qué se debe entender por *honor* y el límite que su protección debe tener. Las legislaciones, a nivel universal, han incorporado como deber del Estado reconocer y garantizar las libertades de *expresión* y de *información,* derechos que frecuentemente entran en colisión con el bien *honor.* Esta realidad coloca al legislador frente a un serio problema: el enfrentamiento de esos distintos *derechos fundamentales* obliga al sistema a reconocer preeminencia a uno de ellos, decisión que conlleva, a su vez, al sacrificio total o parcial de los otros. Los preceptos de la Constitución son los llamados a determinar cuál es el derecho preferente, según el alcance que su texto les reconoce al honor y a la libertad de expresión, lo que a su vez depende y está en función de una opinión pública libre, consubstancial a todo Estado democrático.[371] Los resultados logrados con la intercomunicación y la proliferación de los medios de información, agravan ostensiblemente la situación, y han obligado a poner especial atención en otro bien, derivado de la dignidad y que se individualiza como *intimidad.* Frente a esta nueva realidad social los sistemas legislativos se han ido quedando a la zaga, y la doctrina indaga y se esfuerza por encontrar enunciados que ofrezcan soluciones adecuadas a los conflictos que se plantean, lo que aún no parece haberse logrado.

Útil es adelantar que las nociones de *honor* e *intimidad* corresponden a ideas y objetos diferentes, sin perjuicio de que se encuentren en íntima relación, como se señalará en los párrafos siguientes.

[371] Bacigalupo, *Estudios de la parte especial del Derecho Penal,* p. 128.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

Concepto de honor

Hay diversas concepciones sobre el *honor*.[372] Existe –entre otras– una noción fáctica, que vincula este bien con un evento de naturaleza real, sea psicológico o social (autovaloración-reputación). Otra concepción es la normativa, que remite su determinación a premisas valorativas, de naturaleza moral, social o jurídica (los merecimientos de una persona considerados desde normas éticas, sociales o jurídicas).

Pero en verdad lo que interesa para el análisis de los tipos penales es la determinación del honor como bien digno de protección según el ordenamiento jurídico nacional.[373] Sin dejar de lado las concepciones de índole doctrinal tradicionales, que pueden estar subyacentes en el sistema, el concepto ha de deducirse de los preceptos que reglan la materia, y es aquí donde la Constitución Política, los Tratados Internacionales y el Código Penal ofrecen importancia.

La Constitución Política, en el art. 1°, expresa: "Las *personas* nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos". Además en el art. 19 N° 4 dispone que la Constitución asegura a todas las personas... "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la *honra de la persona* y de su familia.

Las referidas disposiciones han de relacionarse con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), que en el art. 11 declara que "toda persona tiene derecho al respeto de su *honra* y al reconocimiento de su *dignidad*".

La *dignidad,* en el ámbito jurídico, *es el reconocimiento de la capacidad del ser humano de comportarse conforme a valores, como de su posibilidad de desarrollar su personalidad libremente ejercitando sus propias opciones.*[374] El menosprecio o descrédito de esas posibilidades de parte de terceros que afectan a la autovaloración del sujeto o a la consideración que los demás deben tenerle, es lo que constituye la lesión al honor, que no es otra cosa que

[372] Consúltese al efecto a Vives Antón, op. cit., p. 676.

[373] Concordamos con Bajo Fernández que afirma que "el jurista debe renunciar a obtener un concepto inequívoco de honor, dada la pluralidad de la expresión" (op. cit., p. 284).

[374] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679.

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

una fase de la dignidad. Ello explica que el *honor es igual para todas las personas,* porque es el ejercicio libre de sus personales posibilidades sin pérdida de su autoestimación y del aprecio de quienes las rodean.[375]

Los conceptos de *dignidad* y *honra* aparecen vinculados. *Dignidad* dice relación con la honestidad y decoro del comportamiento de las personas, importa también merecimiento en sentido positivo; *honor* involucra cualidad moral, buena reputación. En realidad, *el sentido del honor se acrecienta equiparándose a la dignidad humana,*[376] se puede estimar, por lo tanto, que "la dignidad de una persona, como sujeto de derecho, constituye la esencia misma del honor y determina su sentido".[377] Los *ataques inmediatos a la dignidad en sus concreciones menores, serían ataques al honor,* en sus dos aspectos: *autoestima* (honor interno) y *reputación*[378] (honor externo). El honor se alza entonces como una noción amplia, comprensiva del conjunto de derechos fundamentales que constituyen la dignidad, "es el derecho a ser respetado por los demás, a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros".[379] En el sentido indicado es un bien complejo, que se integra o complementa por dos fases, el honor *subjetivo* (o interno) y el honor *objetivo* (o externo). El honor en sentido amplio es un bien de índole *objetiva*: conjunto de valores jurídicos de naturaleza político-social de una sociedad concreta, que ésta reconoce como inherente a todo individuo de la especie humana por el solo hecho de serlo; en el sistema nacional la Carta Fundamental se ha limitado a declararlo y reglarlo, como algo preexistente.

Considerado el honor en el sentido indicado, hay que concluir que *es igual para todos los hombres y mujeres,* en atención a que conforme al art. 1° de la Constitución son *iguales en dignidad y derechos.* Esta disposición debe relacionarse con el art. 19 de la Constitución, que en su N° 2 garantiza la *igualdad ante la*

[375] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679; Bajo Fernández, op. cit., pp. 284-285.

[376] Muñoz Conde, *D. P., parte especial,* p. 96.

[377] Vives Antón, op. cit., p. 677.

[378] Vives Antón, op. cit., p. 678.

[379] Bajo Fernández, op. cit., p. 284.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

ley y declara que en Chile no hay *persona ni grupo privilegiados.* De suerte que todo individuo, por el solo hecho de vivir en sociedad, debe ser tratado como *persona,* y no como *cosa;*[380] por lo tanto, se es titular del *derecho al honor* por tener la calidad de ser humano,[381] derecho que consiste en exigir respeto de los demás sujetos y que –a su vez– conlleva la obligación de respetar a los otros miembros de la sociedad y darles un tratamiento digno.

Como señala García Pablos, el honor, por el peso del principio de la igualdad, se desliga de concepciones aristocráticas, plutocráticas o meritocráticas, y corresponde a un contenido general.[382] Sin perjuicio de lo señalado, hay sectores que aceptando que el honor es una faceta de la dignidad, afirman que existe una notoria diferencia entre ambos bienes. La dignidad es inviolable, sostienen, pero el honor, como derecho reconocido y digno de protección, no lo es.[383]

Si bien todos los hombres tienen la *misma dignidad* y merecen el *mismo honor* desde la perspectiva del ordenamiento jurídico,[384] los menoscabos que cada individuo puede sufrir han de ser evaluados considerando las circunstancias concretas y sus condiciones particulares, pues las modalidades de trato –por ejemplo– son diversas según se refieran a un adulto o a un niño.[385] El honor de todo sujeto es el mismo por mandato de la Constitución, pero el establecimiento fáctico de la posible lesión de ese bien ha de determinarse y mensurarse en cada situación concreta atendidas las peculiaridades y circunstancias del afectado, y de la situación en que se encontraba.

[380] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679.

[381] Esta visión del honor fue esbozada, aunque de manera incipiente, por el autor en su obra *Los delitos contra el honor,* Santiago, 1963, p. 10.

[382] Citado por Vives Antón, op. cit., p. 678.

[383] Cobos Gómez de Linares, op. cit., p. 256.

[384] Es interesante sobre este punto hacer notar el comentario que hizo uno de lo miembros de la Comisión Redactora de la Constitución, Jaime Guzmán, cuando se discutía la redacción del art. 19 de la C.P.R.: "toda persona tiene derecho a un grado de honra. ¿A qué grado? Aquel que emana de la dignidad de la persona humana. Eso no lo pierde nunca" (Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales,* Santiago, 1986, p. 182).

[385] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679; Bajo Fernández, op. cit., p. 285.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

A. *Honor interno* (o subjetivo)

Puede expresarse como la noción que posee todo individuo de su propia *dignidad,* del sentimiento de su valía en relación con sus semejantes. Está conformada por aquella consideración que los demás habitantes y el Estado mismo le deben por la sola circunstancia de ser persona. La deshonra se mide por lo que socialmente se tiene por valioso o desvalioso.[386]

Hay autores que mantienen un concepto más subjetivo y abstracto del honor interno, como Etcheberry, que lo entiende como "la voluntad de afirmar el propio valer o mérito ante los demás".[387]

B. *Honor externo* (u objetivo)

Corresponde a la *fama* o *reputación,* es la opinión que los demás tienen sobre una persona, normalmente corresponde a la concreción material del honor subjetivo. En general, las personas no tienen una opinión formada de las otras, en las ciudades sobrepobladas es imposible que esto se produzca, salvo en relación a un círculo muy reducido de sujetos vinculados socialmente, por motivos laborales, deportivos y análogos, o tratándose de personalidades públicas, como los políticos, artistas, grandes empresarios. En esta época donde los medios de publicidad e información son abundantes y de fácil acceso, lo frecuente es que se "fabrique" o "construya" una reputación por los referidos medios. De consiguiente, lo habitual es que no se destruya una buena reputación, sino que se *cree una* conforme a las pretensiones del que persigue desacreditar, por lo tanto, se trata de un bien jurídico que sólo se posee potencialmente. Resultaría más adecuado para los atentados a este tipo de honor el término *difamar,* que no es destruir una fama determinada, sino formar una negativa.

[386] Laje Araya, op. cit., t. II, p. 293.
[387] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 109.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

C. *Honor e intimidad*

Estas nociones están íntimamente ligadas,[388] Por *intimidad* se entiende aquel *espacio de privacidad que les es reconocido a todo individuo y al grupo familiar, el derecho que tienen a mantenerse apartados del resto de las personas en determinados momentos y lugares.* Para precisar el objeto de protección de la intimidad podría expresarse –siguiendo a Bacigalupo– que es el "ámbito de la vida altamente personal, especialmente en lo que se refiere a la vida familiar y sexual y al estado de salud".[389] En términos muy expresivos se ha propuesto por algunos constitucionalistas esta noción: "ámbito en que el ser humano y la gente de sus afectos conviven, conversan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la *intervención o presencia de terceros.*[390] Algunos autores distinguen tres clases de intimidad: la vinculada a la esfera *privada,* esfera *íntima* y esfera del *secreto,* aunque se prefiere distinguir únicamente entre las dos primeras clases. La *íntima* comprendería el ámbito interno de la vida al que no tiene acceso el mundo, en tanto que la *privada* sería una noción más amplia, "relativa al sector vital que se manifiesta y es accesible a cualquiera, v. gr., el número de hijos, estudios, viajes, etc.", aunque se discute si se extiende a los aspectos económicos, en particular bancarios.[391] La intimidad está expresamente protegida por la Constitución en el art. 19 N° 4 cuando asegura "la protección a la vida privada", y en el N° 5 se asegura "la inviolabilidad del hogar y de toda comunicación privada". El Código Penal, con fundamento en esa garantía, al año 1995, incorporó en el Título III del Libro II, que se ocupa de los delitos que afectan a los derechos garantizados por la

[388] Cfr. Cobos de Linares, op. cit., p. 256; Bajo Fernández, op. cit., p. 283.

[389] Bacigalupo, op. cit., pp. 150-151.

[390] Evans de la Cuadra, op. cit., t. I, p. 172.

[391] Abelardo Rivera Llano, "La protección de la intimidad y el honor y la informática", en *Estudios Penales,* Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez, edición dirigida por Jorge E. Valencia, p. 172, Bogotá, 1884.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Constitución, el párrafo N° 5, "De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia", arts. 161 A y B, figuras delictivas dirigidas a la protección de la intimidad, si bien de modo incipiente, empleando expresiones de alcance discutible, como *conversaciones, comunicaciones, documentos, imágenes o hechos de carácter privado, recintos particulares, lugares que no sean de libre acceso al público.* Estos tipos penales castigan con penas privativas de libertad y de multa a aquellos que en recintos que no sean de libre acceso, y sin autorización del afectado, "capten, intercepten, graben o reproduzcan conversaciones o comunicaciones de carácter privado". Se castiga también a quien sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos privados.

El honor en sentido amplio podría abarcar a la intimidad, sería una de sus facetas, pero son bienes conceptual y jurídicamente separables, y tan es así que puede atentarse a la intimidad y no al honor,[392] como sucede con las indiscreciones sobre materias veraces, que no afectan a la propia estimación o a la fama (una enfermedad grave del afectado, la participación de un pariente en un hecho bochornoso, exhibir fotografías en que el sujeto está desnudo tomando sol en su jardín). Esta diferencia entre honor e intimidad ha inclinado al legislador a establecer sistemas de protección penal independientes para uno y para otro,[393] en el Código Penal. La distinción –entre otros aspectos– tiene repercusiones en instituciones como la *exceptio veritatis,* que en el caso de los atentados a la intimidad –en principio– no debería proceder, aunque sí en la injuria y la calumnia.

16.3. Honor y presunción de inocencia

La presunción de inocencia es otra manifestación del derecho al honor y consiste en "recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen

[392] Cfr. Bacigalupo, op. cit., pp. 150-151; Vives Antón, op. cit., pp. 680-681; Cobos de Linares, op. cit., p. 257; Bajo Fernández, op. cit., p. 283.

[393] Cfr. Bacigalupo, op. cit., p. 150.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo", principio que tendría aplicación en las situaciones extraprocesales,[394] porque lo perseguido en el proceso penal es precisamente destruir la presunción de inocencia, para someter a proceso, acusar y condenar al inculpado.

16.4. El honor y la libertad de expresión e información

Como se ha expresado en los párrafos precedentes, el *derecho al honor* está garantizado para todas las personas por la Carta Fundamental, pero ésta a su vez garantiza otros derechos de particular trascendencia en los Estados democráticos, como son los de *emitir opiniones y de informar;* estos derechos son los que con más frecuencia entran en colisión con el honor y la intimidad.

El art. 19 de la C.P.R., en el inciso primero de su N° 12 expresa: "La Constitución asegura a todas las personas:

12. La libertad de *emitir opinión* y la de *informar,* sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de *responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades,* en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado".

La determinación de los límites de esta última libertad y del derecho al honor es una de las materias que más controversia suscita tanto a nivel legislativo como judicial, en particular en el plano penal. El honor está protegido penalmente con los delitos de injuria y calumnia, pero también se ampara el derecho de las personas para emitir opiniones o difundir informaciones, y es en el ejercicio de esta última facultad donde se pueden cometer atentados al referido bien, situaciones que corresponde resolver determinando y considerando cuál es el *interés preponderante* en cada caso. En este último aspecto es donde se generan problemas sistemáticos, problemas que hay que dilucidar con los principios político-jurídicos imperantes. El origen de esos principios está en la universalización del reconocimiento y consagración de los

[394] Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de España, el año 1986, citada por Vives Antón (op. cit., p. 681).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

derechos a la *información* y a la *libertad de expresión*, considerados como sustrato inescindible de todo Estado democráticamente organizado.

En este párrafo no es posible hacer un análisis de un asunto tan complejo como el propuesto, de modo que sólo se enunciarán algunos de los principios a considerar.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el derecho al honor aparece protegido por los delitos de injuria y calumnia, que constituyen la concreción legal de la protección constitucional del derecho al honor; pero esa protección del legislador no puede superponerse a la voluntad del propio constituyente en cuanto a la amplitud que reconoce al ejercicio a la libertad de expresión y de información, que, a su vez, establece como el principal pilar de una sociedad democrática. De consiguiente, es insuficiente que una información pueda formalmente ser típica y configurar un delito de injuria, porque podría estar *justificada* por el art. 10 N° 10, o sea, por el *ejercicio legítimo de un derecho* (el de expresión e información). La ponderación de tales situaciones se ha de hacer considerando entre ambos intereses, cuál es el *preponderante*, y para establecerlo hay que tener en cuenta los aspectos *axiológicos en juego* tanto de la norma a aplicar como de los sucesos reales en análisis, en definitiva los presupuestos meramente formales son insatisfactorios. Según las alternativas, es posible que la libertad de expresión tenga preeminencia sobre el derecho al honor, atendida su naturaleza trascendente para la existencia y funcionamiento del *Estado* en su concepción pluralista libertaria. En este caso, a pesar de la adecuación formal de la expresión o información a un tipo penal, puede constituir el autorizado ejercicio del derecho de expresión, o sea, tratarse de una actividad legítima. La libertad de opinión y de información adquieren en un Estado democrático carácter constitutivo tratándose del ejercicio del derecho a intervenir en la formación de una voluntad política en la sociedad[395] y puede, en determinadas circunstancias, alcanzar rango superior al honor.[396]

En general, corresponde que la información y la opinión (crítica) sobre personas *públicas* sean apreciadas con parámetros

[395] Bacigalupo, op. cit., p. 130.

[396] Bajo Fernández, op. cit., p. 294.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

mucho más amplios respecto de los posibles atentados al honor, siempre que esa divulgación se presente como necesaria para cumplir los objetivos preeminentes de un adecuado conocimiento de la comunidad sobre el quehacer de aquellos que tienen figuración con esas características; no sucedería lo mismo si se trata de personas que no poseen esa calidad. Tal posición en el ordenamiento jurídico penal quedó de manifiesto con la modificación que la Ley N° 20.050 del año 2005 efectuó al N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política –cuyo texto primitivo aseguraba la "protección a la vida privada y *pública*"– reduciendo esa protección exclusivamente a la "vida privada", excluyendo la pública. Sin perjuicio de lo anotado, quedan excluidas de protección las denominadas *injurias absolutas* o formales: aquellas que en sí mismas y por naturaleza son afrentosas, porque la dignidad siempre es merecedora de respeto. Se requiere además que la opinión o la información se base en hechos subjetivamente veraces, que quien la expresa o publicita las crea ciertas, para lo cual ha de agotar –dentro de sus posibilidades– los medios para verificar su conformidad con la realidad (a pesar de que objetivamente puedan no serlo). Cuando el sujeto actúa en conocimiento de la falsedad de su información y ésta objetivamente no corresponde a la verdad, la protección del honor lesionado con ella rige en plenitud.

Como criterio rector, se puede expresar que el derecho al honor, como también la privacidad o intimidad, están en posibilidad de ser sobrepasados por la información, siempre que exista un interés público en ello. Si existe un interés en la sociedad, superior y general, en conocer determinadas conductas o actos de una persona, aunque sean privados o se vinculen con su dignidad, los derechos de esa persona pueden ser sacrificados en pro del interés superior social. Principios análogos pueden hacerse extensivos al respeto de la *presunción de inocencia.*

16.5. La injuria

A. *Concepto del delito. Tipo objetivo*

El art. 416 define el delito de injuria en los siguientes términos: "Es *injuria* toda expresión proferida o acción ejecutada en *deshonra,*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

descrédito o menosprecio de otra persona". El delito se caracteriza por ser una exteriorización de un "contenido significativo"[397] de menosprecio o descrédito, que puede lesionar tanto el honor *subjetivo* como el *objetivo* y llevarse a cabo mediante la palabra oral o escrita, con gestos, alusiones, dibujos y cualquier forma viable de transmitir el pensamiento.

El legislador alude a dos formas: *expresión* y *acción;* la primera se refiere a la palabra hablada, la segunda comprende cualquier sistema de manifestar una opinión que no sea la palabra hablada, quedan comprendidas en la voz *"acción"* formas de expresarse como la palabra escrita (art. 422), las caricaturas, los movimientos, las alusiones. El Código es expresivo en el art. 421 al aludir a distintas formas de cometer una injuria.

No es necesario que la expresión proferida o la acción ejecutada sean *objetivamente* ofensivas, con frecuencia lo serán; pero es suficiente que –no obstante que por naturaleza no tengan un sentido afrentoso– alcancen tal significación atendida la forma como se exteriorizaron, la ocasión y demás circunstancias concurrentes.

No hay acuerdo en si la *omisión* es una forma punible de injuriar. De la descripción que hace el art. 416 se desprendería que necesariamente la injuria tiene que cometerse mediante *acciones* –conductas positivas–, pues alude a expresiones proferidas o acciones ejecutadas, lo que supone un comportamiento activo. No obstante, en la literatura jurídica nacional se acepta que se puede cometer el delito mediante una omisión, pero limitando la posibilidad a la situación en que el ofensor se encuentra en posición de garante en relación al ofendido, o sea, cuando el ordenamiento le impone guardar ciertas formalidades de respeto o tratamiento respecto del segundo, formalidades o tratamiento que omite[398] (dejar al superior con la mano estirada negándole el saludo). En España hay autores que así lo sostienen,[399] pero existen también opiniones en contrario, que estiman que la omisión no procede en esta clase de delitos.[400]

[397] Vives Antón, op. cit., p. 693.

[398] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 199; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 113; Bustos, *Manual*, p. 167.

[399] Muñoz Conde, op. cit., p. 98.

[400] Vives Antón, op. cit., p. 695.

Las injurias, según la forma de ofender que emplee el agente, se clasifican en *directas* e *indirectas*. Directa es la que derechamente se dirige en contra del ofendido e indirecta pasa a ser la que *oblicuamente* repercute en la víctima, como sucede si se deshonra a una persona empleando a una tercera como referencia (cuando el agente se dirige a dos sujetos, Pedro y Diego, y afirma: Diego no es el ladrón, dejando entender que Pedro sí lo es). Se hace distinción también entre injuria *manifiesta* y *encubierta* o *larvada*. Manifiesta es aquella que no deja lugar a dudas sobre su naturaleza ofensiva, en tanto que encubierta es una ofensa disfrazada, equívoca, que conforme al art. 423 permite que la persona aludida exija "explicaciones satisfactorias acerca de ella", si el autor no las da o las que expresa no son satisfactorias, se le castiga como responsable de injuria manifiesta. El legislador distingue además las ofensas hechas por *escrito y con publicidad* de las restantes formas de injuriar. Según la intensidad del atentado y para los efectos de determinar la penalidad, la ley penal clasifica las injurias en *graves, leves* y *livianas*.

B. *Tipo subjetivo*

Tanto la injuria como la calumnia requieren de dolo, este punto no se discute. Tampoco se discute la imposibilidad de que en estos tipos penales se dé la alternativa de la *culpa*, hay acuerdo en que la culpa no es concebible en estos delitos atendida la exigencia subjetiva del art. 416: *en deshonra, descrédito o menosprecio*, que supone en el agente el conocimiento de que su expresión o acción, en las circunstancias en que fue proferida o realizada, tenía un sentido agraviante para otra persona. Ese saber a que se refiere la disposición, acompañado del querer actuar, es lo que constituye el dolo.

La falsedad o veracidad objetiva de la afirmación es materia distinta al tipo subjetivo, y para los efectos del tipo penal podría afirmarse que carece de relevancia jurídica; puede sí tenerla para efectos de la *exceptio veritatis*, que tiene como fin limitar la protección del honor al *exactamente merecido*.

Esta visión del tipo subjetivo puede ser diferente, según el alcance que se dé al denominado *animus injuriandi*, que algunos

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

consideran como integrante del elemento subjetivo del tipo, además del dolo (como elemento subjetivo del injusto).[401]

El *animus injuriandi* generalmente se concibe como un *animus necandi* especial, como una voluntad de causar un daño al ofendido, diverso al dolo, que involucra el conocimiento que la acción o expresión es objetivamente agraviante para la víctima. Autores como Pacheco,[402] Gustavo Labatut,[403] Bustos,[404] Vives Antón,[405] Cobos Gómez de Linares,[406] fundamentados en la preposición "en" que emplea el art. 416, piensan que el tipo penal requiere de una intencionalidad dirigida específicamente a deshonrar, menospreciar o desacreditar, para que haya injuria. Bustos sostiene que tal exigencia permite el ejercicio de la libertad de información y de crítica, que sería ajena a la posibilidad de probar la verdad; de consiguiente, la diferencia entre el delito y la información radicaría en que en el primer caso se ha pretendido dañar la honra del ofendido, en tanto que en el segundo sólo se ha querido dar una opinión o informar.

Como se sostuvo en otra oportunidad,[407] no parece necesario diferenciar o exigir una particular intencionalidad además del dolo inherente al delito de injuria. El conocimiento del alcance agraviante que objetivamente tiene la expresión o acción y de que al exteriorizarla en las circunstancias del momento producirá en la realidad tal efecto, es lo que constituye el dolo y a su vez el elemento subjetivo para que se dé el tipo descrito en el art. 416, sin necesidad de *animus* especiales. La doctrina, aparentemente, en el hecho incorpora el *animus injuriandi* al dolo. Es indudable que las expresiones empleadas por el art. 416 suponen una voluntariedad dirigida a ofender (en deshonra, descrédito...), voluntad que conlleva un conocimiento cierto de que la acción o expresión alcanzará en la realidad tal efecto, lo que margina la posibilidad

401 Bajo Fernández, op. cit., p. 290.
402 Pacheco, op. cit., t. III, p. 479.
403 *D. P.*, t. II, p. 200.
404 *Manual*, p. 168.
405 Op. cit., p. 691.
406 *Manual, parte especial*, t. I, p. 264.
407 Garrido, *Los delitos contra el honor*, pp. 95 y 228.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

de dolo *eventual,*[408] porque con ese dolo el autor duda o ve como simple posibilidad que se produzca el referido efecto.

Conforme la teoría del *animus injuriandi, este elemento subjetivo* quedaría descartado por la concurrencia de otros *animus,* como el *narrandi* (de contar), *criticandi* (de hacer crítica), *jocandi* (de hacer broma) entre muchos otros. Esta posición, según los partidarios de esa doctrina, garantiza el ejercicio del derecho a informar y la libertad de expresión, al permitir difundir el pensamiento sin el peligro de ser acusado de ofender, cuando sólo se ha querido ejercer los derechos indicados. Al considerar el *animus injuriandi* como elemento del tipo subjetivo, si falta ese *animus,* se excluiría el tipo penal.[409]

Podría sostenerse que en el sistema nacional la doctrina del *animus injuriandi* como elemento del tipo subjetivo en la injuria encontraría respaldo en la Ley sobre Libertad de Opinión e Información, que en su art. 29 dispone que "No constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el *propósito de injuriar,* además del de criticar"; pero resulta obvio que este precepto no está aludiendo a un *animus* determinado, sino que al dolo directo, que como se desprende del tenor de la disposición, puede coexistir con el de criticar.

Para otros sectores el *animus injuriandi* tendría relación con la antijuridicidad del acto (con su licitud), porque la facultad de opinar o informar serían normas permisivas (causales de justificación). Constituirían derechos reconocidos por el sistema (por la Constitución y por el Código Penal). El ordenamiento jurídico según las circunstancias puede llegar a sacrificar el derecho al honor frente a intereses más preponderantes, como serían la conveniencia de que la opinión pública se sustente en la verdad de lo que sucede en el quehacer social, y de que se ejerza libre y adecuadamente el control sobre los actos de los detentadores

[408] Autores como Etcheberry consideran que el dolo eventual es posible en esta clase de delitos (*D. P.*, t. III, p. 122).

[409] Ésta es la doctrina que frecuentemente ha sido sostenida por la Corte Suprema (véanse *Fallos del Mes,* N° 405, año 1992, S. N° 4, p. 536 y N° 6, p. 540; N° 450, año 1996, S. 8, p. 1039).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

de la autoridad y del poder, como una de las mejores formas de prevenir la corrupción y el nepotismo. La tesis de que el *animus injuriandi* excluiría el tipo subjetivo cuando concurren otros *animus,* como el *narrandi,* el *defendendi,* no se puede compartir. Hay cierto consenso en el sentido de que pueden concurrir dichos *animus* coetáneamente con el de injuriar.[410] De manera que además de querer informar, criticar u opinar, se puede también querer ofender a un tercero, esos *animus* no siempre y necesariamente descartan al de injuriar.

En resumen, el tipo subjetivo en la injuria no requiere de un elemento particular fuera del dolo; pero éste debe ser *directo* y, por lo tanto, queda excluida la posibilidad de una injuria con dolo *eventual.* También queda excluida la posibilidad de *culpa,* el texto del art. 16 margina su procedencia.

C. *Clases de injurias atendida su gravedad*

Atendida la naturaleza de la ofensa y la publicidad que se le dé, las injurias pueden clasificarse en tres grupos: *graves, leves y levísimas.*

D. *Injurias graves*

Están descritas en el art. 417, que señala: "Son injurias graves:

1°. La imputación de un *crimen o simple delito* de los que *no* dan lugar a procedimiento de oficio.

2°. La imputación de un *crimen o simple delito penado* o *prescrito.*

3°. La de un *vicio o falta de moralidad* cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado.

4°. Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren *tenidas en el concepto público por afrentosas.*

5°. Las que *racionalmente* merezcan la calificación de graves atendido el *estado, dignidad y circunstancias* del ofendido y del ofensor".

[410] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 123.

FOTOCOPIA DE LIBROS EN DERECHO - LYON 1238

La disposición transcrita señala cinco casos en que las ofensas deben ser calificadas como *graves,* los que requieren de cierta explicación.

En el N° 1 se expresa que la *imputación de un crimen o de un simple delito no pesquisable de oficio* constituye ofensa grave; como se verá al comentar la calumnia, la imputación de estos mismos delitos cuando son pesquisables de oficio constituye *calumnia.* La *falta* queda excluida, sin perjuicio de que pueda conformar una injuria leve o levísima, según tenga o no publicidad. De suerte que son injurias graves las imputaciones de crímenes o simples delitos no perseguibles de oficio, situación en que se encuentran los delitos que dan origen a la *acción privada.* Estos delitos están enumerados en el art. 55 del C.P.P., y son aquellos cuya acción sólo puede ser ejercida por el ofendido o su representante legal, no así el ministerio público; además, las acciones a que dan origen presentan formas particulares de extinción. Entre estas figuras se pueden citar la provocación a duelo, la calumnia y la injuria. Se incluyen también en este grupo los delitos de acción pública previa instancia particular que en realidad son delitos de acción pública con modalidades, porque exigen para que pueda iniciarse el proceso denuncia del ofendido o de su representante legal a la justicia o a la policía (art. 54 del C.P.P.), una vez cumplido el trámite, se siguen de oficio por el fiscal respectivo y, en general, terminan en la misma forma que los delitos de acción pública. Son de esta clase de acción el delito de *violación* de morada (art. 144) y las lesiones de mediana gravedad (art. 399). En estos últimos delitos entre otros de previa denuncia corresponde distinguir dos alternativas: si un delito de violación de morada o de lesión menos grave ya ha sido denunciado y se atribuye falsamente a una persona, tal imputación constituirá calumnia, porque se trata de un delito pesquisable de oficio; si no ha sido denunciado y se atribuye a un tercero, su imputación puede calificarse como injuria grave, porque calza en el N° 1 del art. 417.[411]

Constituye injuria grave la atribución de un crimen o simple delito *penado o prescrito.* Entre las formas de poner término a la responsabilidad penal está el cumplimiento de la pena y el trans-

[411] Cfr. Garrido, *Delitos contra el honor,* p. 234; Etcheberry, *D. P.,* t. III, pp. 124-125.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

curso del tiempo, a estas situaciones se refiere el N° 2 del art. 417. Si se atribuye un delito prescrito o penado, tal imputación no es calumnia, porque este delito comprende sólo la imputación de los actualmente pesquisables de oficio, y aquel cuya pena está cumplida o cuya acción o castigo ha prescrito, no tiene esa calidad.

Otra injuria grave es la descrita por el art. 417 en su N° 3, y consiste en la atribución de un *vicio o falta de moralidad* cuya práctica pueda perjudicar el honor de manera *considerable. Vicio* es un mal hábito, o un exceso en cuanto una costumbre, un defecto, en tanto que *falta de moralidad* es incurrir en cualquier atentado a la ética, aun circunstancialmente. No se trata de atribuir un simple vicio o falta, ha de consistir en uno que pueda afectar gravemente la reputación o los intereses del agraviado.

En el N° 4 el Código Penal se refiere a las injurias que en *concepto público* se tengan por afrentosas. Se incorpora aquí un elemento *normativo cultural* al que el tribunal debe acudir en cada caso para valorar la ofensa, no lo puede hacer conforme su particular criterio, sino ateniéndose a aquel concepto público que tendrá que determinar en forma previa.

Por último, el N° 5 se refiere a las injurias que *racionalmente* merezcan el calificativo de graves atendidas las condiciones del ofensor y del ofendido, noción cuyo sentido es claro.

La sanción que merece este delito está precisada en el art. 418, que a su vez considera el medio empleado para cometerlo, si se hizo o no por *escrito y con publicidad.* El art. 422 señala cuándo se entiende que han sido hechas por escrito y con publicidad: "cuando se *propagaren* por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera". Esta norma ha sido complementada por la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información, que en su artículo 2° expresa: "Para todos lo efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para trasmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado"; en su inciso segundo entiende por diario todo periódico que se publique a

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

lo menos cuatro veces en cada semana. Esta ley, además, en su artículo 29 expresa que "Los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418 inciso primero y 419 del Código Penal", más las multas que precisa. O sea, mantiene las penas privativas de libertad del Código sin modificaciones, pero aumenta ostensiblemente las pecuniarias que van desde un mínimo de veinte a un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias mensuales, según los casos que en esa disposición se distinguen.

Tratándose de injurias que no se hayan hecho por escrito y con publicidad, "las penas serán *reclusión* menor en su grado mínimo *y multa* de seis a diez unidades tributarias mensuales".

E. *Injurias leves y livianas*

El art. 419 sanciona las injurias leves en los siguientes términos: "Las injurias leves se castigarán con las penas de *reclusión* menor en su grado mínimo *y multa* de seis a diez unidades tributarias mensuales cuando fueren *hechas por escrito y con publicidad. No* concurriendo estas circunstancias se penarán como *faltas*".

De modo que cuando las ofensas no se puedan calificar de graves, cualquiera sea su naturaleza y siempre que hayan sido hechas *por escrito y con publicidad,* constituyen injurias *leves,* y merecen la sanción recién señalada.

Las mismas ofensas antes indicadas –o sea, aquellas que no pueden calificarse de graves, sin importar su naturaleza– han de reputarse como *livianas* y constituyen *faltas,* que se castigan con la sanción indicada en el art. 496: "Sufrirán la pena de *multa* de una a cuatro unidades tributarias mensuales: N° 11: El que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, *no siendo por escrito y con publicidad".*

De manera que las ofensas que no pueden calificarse de graves conforme al art. 417, constituyen injurias *leves* si han sido hechas por escrito y con publicidad; si no se ha empleado este medio de ejecución, se califican como *livianas* y se castigan como faltas. No hay, de consiguiente, injurias de mediana gravedad. Entre las múltiples anomalías que ofrece la tipificación de este delito, la

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

ausencia de un criterio racional general evaluador de las injurias es una de las más ostensibles.

F. *Los sujetos activo y pasivo en la injuria*

Sólo las personas naturales pueden ser autoras o víctimas de injuria; las personas jurídicas escapan al alcance que el Título VIII da a la voz "personas". Por lo demás, el honor es una manifestación de la "dignidad", cuyo titular son exclusivamente las personas naturales.[412]

16.6. La antijuridicidad y la injuria

La antijuridicidad será comentada en los párrafos siguientes, luego que se analice el delito de calumnia, porque lo que se diga sobre esa materia afecta en igual forma a ambas figuras.

16.7. La calumnia

A. *Noción del delito*

El Código Penal se refiere a la calumnia con antelación a la injuria, pero se ha estimado por razones metodológicas que parece más adecuado hacerlo a la inversa. Como se adelantó en párrafos anteriores, el delito de calumnia puede calificarse como una clase particular de injuria,[413] sin perjuicio de que tal afirmación pueda ser discutible.

El art. 412 define lo que se entiende por calumnia: "Es calumnia la imputación de un *delito determinado* pero *falso* y que pueda actualmente *perseguirse de oficio*".

[412] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 306.

[413] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 691; Bustos, *Manual*, p. 171; Muñoz Conde, op. cit., p. 103; Creus, op. cit., p. 136; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 110.

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 18.443

B. *Tipo objetivo*

La característica de este delito es que consiste en una imputación o atribución de un hecho delictivo a una persona, sin que tenga interés el medio empleado para hacerlo, normalmente será la palabra oral, pero también puede ser la escrita, o un gesto, las alusiones, dibujos y cualquier otro medio idóneo. El delito está descrito como tipo de acción, pero se discute si se presentan casos de *comisión por omisión,* no parecen posibles situaciones en que personas, encontrándose en posición de garantes del honor de la víctima, pudieran ser los calumniadores; amplios sectores doctrinarios descartan tal posibilidad.[414]

La imputación tiene que consistir en la atribución de un *crimen o un simple delito,* la de una falta queda descartada. Cuando se atribuye una falta, la ofensa puede constituir injuria, pero nunca calumnia. Si bien el art. 412 exige que se trate de *un delito,* sin especificar su gravedad, la limitación a los crímenes y simples delitos se desprende de los arts. 413 y 414, que determinan las sanciones que corresponden a la calumnia, preceptos que refieren exclusivamente a la imputación de un *crimen* o de un *simple delito,* dejando fuera a las *faltas.*[415]

El *crimen* o *simple delito* imputado en la calumnia puede ser doloso o culposo, el art. 412 no distingue, y conforme al art. 4° ambas posibilidades quedan comprendidas por la expresión "delito".[416]

Para constituir calumnia debe cumplir con ciertas condiciones y puede ser atribuido sólo a una persona *natural,* en calidad de *autor, cómplice o encubridor;*[417] las personas jurídicas quedan excluidas porque carecen de responsabilidad penal (art. 58 inc. 2° del C.P.P.).

La calumnia no puede referirse a cualquier hecho delictivo, el delito que se imputa tiene que cumplir con estas características: a) ser *determinado,* b) *falso* y c) *actualmente pesquisable de oficio.*

[414] Entre ellos, Bustos, *Manual,* p. 171.
[415] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 640.
[416] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 128.
[417] Muñoz Conde, op. cit., p. 103.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a) *Atribución de un delito determinado*

El delito en que consiste la ofensa debe estar precisado en sus circunstancias fundamentales, porque el art. 412 exige que sea *determinado.* La imputación ha de precisar quién es la persona que tendría responsabilidad en el hecho, en qué consiste, cuándo y el lugar en que se cometió (recuérdese que un delito prescrito o penado no es calumnia, sino injuria grave) y todas aquellas circunstancias que hagan posible determinarlo. Afirmar de alguien que es un estafador, o un violador no constituye calumnia (podría ser injuria), porque no consiste en la atribución de un hecho determinado, el agente se ha limitado en este caso a señalar una característica negativa del agraviado. No ofrece importancia la fase de ejecución que alcanzó el hecho, puede tratarse de un delito *consumado, frustrado o intentado;* tampoco ofrece interés la circunstancia que su calificación jurídica no sea la correcta[418] (sindicar a una persona como autora de estafa y en verdad se trata de un hurto).

b) *Falsedad del delito*

La *falsedad* del delito es otra condición que debe cumplirse en la calumnia. La falsedad *debe ser subjetiva,* que el calumniador conozca la mendacidad de su imputación, o sea, ha de tener conciencia de que lo que atribuye a un tercero no concuerda con la realidad o de que carece de antecedentes adecuados que den verosimilitud a esa aseveración. El delito debe ser real para el sujeto activo, por lo menos en cuanto a sus elementos típicos esenciales, no importa que se limite a suponer las circunstancias secundarias. Esa posición subjetiva de quien hace la atribución es fundamental en el tipo calumnia, en atención a que puede eximirse de sanción probando que él verdaderamente creía en la efectividad de su aseveración, o que ésta está respaldada por antecedentes verosímiles, situaciones que marginarían la posibilidad de que haya actuado con dolo.

El tipo penal objetivo de calumnia no requiere que el delito en que consiste no se haya realizado en la realidad, o que en el mismo el ofendido no haya tenido intervención. *El tipo calumnia no exige*

[418] Vives Antón, op. cit., p. 691.

FOTOCOPIA DE LIBROS EN MERCADO LIBRO

la falsedad objetiva del delito, sin perjuicio del efecto liberatorio de pena que una prueba en este último sentido pueda tener en el proceso, prueba que constituye la *exceptio veritatis,* materia a la cual se hará referencia en los párrafos siguientes. La falsedad a que alude el art. 412 es de carácter subjetivo, no objetivo. Y ello es así porque en caso contrario sería el agraviado quien tendría que entrar a probar la no existencia del hecho o su ninguna participación en el mismo, porque a él le correspondería acreditar la existencia de los elementos del tipo objetivo –entre los cuales estaría la falsedad de la imputación–, lo que resulta absurdo. En tanto que sí corresponde al tribunal o al calumniador acreditar la veracidad de la imputación, porque al existir esa prueba, la pena que corresponde a la calumnia deja de ser necesaria liberándose de la misma al inculpado, porque la atribución ha resultado útil para poner en evidencia hechos que son merecedores de sanción por revestir el carácter de delito, o tienen importancia social por incidir en la función pública que sirve el ofendido.[419]

"De modo que el tipo objetivo en la calumnia no se integra con la circunstancia de ser falso objetivamente el hecho delictivo atribuido, por lo menos por tres razones:

1) Una de índole teleológico: la calumnia es un delito contra el honor, ampara la dignidad de los seres humanos y, como tal, vela porque el tratamiento entre ellos sea adecuado y respetuoso, lo que constituye un derecho inherente a toda persona por el solo hecho de nacer (art. 1° de la Constitución Política). Ese derecho es un bien jurídico que se ampara con independencia de la realidad o falsedad de la imputación ofensiva. En ambos casos es delito, la liberación de la pena que trae aparejada la denominada *exceptio veritatis* es otra cosa. La naturaleza de la imputación es siempre calumniosa, o sea, la imputación es típica y antijurídica en el caso indicado, pero se libera de sanción al que la hace por intereses superiores de índole social: desenmascarar a un delincuente.

Esto explica que sea injuria la imputación de un delito de acción privada o que está prescrito, alternativas en que no se acepta la prueba de la verdad, y ello porque no hay interés social en desenmascarar a su autor, siendo más relevante su honor. De

[419] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 690.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

no ser así, no se explica la razón de por qué una imputación verdadera de un delito de acción pública no se castiga, pero sí una de un delito de acción privada (art. 417 N^{os} 1 y 2).

2) Hay una razón de orden ontológico, porque el art. 312 se refiere a un "delito determinado, *pero falso...*"; falsedad es más que no realizado, falsedad es mendacidad, saber que no es verdad lo que se afirma, que supone en la calumnia la conciencia de parte del ofensor de que no se ha ejecutado el hecho atribuido o de que es inocente el imputado. En ese sentido se usa la expresión en los artículos 193 y siguientes. Ese conocimiento es un elemento subjetivo del tipo. El dolo en la calumnia se integra por el saber que se atribuye un delito y que al hacerlo se afecta al honor de la víctima; pero además el tipo exige el elemento subjetivo de tener conciencia de la falsedad, lo que no se requiere en la injuria en ninguna de sus hipótesis, aun cuando excepcionalmente se autoriza probar la verdad de la imputación con consecuencia liberadora de la pena.

3) La tercera razón que respalda la tesis sostenida es de orden *procesal.* Si la falsedad requerida por el art. 312 fuera una exigencia de carácter objetivo solamente, el ofendido estaría obligado a probar esa falsedad para que el tipo se presente, porque a aquel que sostiene la existencia del hecho típico le corresponde acreditar todos los elementos objetivos que lo conforman. Lo que jurídicamente es absurdo y se contrapone al principio de inocencia consagrado en las leyes procesales (art. 42 del C. de P.P. y art. 4° del C. Procesal P.).

Le corresponde, en consecuencia, a quien hace la imputación acreditar la realidad de su afirmación. De no ser así, cada vez que se denuncia un delito y se insinúe la posible responsabilidad de una persona, se estaría calumniando, en tanto no se pruebe la verdad.

c) *Delito actualmente pesquisable de oficio*

El hecho atribuido, además de ser falso en el momento en que se atribuye al agraviado, debe ser pesquisable de oficio por la autoridad judicial. Por ese motivo, comprende exclusivamente los crímenes y simples delitos de acción *pública,* o sea, aquellos que pueden ser denunciados por cualquiera persona capaz y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

respecto de los cuales existe un interés social en su punición. *Sin embargo, también se comprende a los de acción mixta,* siempre que en el momento de la atribución ya se encuentren denunciados a la autoridad (*actualmente*), porque desde ese instante están sometidos al tratamiento de los delitos de acción pública. Quedan al margen los delitos de acción privada, los de acción mixta que no han sido objeto de denuncia previa, los penados y los prescritos, porque no son *actualmente* perseguibles de oficio. Respecto de los demás delitos cuya responsabilidad se ha extinguido, como sucede con los indultados, no son actualmente perseguibles, de manera que su imputación no constituye calumnia; pero como bien comenta Etcheberry, están en la posibilidad de dar vida al delito de injurias, aunque no graves, porque el art. 417 N° 2 no los consideró para ese efecto.[420]

El sujeto activo y pasivo en la calumnia. Se trata de un delito *común,* no requiere de un sujeto calificado, cualquiera persona –siempre que sea natural y no jurídica– puede ser autor de una calumnia. Con el sujeto pasivo sucede algo diferente, necesariamente debe ser una persona natural con capacidad para cometer el delito imputado.[421] Las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de calumnia; sólo cuentan con acciones civiles para proteger su reputación (honor objetivo).[422]

C. *El tipo subjetivo*

Lo comentado sobre el tipo subjetivo en relación a la injuria es aplicable a la calumnia, fase subjetiva que se satisface con el *dolo* directo y que no requiere del *animus injuriandi* o de algún otro *animus necandi.*[423] El dolo en la calumnia debe estar integrado por el conocimiento de la falsedad objetiva de la imputación, el actor *sabe* que el delito no se ha cometido o que *carece de antecedentes verosímiles sobre su comisión,* o habiéndose cometido, que el

[420] Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 130.

[421] Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 691.

[422] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 286.

[423] Sostienen lo contrario Vives Antón, op. cit., p. 691; Bustos, *Manual,* p. 173.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

agraviado no tiene responsabilidad en él. *Subjetivamente* la imputación tiene que ser falsa, el sujeto activo ha de estar al tanto de la mendacidad de su afirmación.

No quedan sujetos a los principios antes señalados los tipos específicos de calumnia que constituyen delitos especiales, situación que se presenta con la denominada acusación o *denuncia calumniosa,* que es un delito contra la administración de justicia. Estas figuras particulares serán analizadas cuando se traten esos delitos, no están descritas entre aquellos que afectan a las personas.

D. *Clasificación de las calumnias y su penalidad (calumnias por escrito y con publicidad)*

Las calumnias se clasifican en calumnia *simple* y calumnia cometida *por escrito y con publicidad;* clasificación que tiene importancia para los efectos de la pena, como se señalará a continuación.

Los arts. 413 y 414 se ocupan de establecer las penas que le corresponden al delito de calumnia, haciendo una doble distinción, según se hayan perpetrado o no por escrito y con publicidad, y en ambos casos, según se trate de la imputación de crimen o de un simple delito. Para establecer si han sido cometidas por escrito y con publicidad se ha de estar a lo que previene el art. 422, que se transcribió al analizar las injurias, disposición que considera que constituyen publicidad los carteles o pasquines que se exhiban en los sitios públicos, papeles no sujetos a la ley de imprenta y demás medios que en la disposición citada se enumeran.

Si la calumnia ha sido realizada por escrito y con publicidad, la sanción la determina el art. 413, distinguiendo si lo imputado es un crimen o un simple delito: "La calumnia propagada por *escrito y con publicidad* será castigada:

1°. Con las penas de *reclusión* menor en su grado medio y *multa* de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando se *imputare un crimen.*

2°. Con las de *reclusión* menor en su grado mínimo y *multa* de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se *imputare un simple delito*".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

El art. 414 sanciona las calumnias en las cuales no ha mediado escrituración y publicidad: "*No* propagándose la calumnia con *publicidad* y por escrito, será castigada:

1°. Con las penas de *reclusión* menor en su grado mínimo y *multa* de seis a quince unidades tributarias mensuales, cuando se *imputare un crimen.*

2°. Con las de *reclusión* menor en su grado mínimo y *multa* de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se *imputare un simple delito*".

16.8. La antijuridicidad en la injuria y la calumnia

Se sabe que es insuficiente que la expresión o acción se subsuma en el tipo penal para establecer que hay delito, además tiene que ser antijurídica, característica de la cual la tipicidad es un indicio, que se confirma si no concurre ninguna causal de justificación. Este aspecto ofrece importancia, en atención a que existen dos derechos que están garantizados por la Constitución y que siendo fundamentales para el funcionamiento y supervivencia de un Estado democrático, pueden entrar en conflicto con el honor; esos derechos son la libertad de *emitir opinión* y la de *informar sin censura previa* (art. 19 N° 12 de la C.P.R.). El ejercicio de tales libertades constituye una facultad cuya única limitación es la de responder de los delitos y abusos que ello importe. Por lo tanto, la expresión o acción, aunque formalmente pueda aparecer como constitutiva de una injuria o de una calumnia, si es consecuencia del ejercicio de esos derechos no constituye delito, por cuanto tales conductas están permitidas por la causal de justificación del art. 10 N° 10 (el periodismo es el ejercicio legítimo de un oficio, y la libertad de opinar e informar corresponde al legítimo ejercicio de un derecho).[424] Marginando las informaciones que son objetivamente injuriosas o calumniosas, puede decirse que la protección al honor y a la privacidad cede el paso al interés general de la sociedad si existe la conveniencia pública de conocer las conductas, hechos o cualidades de una persona. La protección del derecho al honor queda sujeta a restricción desde el momento en que el honor de una persona está vinculado

[424] Bacigalupo, op. cit., pp. 126 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

con su vida pública. En estos casos, por el interés superior de la sociedad en mantener la transparencia del comportamiento de sus componentes, sacrifica el honor en pro de la verdad. Recuérdese lo comentado en párrafos precedentes sobre el derecho a opinar, a informar y sobre el principio de inocencia.

Se relaciona frecuentemente a las facultades que tiene el inculpado de probar la verdad de su aseveración *(exceptio veritatis)* con la antijuridicidad. Pero esta última institución no tiene repercusión real en la legitimidad (juridicidad) del comportamiento típico injurioso o calumnioso, la *exceptio veritatis,* como se explicará a continuación, se trata de una *causal de exclusión de pena,* y no de justificación. Si bien la verdad de la imputación no desplaza la ilicitud de la acción o expresión, tiene *efecto liberador de la pena,* como se explicará en el párrafo siguiente.

Puede suceder que al ejercer la facultad reconocida constitucionalmente de expresar la opinión o de informar (el comunicador social ejerce su profesión), se atente en contra del honor o la intimidad de una persona; no obstante, ese comportamiento podría estar *justificado,* siempre que conforme al ordenamiento jurídico el interés público superior obligue a sacrificar el honor o la privacidad personal. En consecuencia, comportamientos como los indicados no son contrarios a derecho: aunque típicos, estarían justificados, y en ellos no tiene rol la *exceptio veritatis.* Esta viene a operar sólo cuando la ofensa es antijurídica, vale decir, si no corresponde al ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión, situaciones que se comentarán a continuación.

16.9. La *exceptio veritatis* en la injuria y la calumnia

Consiste en la facultad que tiene el responsable de una acción o expresión calificada como agraviante y constitutiva de delito, de liberarse de la pena pertinente acreditando la veracidad de lo que expresó. La *exceptio veritatis* presupone un comportamiento *típico* (injurioso o calumnioso) y *antijurídico* (no autorizado por el ordenamiento jurídico); de no ser así, no cumpliría su objetivo. En efecto, si la acción o expresión ofensiva no es típica o, siéndolo, no es antijurídica, simplemente no hay delito, se pruebe o no la veracidad del hecho agraviante atribuido. La cualidad libe-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

ratoria de pena de la prueba de la verdad evita el castigo por la atribución de un hecho que importa una injuria o una calumnia, y para serlo debe ser subjetivamente falso, vale decir, el autor tiene que saber que su aseveración es mendaz, sin que tenga para ese efecto relieve que *objetivamente* sea verdadero o falso. Es cierto que el que informa –en particular el periodista– no es un investigador policial; no obstante, debe ejercer su derecho con el cuidado objetivo esperado por el orden social para evitar la lesión de otros derechos en juego (el honor, la intimidad). El ejercicio de la libertad de informar tiene un objetivo: la búsqueda de la verdad; el que use esa libertad debe esforzarse por establecerla.[425] De consiguiente, la *exceptio veritatis* es una *excusa objetiva de liberación de pena que beneficia a todos los partícipes del delito,*[426] y tiene naturaleza subsidiaria. Es subsidiaria porque si el inculpado acredita que *subjetivamente* era veraz su información –esto es, que atribuyó el hecho respaldado en antecedentes verosímiles– no hay tipo penal de injuria o calumnia, sin que ofrezca importancia que realmente el hecho atribuido no se haya cometido o que el ofendido no haya tenido intervención en él (falsedad objetiva). De contrario, si la imputación era *subjetivamente falsa* –el ofensor sabía que no era cierta su aseveración o carecía de respaldo confiable–, pero como el ordenamiento jurídico en este ámbito de actividad protege únicamente el honor merecido, el autor de la imputación está en posibilidad de acreditar la efectividad de lo que atribuyó, y si lo logra, se libera de pena. La falsedad objetiva *no es un elemento del tipo penal* en la calumnia y menos aún en la injuria, cuando excepcionalmente respecto de ella se autoriza la *exceptio veritatis;* lo que sí es elemento del tipo en estos casos es la *falsedad subjetiva.* Hay sectores de la doctrina, si bien minoritarios, que critican el reconocimiento de la *exceptio veritatis* en general, y en especial en la calumnia, sostienen que en definitiva significa una conculcación del derecho a la intimidad y un beneficio para el delincuente,[427] opinión que en esta obra no se comparte.

[425] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., pp. 299-300.

[426] Vives Antón, op. cit., pp. 688-689.

[427] Así lo sostiene Edgar Saavedra Rojas, "El derecho a la intimidad y la inconstitucionalidad de la exceptio veritatis en los delitos de calumnia e injuria", en *Estudios Penales,* Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez. Edición dirigida por Jorge Enrique Valencia, pp. 248 y 251, Bogotá, 1984.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El artículo 415 confirma lo recién expresado; en efecto, para dar por establecida la existencia del delito debe acreditarse la concurrencia de todos los elementos del tipo, la ausencia de cualesquiera de ellos descarta la posible existencia del tipo de que se trate. De suerte que si la falsedad objetiva del hecho imputado se considera un elemento del tipo objetivo, el referido artículo 415 sería inútil, toda vez que al probarse la falsedad no se daría el tipo penal de calumnia por ausencia de uno de sus elementos. ¿Cuál sería entonces la finalidad de esta última disposición? Se trataría de una norma inútil. Por otra parte, la situación en estudio debe vincularse con los delitos de acusación o denuncia calumniosa y con el falso testimonio, donde lo que interesa es la falsedad subjetiva y no la objetiva. ¿Qué justificaría un criterio diferente en el delito de calumnia?

Con los principios antes comentados se analizarán los arts. 415 y 420, que reglan la *exceptio veritatis* en el delito de calumnia e injuria, respectivamente. Como regla general tiene plena vigencia la procedencia de este instituto en el delito de calumnia y únicamente de modo excepcional en el de injurias.

En relación al delito de calumnia el art. 415 expresa: "El acusado de *calumnia* quedará exento de toda pena *probando el hecho criminal* que hubiere imputado.

La sentencia en que se declare la calumnia, si el ofendido *lo pidiere,* se publicará por una vez a costa del calumniante en los periódicos que aquél designare, no excediendo de tres".

Como lo establece la disposición transcrita, en materia de calumnia procede ampliamente la posibilidad de acreditar la realidad del hecho delictivo materia de la imputación, y si se tiene éxito en este sentido, todos los partícipes en el hecho (autores y cómplices) quedan exentos de sanción.

En el inciso segundo del art. 415 se establece que si se condena al calumniador, el agraviado puede solicitar al tribunal que se publique a costa del condenado y en los periódicos que ese agraviado señale –que no pueden ser más de tres– la sentencia condenatoria.

La *exceptio veritatis* en la injuria opera excepcionalmente conforme lo señala el art. 420, que expresa: "Al acusado de *injuria no se admitirá* prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra *empleados públicos* sobre hechos concernientes al *ejercicio de su cargo.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En este caso será *absuelto* el acusado si probare la verdad de las imputaciones".

En el delito de injurias la situación es inversa a lo que sucede con el delito de calumnia. En la injuria lo general es que no proceda la prueba de la verdad, excepcionalmente puede rendirse cuando el injuriado es un *empleado público,* siempre que los hechos constitutivos de la ofensa digan relación con el ejercicio de su función. Si el ofensor logra acreditar la veracidad del hecho que atribuyó, queda liberado de la sanción penal.

Tiene aplicación preferente con respecto a la reglamentación de la prueba de la verdad en relación a la injuria lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y ejercicio del periodismo (4 de junio de 2001), en el caso de la injuria causada por algunos de los medios de comunicación enumerados en el art. 2° de dicho texto (diarios, revistas, escritos, periódicos, otros análogos). El art. 30 antes citado –que se trascribirá– amplía la posibilidad de rendir prueba en la injuria: "Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba sobre la verdad de sus expresiones sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una o más de las circunstancias siguientes:

a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;

b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o a absolver al querellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;

c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;

e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delitos".

En resumen, en la injuria puede acreditarse la verdad de la imputación calificada como afrentosa en varias situaciones, inspiradas en el objetivo de garantizar la libertad de opinión por un lado, y del otro concretar realmente uno de los presupuestos del sistema democrático: la transparencia y la corrección que ha de mantenerse en el comportamiento de trascendencia pública.

Se puede, por consiguiente, acreditar la verdad de la imputación del hecho estimado como afrentoso cuando el afectado es un empleado público en relación a hechos que conciernen al desempeño de su actividad pública. A su vez se puede ejercitar este derecho, sin importar la calidad del ofendido, cuando la imputación ha sido motivada por la defensa de un interés público, y se entienden por tales los seis casos que se enuncian en el artículo 30 de la Ley sobre Libertad de Opinión antes transcrita, que tiene carácter taxativo, de modo que fuera de las circunstancias allí señaladas no pueden comprenderse otras analógicamente, puesto que constituyen una excepción. Finalmente, se autoriza probar la verdad de lo estimado injurioso cuando el afectado "ejerce funciones públicas" y la imputación comprende hechos referentes a su ejercicio, la noción de *función pública* es más amplia que la de empleado público que se tiene en cuenta en el artículo 420 del Código.

Sabiamente el legislador marginó de la prueba de la verdad los hechos pertinentes a la esfera privada, como señala el inciso final del artículo 30 de la Ley sobre Libertad de Opinión, a menos que sean constitutivos de delito.

16.10. *ITER CRIMINIS*

Mayoritariamente la doctrina nacional califica a los delitos de calumnia e injuria como delitos *formales,* no requieren de un resultado para que se consumen. De consiguiente, no puede darse la hipótesis de frustración o de tentativa. La doctrina española

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

se inclina por estimar que estos delitos, aunque formales, sólo se consuman desde que la expresión o acción llega al conocimiento del agraviado; por lo menos requerirían de un mínimo de publicidad, sobre todo cuando la injuria o calumnia es por escrito.[428] Por la misma razón, según esta tendencia, son posibles las formas imperfectas de estos tipos penales.

16.11. Reglas comunes a la injuria y la calumnia

El párrafo 8 del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal se ocupa de establecer un conjunto de normas comunes a los delitos de injuria y calumnia (arts. 421 a 431). A continuación se transcribirán los preceptos respectivos, explicando sólo aquellos que lo requieran.

A. *Ofensas encubiertas o equívocas*

El art. 421 se refiere a esta clase de calumnias o injurias: "El acusado de calumnia o injuria *encubierta o equívoca* que rehusare dar en juicio *explicaciones satisfactorias* acerca de ella, será castigado con las penas de los delitos de calumnia o injuria manifiesta". Norma que debe relacionarse con el art. 421, que expresa: "Se comete el delito de calumnia o injuria no sólo *manifiestamente,* sino por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones". Las injurias pueden clasificarse en *manifiestas* y *encubiertas o equívocas,* según esté claramente expresado su sentido ofensivo o no. Las equívocas requieren de explicaciones, que normalmente se han de dar en el proceso iniciado con motivo de ellas, y si son satisfactorias a juicio del tribunal[429] tienen el mérito de liberar de pena al querellado. Por explicaciones satisfactorias han de entenderse aquellas que aclaran el alcance de la expresión o acción equívoca y descartan su posible sentido afrentoso; al no

[428] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 658; Muñoz Conde, op. cit., pp. 100 y 104; Vives Antón, op. cit., p. 698; Bustos, *Manual,* pp. 170-171; Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 306.

[429] Cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 204; Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 134; Garrido, op. cit., p. 274.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

darse las explicaciones o calificarse éstas como insatisfactorias, deben ser castigadas como ofensas manifiestas.

B. *Ofensas recíprocas*

Están regladas en el art. 430: "En el caso de calumnias o injurias *recíprocas,* se observarán las reglas siguientes:

1°. Si las más graves de las calumnias o injurias recíprocamente inferidas *merecieren igual pena,* el tribunal las dará todas por compensadas.

2°. Cuando la más grave de las calumnias o injurias imputadas por una de las partes, tuviere *señalado mayor castigo* que la más grave de las imputadas por la otra, al imponer la pena correspondiente a aquélla se rebajará la asignada para ésta".

Es una situación en que se reconoce el *animus retorquendi,* que la Comisión Redactora estimó –antes de redactar el precepto– que se presentaba cuando "sean hechas en un mismo acto y merezcan igual pena";[430] sin embargo, una vez que se aprobó el tenor del art. 417, se limitó a exigir que fueran ofensas recíprocas, pero nada se expresó sobre su simultaneidad y, a su vez, se aceptó la hipótesis de que fueran de diversas gravedad y pena.[431]

Se trata de una regla de política criminal, si ambas ofensas merecen igual pena, se compensan; si no es así, a la que tiene asignada una pena mayor se le resta la sanción que le corresponde a la de menor gravedad y el saldo es la que se impone al que la profirió, solución que ha sido objeto de reparo.[432] Este sistema no abarcaría los casos de legítima defensa, que se regirían por las reglas generales que consagra el art. 10 N° 4.[433]

En principio se estima posible la compensación de calumnias e injurias entre sí, pues si bien la disposición no es categórica en ese sentido, la calumnia es una especie de injuria más particularizada; no se observa obstáculo para ese efecto, aunque hay

[430] Sesión N° 88 de 24 de mayo de 1872.

[431] Sesión N° 89 de 27 de mayo de 1872.

[432] Etcheberry estima que debilita la protección del honor (*D. P.,* t. III, p. 136).

[433] Etcheberry, *D. P.,* t. III, p. 136.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

opiniones en sentido contrario,[434] que consideran que procede únicamente tratándose de injurias entre sí, o de calumnias, pero no entre uno y otro delito.

C. *Calumnia o injuria causada en juicio*

El art. 426 se refiere a esta situación: "La calumnia o injuria *causada en juicio* se juzgará *disciplinariamente* por el tribunal que conoce de la causa; sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente".

Las ofensas que se causen durante un litigio generalmente corresponden al denominado *animus defendendi,* que –como puede observarse– a juicio del legislador no excluyen la voluntad de injuriar, pues de no ser así no las reglamentaría.

Conforme al precepto transcrito, las calumnias o injurias cuando se expresan en un juicio tienen un trato especial. La regla general es que deben ser sancionadas disciplinariamente por el tribunal que conoce del juicio, conforme a las reglas que señala el Código Orgánico de Tribunales (arts. 530 y ss.), siempre que no se califiquen de graves, o sea, que no den mérito para proceder criminalmente. Así lo indica el art. 97 del C.P.P., que expresa: "Cuando la calumnia o injuria hecha en juicio *no dé mérito para proceder criminalmente* en concepto del tribunal que conoce de la causa en que se vertiere, éste, de *oficio o a petición de parte,* procediendo de plano y sin formalidad especial, corregirá la falta aplicando al que la hubiere cometido alguna de las penas *disciplinarias* que tuviere facultad de imponer con arreglo a lo dispuesto en el *Código Orgánico de Tribunales*".

Sin perjuicio de lo anotado, el ofendido puede deducir la acción penal que corresponda una vez que el litigio haya terminado y se cumpla con lo dispuesto por el inc. 2° del art. 96

[434] Se sostuvo en la obra *Los delitos contra el honor,* que no era posible tal compensación, porque en el art. 430 se dice *calumnias o injurias recíprocas,* y no emplea la conjunción "e", lo que habría permitido entender que podían ser indistintamente unas u otras (p. 281); en forma análoga piensa Labatut (*D. P.,* t. II, p. 209). Etcheberry opina en contra (*D. P.,* t. III, p. 136).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

del C.P.P.: "Si hubiere sido inferida en juicio, acompañará el querellante un *testimonio del escrito o documento* en que se hubiere vertido un *certificado en que consten la terminación del juicio* y la *resolución del tribunal* que hubiere declarado que la calumnia o la injuria dan mérito para proceder criminalmente".

Los delitos de injuria y calumnia son de acción privada, de modo que son los afectados los que deben iniciar la querella criminal pertinente (arts. 18 N° 8 del C.P.P. y 55 a) del C. Procesal Penal). La autorización del tribunal necesaria para estos efectos dice relación únicamente con las partes en el juicio donde se profirieron las ofensas, o con sus representantes en él.[435]

Esta clase especial de ofensas se diferencian de otras que, infiriéndose durante un juicio, pueden constituir delitos específicos, como el falso testimonio y el perjurio (arts. 206 y ss.), la acusación o denuncia calumniosa (art. 211), que afectan a la administración de justicia; o como el desacato (arts. 263, 264), que atenta contra el orden y la seguridad pública.

D. *Calumnias o injurias en periódicos extranjeros*

El art. 425 se refiere a estas formas de atentar al honor: "Respecto de las calumnias o injurias *publicadas por medio de periódicos extranjeros,* podrán ser acusados los que, desde el *territorio de la República,* hubieren *enviado* los artículos o dado orden para su inserción, o *contribuido a la introducción o expendición* de esos periódicos en Chile con *ánimo* manifiesto de propagar la calumnia o injuria".

Este precepto confirma la idea de que estos delitos son de mera actividad, es suficiente que la expresión acción se exteriorice para que el hecho esté consumado. El legislador sanciona en la hipótesis de las ofensas publicadas en el extranjero a aquel que envió el escrito afrentoso o dio orden para su inserción. También castiga como autor a aquel que introduce al país el periódico o lo distribuye en el territorio nacional. En esta última modalidad agrega una exigencia subjetiva: el ánimo de propagar la calumnia o injuria, lo que es innecesario, porque el dolo en esta figura pe-

[435] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 671; Etcheberry, *D. P.,* t. III, pp. 137-138. En contra, Labatut, *D. P.,* t. II, p. 208.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

nal se caracteriza por el conocimiento y la voluntad de perpetrar el atentado al honor; es indudable, por lo tanto, que no incurre en este delito el sujeto que se limita a importar o distribuir el periódico desconociendo la potencialidad agraviante del mismo; en su caso no hay dolo y, por lo tanto, no hay tipo penal.

El art. 415 sanciona en definitiva un abuso de publicidad cometido desde Chile, respecto del envío u orden de expendición, o en el país tratándose de la introducción del periódico, pues limita el tipo penal exclusivamente a las *publicaciones periódicas*. Podrían vincularse estas figuras con algún delito especial descrito por la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, pues en el art. 4°, letra g), reprime conductas parecidas destinadas a destruir el sistema republicano y democrático, la seguridad del país, su régimen económico y otros objetivos semejantes.

E. *Ofensas consignadas en un documento oficial*

Es frecuente que en un documento oficial se consignen hechos que afecten la honra de una persona, documentos que normalmente son de carácter confidencial y no están destinados a ser divulgados. Previendo esta situación el legislador establece en el art. 427 que "Las expresiones que puedan estimarse calumniosas o injuriosas, consignadas en un *documento oficial, no destinado a la publicidad,* sobre asuntos del *servicio público,* no dan derecho para acusar criminalmente al que las consignó".

La expresión documento *oficial* debe entenderse en sentido amplio, como cualquier escrito o comunicación emanada de una autoridad o funcionario público en el ámbito de sus facultades. Los hechos ofensivos para una persona que en tales documentos se contengan no dan derecho al afectado para deducir querella criminal en contra del que los consignó, cuando cumplen con dos condiciones: a) que los documentos no estén destinados a publicitarse y b) que tengan atinencia con el servicio público.

Es necesario para la buena administración del Estado que se libere de responsabilidad a la autoridad, al funcionario o al particular, que en un documento oficial y reservado da cuenta o deja constancia de hechos que pueden afectar a la dignidad de otra persona. La administración no podría desenvolverse

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

sanamente si sus agentes y los miembros de la sociedad estuvieren imposibilitados de dar cuenta de las faltas, corruptelas o comportamientos reprochables de terceros, siempre que en alguna forma estén vinculados con el servicio público.

16.12. Reglas relativas a la acción penal que tiene su origen en la calumnia o injuria

En el Código Penal se consagran disposiciones que se refieren a la naturaleza de la acción penal que tiene como fuente un atentado al honor, quiénes son sus titulares y cómo se extingue por prescripción.

Como la acción penal en los delitos de calumnia e injuria es *privada,* no puede ser iniciada de oficio por el tribunal, y aun denunciada es el titular de la acción quien debe activarla, como también puede perdonar al ofensor. Esto último lo dice el art. 428 expresamente: "El condenado por calumnia o injuria puede ser *relevado de la pena* impuesta mediante *perdón del acusador;* pero la remisión no producirá efecto respecto de la *multa* una vez que ésta haya sido satisfecha.

La calumnia o injuria se entenderá *tácitamente remitida* cuando hubieren mediado actos positivos que, en concepto del tribunal, importen *reconciliación o abandono* de la acción".

El precepto debe relacionarse con el art. 55 del Código Procesal Penal, que en sus letras a) y b) declara de acción privada estos delitos. A su vez el art. 18 N° 8 del C. P. P., señala que la injuria y la calumnia son delitos de acción *privada*: "*No podrán* ser ejercidas por el ministerio público ni por otra persona que no fuere la *ofendida o su representante legal,* las acciones que nacen de los delitos siguientes:

8. La calumnia y la injuria contra personas privadas, delitos que pueden, además, ser perseguidos por el cónyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos y por los hijos y padres naturales del ofendido, que se encuentre moral o físicamente imposibilitado. Si ha muerto el ofendido, las mismas personas, y además sus herederos, pueden deducir las acciones correspondientes, y

9. La *falta* descrita en el número 11 del art. 496 del Código Penal" (se refiere a la injuria falta).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Ha de recordarse que los fallecidos no son personas y, de consiguiente, mayoritariamente se estima que no pueden ser sujetos pasivos de delitos contra el honor. Por las ofensas que se les infieran pueden deducir querella sus parientes o cónyuge cuando, a su vez, indirectamente la acción o expresión ofensiva los agravie personalmente.[436]

Los parientes y cónyuge que pueden ejercer la acción de calumnia o injuria tienen esta facultad cuando una persona ha sido ofendida mientras vivía, pero muere posteriormente sin que haya iniciado la pertinente querella criminal para sancionar el delito, no se trata de las ofensas dirigidas en contra de un muerto.

A. *El perdón del ofendido*

Siendo la acción penal de naturaleza *privada,* es comprensible que se haya aceptado que el *perdón* del ofendido y la *reconciliación* releven de pena al acusado. El perdón tiene efecto liberador de la sanción, pero con limitaciones, porque el perdón no afecta a la multa ya pagada, que no puede recuperarse. El *perdón* puede ser *expreso o tácito,* en este último caso es suficiente que no haga uso de la acción penal, o que se dé la situación señalada por el art. 428: que medien *actos positivos* que –a concepto del *tribunal*– importen *reconciliación o abandono* de la acción. El perdón se puede dar antes de iniciar la querella, durante el proceso penal y aun después de dictada sentencia firme.

B. *Prescripción de la acción penal*

La prescripción penal puede referirse a la *acción* o a la *pena;* pues bien, en el art. 431 se regla la que afecta a la acción, de modo

[436] Esta afirmación podría ser discutible, ya que hay posibilidad de que los preceptos respectivos se entendieran en el sentido de que es dable ofender la memoria de una persona fallecida (véase Garrido, *Los Delitos contra el Honor,* pp. 65 y ss.).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

que la prescripción de la pena se sigue rigiendo por las normas generales establecidas en el art. 97.

El art. 431 en su inciso primero expresa: "La acción de calumnia o injuria *prescribe en un año,* contado desde que el ofendido *tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento* de la ofensa". Y en su inciso final agrega:

"No podrá entablarse acción de calumnia o injuria después de *cinco años,* contados desde que se *cometió el delito.* Pero si la calumnia o injuria hubiere sido causada en juicio, este plazo no obstará al cómputo del año durante el cual se podrá ejercer la acción".

Existe, de consiguiente, una prescripción *especial de corto tiempo* y otra de *largo tiempo* respecto de la acción penal. La especial determina el término de *un año* contado desde que el *ofendido* tuvo o pudo tener *conocimiento* de la ofensa, esta presunción de conocimiento tiene un efecto práctico, permite establecer desde cuándo el querellante estuvo en posibilidad de ejercer la acción; sería muy complejo en principio acreditar el momento en que realmente tuvo ese conocimiento, es suficiente con probar el momento en que pudo tenerlo. Como se puede observar, el plazo no corre desde la comisión del delito, el que por su naturaleza formal se consuma desde que se exterioriza la acción o expresión, haya o no llegado al conocimiento de la víctima,[437] el plazo, para los efectos de la prescripción, corre desde este último conocimiento.

El legislador estableció, además, un plazo de *cinco años* contados desde que se *cometió el delito,* dentro del cual se puede deducir la acción penal; pasado el mismo prescribe definitivamente. Este plazo se cuenta desde la consumación del hecho, o sea, desde que se dijeron las expresiones agraviantes, o desde que se realizaron las acciones, y no desde que se tomó conocimiento de las mismas por el ofendido.[438] Este último plazo no impide, en

[437] En sentido contrario piensa Etcheberry, para quien el delito se consuma cuando se tiene conocimiento de la ofensa por el agraviado o cuando se publicita (*D. P.*, t. III, p. 139).

[438] Etcheberry, en atención a que estima que estos delitos se perfeccionan con el conocimiento y publicidad de las ofensas, sostiene que el plazo debe contarse desde esta última oportunidad (*D. P.*, t. III, p. 140).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

todo caso, contar el año desde que se terminó el juicio tratándose de ofensas causadas en juicio.

En el supuesto de que el ofendido se inhabilite o fallezca mientras ese plazo se encontraba pendiente, el inciso segundo de la disposición expresa: "La misma regla se observará respecto de las demás personas enumeradas en el artículo 108 del Código Procesal Penal".

El artículo 108 del Código Procesal Penal dispone que en los casos en que el ofendido con el delito no pudiere deducir la acción penal, se considerará víctima: a) al cónyuge y al hijo, b) a los ascendientes, c) al conviviente, d) a los hermanos y e) al adoptado o adoptante, en el orden de prelación indicado. La norma implícitamente margina la posibilidad que otorgaba el primitivo texto del artículo 424 en el sentido de que los parientes del ofendido que hubiere fallecido antes de iniciar la acción, podían deducirla en contra del ofensor. En efecto, el art. 108 del Código Procesal Penal considera víctimas a los parientes antes indicados en "los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido", lo que en la calumnia y la injuria no es el caso, de modo que los referidos familiares pueden ejercer la acción privada sólo cuando el ofendido está imposibilitado o cuando habiéndola iniciado fallece.

Los principios recién precisados rigen también para las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social, pues la Ley N° 19.733, publicada el 4 de junio del año 2001, no señala plazos especiales de prescripción como sucedía en el texto de la derogada Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, que contenía reglas de prescripción para estos efectos.

16.13. La acción civil derivada de los agravios al honor

La acción civil en materia de injuria y calumnia está reglada por el art. 2331 del C.C., que la limita exclusivamente a la reparación del *daño emergente* y del *lucro cesante,* marginando la posibilidad de cobrar indemnización por daños de otro tipo, como el *moral.* El artículo dispone: "Las *imputaciones injuriosas*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

contra el honor o el crédito de una persona *no dan derecho* para demandar una *indemnización pecuniaria,* a menos de probarse *daño emergente o lucro cesante,* que pueda apreciarse en *dinero;* pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la *verdad de la imputación*".

Este precepto impide, como regla general, la indemnización de los perjuicios, salvo los apreciables en dinero que se sufran por lucro cesante o daño emergente. Además, libera de esta última obligación a aquel que probare la verdad de su aseveración, autoriza con amplitud la *exceptio veritatis* en la injuria y en la calumnia. De consiguiente, para tener derecho a cobrar indemnización civil por un delito de injuria y calumnia han de reunirse las siguientes condiciones: a) que a consecuencia de la ofensa se sufra un daño emergente o un lucro cesante susceptible de apreciación pecuniaria, b) que lo atribuido sea falso y c) que la acción civil no haya prescrito, pues su extinción por el transcurso de tiempo es diferente a la de la acción penal, porque se rige por el art. 2332 del C.C., que establece el plazo de cuatro años desde la ejecución del hecho.[439]

La Ley sobre Libertad de Opinión e Información, en su art. 40, consagra un sistema distinto respecto de la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de los agravios cometidos por los medios de publicidad que indica su art. 29; el tenor de la referida disposición es el siguiente: "La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivados de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales.

La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral".

En materia de abusos de publicidad, cuando se injuria o calumnia, la indemnización es más amplia que la establecida por el Código Civil, pues la extiende expresamente al daño moral. El artículo 29, que se cita en la disposición, preceptúa que los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de cualquier medio de comunicación social han de ser sancionados con las penas corporales señaladas en los arts. 413, 418 inciso primero y 419 del Código Penal, o sea, con las sanciones que para esas figuras

[439] Véase Garrido, *Delitos contra el Honor,* pp. 331 y ss.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

prescribe el referido texto, aunque además deben imponerse las multas que se indican en el artículo 29.

17. DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y LA MORALIDAD PÚBLICA

17.1. Ubicación de estos delitos en el Código Penal. Su forma de agruparlos

Los delitos a que se refiere el epígrafe se encuentran tratados en el Título VII, y conforme a la estructura del mismo se ampararían dos órdenes distintos de bienes jurídicos. Uno constituido por la *familia,* unidad básica de la sociedad conforme lo dispuesto por la Constitución (art. 1°, inc. 2°) y a la cual el Estado se obliga a proteger y fortalecer (inc. 4°). El otro grupo son los delitos contra la *moralidad pública,* bien jurídico difícil de precisar y cuyo alcance literal podría ser discutible como objeto de protección penal, porque la autoridad estatal aparece imponiendo una ética pública, con figuras penales que –por lo demás– no responden propiamente a tal criterio. Se trata, en realidad, de atentados en contra de la libertad sexual y de su ejercicio. Además, en este título hay delitos que evidentemente están fuera de lugar, como sucede con el de aborto, anteriormente analizado,[440] que es un delito dirigido a poner término a la vida en formación; lo mismo sucede con el abandono de niños y personas desvalidas, que es un delito de *peligro* de la vida o la integridad corporal de las personas. Hasta el año 1994, en el párrafo 9° del Título VII se sancionaba el delito de adulterio, pero la Ley N° 19.335, publicada el 19 de septiembre de 1994, derogó los arts. 375 y siguientes hasta el 381, inclusive, que se ocupaban de describirlo y sancionarlo. El adulterio podría calzar, dentro de la denominación empleada por el Código, entre los que atentaban contra la familia, lo que lleva a pensar que el título que empleó nuestro legislador al agrupar los delitos cuyo comentario se inicia, en la actualidad ha perdido toda vigencia, si la tuvo en alguna oportunidad.

La sistematización de los tipos penales que se adopta en este Título VII debería ser abandonada, porque puede ser objeto de críticas desde

[440] Supra N° 9.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

varios aspectos, que en lo esencial corresponden a la ausencia de un fundamento valedero que la explique; el Código español de 1848, que le sirvió de modelo, tenía un ordenamiento diferente.

Además de los delitos de abandono de niños y personas desvalidas, de los que afectan al estado civil y el de celebración de matrimonios ilegales, se describen en el Título VII figuras que se pueden reunir bajo la denominación de atentados a la *moralidad pública.* Entre ellas el rapto, la violación, el estupro, el incesto, la corrupción de menores y los ultrajes públicos a las buenas costumbres. Si se considera para los efectos de una clasificación de los tipos penales el bien jurídico que amparan, es obvio que no responden a tal principio, en atención a que la naturaleza del objeto protegido con esas figuras es de una amplia diversidad, como se verá al analizar cada una de ellas, y es discutible que calcen en el de *moralidad pública* o de la *honestidad,* como la doctrina corrientemente lo ha estimado. Estas nociones, en definitiva, se alzan como conceptos de naturaleza normativa, con sentido diverso al semántico, que en su alcance estrictamente jurídico devienen en un *nomen* legal que abarca una pluralidad de bienes jurídicos cuya característica común es su conexión con la esfera sexual.[441]

18. DELITOS DE PELIGRO CONTRA LAS PERSONAS

18.1. Antecedentes generales

En este apartado se analizarán tres delitos que tienen como objeto de protección sancionar la puesta en peligro de la vida de una persona o su integridad corporal: el abandono de niños, de personas desvalidas y la omisión de socorro.

En el Título VII, que se ocupa de los atentados a la familia y a la moralidad pública, se tratan en los arts. 346 y siguientes, que conforman su párrafo 2°, los delitos de abandono de niños y personas desvalidas; son dos tipos penales distintos, pero con semejanzas entre sí. En ambas figuras se pone en peligro la *seguridad* de personas respecto de las cuales quien las abandona tiene obligación de asistirlas (deberes de asistencia), deberes que tienen su fuente en

[441] Polaino, op. cit., p. 41.

LA FOTOCOPIA ES ILEGAL. LEY N° 17.336

leyes no penales. En el sistema nacional estos delitos se han estudiado entre aquellos que *afectan a la familia,* aunque de manera inmediata atentan contra la *seguridad de las víctimas* (debían, por consiguiente, reglarse entre los delitos en contra de las personas). Las víctimas, a consecuencia de la ejecución de la conducta prohibida, quedan en situación de peligro, sin posibilidades de evitarlo; así sucede porque no están en condiciones de proveer a sus propias necesidades de sobrevivencia. Sin embargo, lo protegido –según el espíritu del legislador– es el desarrollo adecuado de la familia, a la cual la Constitución Política le reconoce en el art. 1°, inciso 2°, su carácter de "núcleo fundamental de la sociedad". La familia tiene, entre otros, un rol de mutua protección de los que la integran, a los cuales el ordenamiento jurídico les ha impuesto deberes recíprocos de asistencia. La violación de esa obligación cuando significa un riesgo para la vida o salud de la víctima, la reprime con sanción penal. El deber de asistencia del cónyuge o pariente se alza como bien jurídico digno de protección penal.

Los delitos de abandono son figuras de *peligro,*[442] de peligro *concreto* (y no abstracto),[443] porque estos preceptos fueron recogidos del Código Penal belga, donde tenían tal carácter.[444] A continuación de estos tipos penales se estudiará el delito de "omisión de socorro", que si bien está sancionado como falta en el art. 494 N° 14, se trata en definitiva de un atentado donde la vida o la salud es lo que está en peligro.[445]

18.2. El delito de abandono de niños

A. Noción del delito

La conducta que se prohíbe se deduce de los arts. 346 y 349, que tienen el siguiente enunciado: "El que *abandonare... a un*

[442] Muñoz Conde, op. cit., p. 146. Bustos va más lejos, analizando la norma del Código español concluye que se trata de un delito de *lesión* (*Manual,* p. 90).

[443] Así lo considera Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 11.

[444] Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 368.

[445] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 71.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

niño menor... será castigado con presidio menor en su grado...". La conducta sancionada es el *abandono de un niño,* que puede llevarse a cabo de cualquier manera (tipo *abierto*). Se discute si se trata de un delito de omisión propia o de comisión por omisión, pero mayoritariamente se califica como *propio de omisión,*[446] por cuanto lo infringido es un deber de asistencia, sin perjuicio que la conducta que lleve a ese incumplimiento pueda consistir en una acción positiva (irse de la casa donde está el menor);[447] lo relevante está en que esa acción importa la voluntad de abstenerse de asistir al menor y sí de dejarlo librado a su suerte. *Abandonar* es, entonces, dejar librado a un menor a sus propios medios, interrumpiendo la asistencia que se le debe prestar y sin que otra persona se haga cargo de él.[448] De manera que hay abandono típico cuando, además de la acción de abandono, se expone al menor a un peligro concreto, sea de su vida o de su salud. Si esa situación de riesgo específico no se produce, no habría delito (la asesora del hogar que abandona subrepticiamente la casa donde trabaja, sin llevarse a su hijo de pocos meses, confiada en que sus patrones lo atenderán).

Existen ciertas clases de abandono que no tienen carácter o relevancia penal, a las que se refieren otras disposiciones legales, como el art. 267 N^{os} 3 y 4 del Código Civil, al aludir a la emancipación, y al que se refiere el art. 19 inciso 2° de la Ley sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias.

Uno de los problemas que ofrece la noción de abandono de este tipo penal es poder diferenciarlo de una conducta de abandono dirigida a privar de la vida o a atentar en contra de la salud del menor. Cuando la voluntad del sujeto que abandona al menor es la de causar su muerte o de lesionarlo, habrá homicidio o lesiones en grado de frustración o consumación, pero no abandono. Corresponde al efecto hacer un cuidadoso análisis de las condiciones de hecho concurrentes y de la conducta misma del agente, sea que se concrete o no el deceso o las lesiones.

Se presentan dos tipos de abandono de menores, uno *simple* y otro *calificado.*

[446] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 90.
[447] Muñoz Conde, op. cit., p. 149.
[448] Cfr. en general, Del Río, op. cit., p. 481; Labatut, *D. P.,* t. II, p. 141.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

B. *Figura simple de abandono de niños*

De los arts. 346 y 349 se desprende que el delito de abandono de niños puede ser de dos clases: en *lugar no solitario* y en *lugar solitario,* respectivamente.

Siguiendo una interpretación tradicional en nuestro país, basada en la opinión de Nypels al comentar el Código Penal belga, que sirvió de antecedente al nacional,[449] se puede entender como *lugar solitario* aquel que no es frecuentado durante el abandono; extensivamente y con más precisión, se trataría de un lugar que en el momento en que se llevó a cabo la acción delictiva *no presentaba para el menor posibilidades de un socorro oportuno.* Esta condición deberá ser determinada en cada caso por el tribunal, considerando las circunstancias concurrentes. Consecuente con el criterio señalado, el inciso final del art. 348 establece que una casa de expósitos es un lugar que no puede considerarse como lugar solitario. El abandono de un niño en una de estas casas no es constitutivo del tipo en estudio, y en la actualidad son tales los establecimientos de asistencia social,[450] públicos o privados.

La acción de abandono puede concretarse de dos maneras. Una *positiva,* llevando al menor fuera del lugar o recinto donde se encuentra sometido a protección; otra *pasiva,* esto es, retirándose quien debe prestar la protección del lugar en que se encuentra el menor, sin que haya otra persona que pueda auxiliarlo.[451] Las acciones descritas deben ser realizadas por el sujeto que está a cargo del menor; este tipo penal no se extiende a la hipótesis del que *deja abandonado a un niño que ya se encuentra en situación de abandono,* como se desprende del tipo falta descrito y sancionado por el art. 494 N° 13: "El que encontrando perdido o *abandonado a un menor de siete años* no lo entregare a su familia o no lo recogiere o *depositare en lugar seguro,* dando cuenta a la autoridad en los dos últimos casos". En este último caso, si el menor tiene más de siete años el hecho es atípico.

Para determinar la edad del menor como sujeto pasivo del

[449] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 13; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 374.

[450] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 12.

[451] Soler, op. cit., t. III, p. 207.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

delito hay que hacer diferencia entre dos situaciones: si se abandona en un lugar solitario o no, como se indica en los arts. 346 y 349. El primero de ellos señala: "El que abandonare en un lugar *no solitario* a un niño *menor de siete años,* será castigado con presidio menor en su grado mínimo". El art. 349 se refiere al abandono en lugar solitario: "El que abandonare en un lugar *solitario* a un niño *menor de diez años,* será castigado con presidio menor en su grado medio".

Conforme a las normas transcritas, el abandono de un niño mayor de siete años en lugar no solitario y el de un niño mayor de diez años en lugar solitario, son atípicos.

El *sujeto activo,* en ambas alternativas, tiene que ser calificado, puede ser autor de abandono quien tiene obligación de prestar protección al menor, por lo tanto este delito es un tipo *especial. Sujeto pasivo* sólo puede ser un menor no mayor de *siete años* en el caso del abandono en lugar no solitario, y de *diez años* en uno solitario.

C. *El delito de abandono calificado*

Se califica este tipo penal por presentarse cualquiera de estas dos circunstancias: a) cuando el autor está ligado por un vínculo parental con el menor o por la obligación jurídica de cuidarlo, y b) considerando las consecuencias que tiene el abandono para el menor.

a) La primera fuente de calificación del delito está señalada por el art. 347 para el abandono en lugar no solitario, y el art. 349 si se produce en lugar solitario.

El art. 347, refiriéndose al abandono en lugar no solitario, expresa: "Si el abandono se hiciere por los *padres legítimos* o *ilegítimos* o por *personas que tuvieren al niño bajo su cuidado,* la pena será presidio menor en su grado máximo, cuando el que lo abandona reside *a menos de cinco kilómetros* de un pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos, y presidio menor en su grado medio en los *demás casos*".

El art. 350 agrega respecto del abandono en *lugar solitario:* "La pena será presidio mayor en su grado mínimo cuando el *que abandona es alguno de los relacionados en el art. 347".*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Padres *ilegítimos* es una expresión empleada en sentido amplio, comprensiva también de los padres naturales. Por "persona que tuviere al niño bajo su cuidado" ha de entenderse aquella que se encuentra a cargo del menor por disposición de la ley (en general los guardadores). Se descartan, de consiguiente, las personas que de hecho, accidental o circunstancialmente, lo tienen a su cargo, en caso de que abandonen al menor quedan sujetos al tipo *simple* descrito en el art. 346 ó 349.

b) La segunda circunstancia calificante considera el efecto o consecuencia que el abandono provoca en la vida o salud del menor. Para el abandono en lugar *no solitario* se señala en el inciso primero del art. 348: "Si a consecuencia del abandono resultaren *lesiones graves* o la *muerte del niño,* se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo, cuando fuere alguna de las *personas comprendidas en el artículo anterior,* y la de presidio menor en su grado máximo en el *caso contrario*".

Si el abandono se lleva a efecto en lugar *solitario,* rige el art. 351: "Si del abandono en un *lugar solitario* resultaren *lesiones graves* o la *muerte del niño,* se impondrá al que lo ejecuta la pena de presidio mayor en su grado medio, cuando fuere alguna de las *personas a que se refiere el artículo precedente,* y la de presidio mayor en su grado mínimo en el caso *contrario*".

Las personas comprendidas en el artículo anterior –el 347 y el 350, respectivamente– son los padres y los que por obligación de índole jurídica lo tuvieren bajo su cuidado (los guardadores).

Los resultados *muerte* o *lesión grave* que sufra el menor, deben estar en relación de causa a efecto con el abandono y ser susceptibles de imputarse objetivamente a la referida acción. De consiguiente la muerte o lesiones graves fortuitas o causadas por fuerza mayor quedan descartadas.

El tipo subjetivo. Este tipo requiere de dolo, pero como se trata de un delito de omisión *propia,* el dolo se satisface con la fase cognitiva, no requiere de la voluntad precisa de abandonar al menor, es suficiente saber que en el hecho se le está abandonando. De suerte que el conocimiento del sujeto activo de cuál es la acción que está realizando y de que al llevarla a cabo dejará al menor librado a sus propios medios, sea en lugar solitario o no, según las circunstancias, basta para conformar el dolo exigido, no es necesario, además, querer abandonarlo.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Si el agente, junto con saber que está abandonando al niño, sabe también que a consecuencia de ese acto va a morir o lesionarse gravemente, el hecho conformaría el delito doloso de homicidio o de lesiones graves, que podría entrar en concurso aparente con el de abandono.

18.3. El abandono de personas desvalidas

A. *El tipo penal y sus modalidades*

El delito se encuentra descrito en el art. 352: "El que *abandonare* a su *cónyuge* o a un *ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado,* si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo".

Se trata de un tipo *especial, de omisión propia, y de peligro concreto,*[452] por cuanto requiere de un sujeto calificado y que la conducta exponga a la víctima al peligro de perder la vida o dañar su salud.

La conducta descrita es la de *abandonar* a un pariente o cónyuge, de modo que todo lo comentado sobre lo que se entiende por abandono en los párrafos precedentes se da por reproducido en esta oportunidad. El delito requiere que el *sujeto activo,* además de ser *cónyuge* o un *ascendiente o descendiente* legítimo o ilegítimo de la víctima, haya estado legalmente o de hecho al *cuidado de la misma;*[453] de no ser así, no podría darse un abandono. No tiene trascendencia el lugar donde se hace el abandono,[454] puede o no ser solitario.

El sujeto pasivo para ser tal no sólo ha de estar vinculado por matrimonio o parentalmente con el agente, debe ser una persona *enferma* o *imposibilitada.* Cualquiera enfermedad que sufra un sujeto no permite calificarlo como desvalido; por lo tanto, sólo lo será cuando esa enfermedad lo deje en la imposibilidad de proveer a su propio cuidado, sea física o mentalmente. Se puede estar imposibilitado sin estar enfermo, como sucede con algunos

[452] Cfr. Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., pp. 371-372.
[453] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 15.
[454] Labatut, *D. P.,* t. II, p. 143.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

minusválidos, o con personas de avanzada edad. Tampoco importa si la enfermedad o imposibilidad es permanente o transitoria.

Cuando la víctima es menor de 7 ó 10 años, según lo señalado al tratar el abandono de niños, prefiere ese tipo penal al de abandono de personas desvalidas, porque aquel es especial en relación al menor.

El delito de abandono de personas desvalidas exige, para que pueda imponerse la pena, la concurrencia de una *condición objetiva* de punibilidad: la víctima ha de sufrir lesiones graves o morir a consecuencia del abandono. Esta consecuencia de la conducta no es el *resultado* del delito, porque el tipo penal es de peligro y no lo requiere para consumarse, pero sí lo exige para que se pueda punir,[455] el delito se perfecciona por la simple inejecución de la actividad esperada del agente.

18.4. Omisión de socorro

A. *Aspectos generales*

Procede comentar el delito de *omisión de socorro* a continuación de los de *abandono* antes analizados, aunque en el sistema del Código Penal estos últimos se describen entre aquellos que atentan contra la familia. Lo señalado se explica porque el objeto jurídico en los delitos de abandono es la seguridad de la vida y de la integridad física y psíquica de las personas, castigando a quienes las pongan en peligro, y con el de omisión de socorro sucede otro tanto. La *omisión de socorro,* que en el Código se describe entre los delitos falta –como se adelantó–, tiene como bien jurídico la vida o la salud de una persona que se encuentra expuesta a peligro en cuanto a su vida o su salud;[456] de modo que al igual que las figuras de *abandono,* su ubicación debería estar entre los delitos contra las *personas,* en el

[455] Califica como delito de lesión al tipo penal descrito en el art. 352 Alfredo Etcheberry, para quien la muerte o la enfermedad de la víctima sería su resultado (*D. P.,* t. IV, p. 15), lo que de aceptarse significaría la posibilidad de tentativa y frustración, etapas de ejecución que no pueden darse en el abandono.

[456] Cfr. Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, op. cit., p. 763; Bustos, Grisolía, Politoff, op. cit., p. 391; Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 17.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

Título VIII. Sin perjuicio de lo expresado, hay amplios sectores de la doctrina que han sostenido que el bien protegido en la omisión de socorro es la *solidaridad humana* y no la vida o salud (así Rodríguez Mourullo, Muñoz Conde, Rodríguez Ramos, entre otros) y aun que sería la *seguridad* (Bustos, Bajo Fernández).

Etcheberry[457] incluye como una de las modalidades de la omisión de socorro, a la falta descrita en el art. 493 N° 13, a la que se aludió en el párrafo precedente, que consiste en no amparar al menor de siete años, perdido o abandonado, cuando ha sido encontrado por una persona, que contrae –en ese momento y por disposición de la ley– la obligación de entregarlo a su familia o de recogerlo y ponerlo en un lugar seguro, en ambos casos dando cuenta a la autoridad. La disposición se extiende tanto al niño que se ha *extraviado* como al que ha sido víctima de *abandono* por quienes lo tenían a su cuidado.

No obstante, el tipo que generalmente se califica como omisión de socorro es el descrito en el art. 494 N° 14.

B. *Elementos y características del tipo penal*

El delito falta de omisión de socorro está descrito en el art. 494 N° 14: "Sufrirán la pena de multa de dos a cinco unidades tributarias mensuales:

14. El que *no socorriere o auxiliare* a una persona que encontrare en *despoblado herida, maltratada* o en *peligro de perecer*, cuando pudiere hacerlo sin *detrimento propio*".

Como se desprende de la descripción transcrita, se trata de un tipo de *omisión propia*, de *peligro concreto*,[458] porque lo reprimido es la no prestación de socorro o auxilio a una persona que está en peligro de perecer (o sea, que está expuesta a un riesgo preciso), un no hacer aquello que la ley espera que una persona haga en tal situación.

De modo que la conducta consiste en *omitir* prestar socorro, que no es otra cosa que ayudar al sujeto en peligro, u *omitir auxiliarla*,

[457] *D. P.*, t. IV, p. 16.

[458] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., pp. 72-73; Fontán Balestra, op. cit., p. 148.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

lo que ha de entenderse en sentido amplio, que comprende a su vez solicitar ayuda cuando no puede prestarla directamente.

Para que surja esta obligación, el agente debe *encontrar* a una persona en *despoblado,* concepto este último que debe ser interpretado *progresivamente.* La voz despoblado no ha de limitarse en su alcance únicamente a los lugares donde no hay casas o construcciones habitadas, sino que es comprensiva de cualquier lugar donde –en las condiciones concretas existentes en el instante del encuentro– no haya personas en condiciones de prestar auxilio a la víctima, aunque cuente con construcciones habitacionales. Bien señala Etcheberry que no aparece justificada la diferencia entre poblado y despoblado en este caso, por cuanto la razón de ser de la figura es el peligro efectivo en que se encuentra la persona, y no el peligro posible que pudiera amenazarla.[459] La disposición legal cuando alude al *encuentro* de una persona, se refiere a ubicarla físicamente, estar en presencia de ella, y no al mero conocimiento de que hay alguien en peligro.[460]

La acción que debe realizar el sujeto es la adecuada para evitar o disminuir el peligro a que está expuesta la víctima,[461] acción que debe tener *eficacia potencial* para que se entienda cumplida la obligación.[462]

El tipo penal requiere de una condición, que el sujeto activo esté en situación de prestar el socorro *sin detrimento propio.* La mejor forma de interpretar esta condición negativa es en sentido de que el detrimento a sufrir se mensure conforme a los principios propios del *estado de necesidad;* en otros términos, la omisión estará *excusada* cuando no haya podido exigirse al agente una conducta adecuada a la norma de socorro, en el momento y en las circunstancias materiales del hecho[463] (se trata entonces de una exigencia que se refiere a la culpabilidad del sujeto activo).

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, pero el *pasivo* sólo puede ser aquella cuya integridad física se encuentra expuesta a un peligro, o sea, un riesgo de su vida o salud y, en este último

[459] *D. P.,* t. IV, p. 17.
[460] Muñoz Conde, op. cit., p. 158.
[461] Cfr. Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, op. cit., p. 765.
[462] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 77.
[463] Cfr. Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, op. cit., p. 764.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

caso, ha de ser grave, que importe un peligro serio a su supervivencia, en ese sentido han de entenderse las expresiones "herida, maltratada o en peligro de perecer". Estas alternativas las puede enfrentar no sólo aquel que está herido o enfermo, sino también el sano que accidentalmente queda en grave riesgo de su vida, como el alpinista extraviado, el nadador temerario. Se excluye de estas situaciones la persona que está obligada jurídicamente a soportar el peligro[464] (como el caso del salvavidas o el policía).

C. *El tipo subjetivo*

Como se trata de un delito de omisión propia, requiere de dolo que se satisface con el simple conocimiento de que concurren las condiciones de hecho necesarias para que actúe, y que sepa y esté en condiciones de llevar a cabo la actividad de ayuda o auxilio (conocimiento de su *capacidad real* de actuar).[465] No es necesario que *quiera* que el resultado lesivo se concrete; en otras palabras, es suficiente el conocimiento, no la voluntad de concreción del riesgo.

D. Iter criminis. *Participación. Concursos*

No puede darse una situación de *tentativa* ni de *frustración,* atendido que se trata de un delito propio de omisión, donde tales alternativas quedan descartadas. Tampoco es posible la *coautoría,* por cuanto aunque sea más de una persona la que omite, cada una infringe su personal deber de actuar, cada una podrá tener la calidad de autor individual, pero no así la de coautor.[466] Tampoco es posible la *complicidad,* por la misma razón recién anotada.

Es posible que se presente una *situación de concurso* aparente entre la omisión de socorro con resultado muerte y el homicidio por omisión, pero la diferencia incide en las características del

[464] Soler, op. cit., t. III, p. 220.

[465] Bustos, op. cit., p. 97.

[466] Cfr. Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, op. cit., p. 766; Bustos, *Manual,* p. 99.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

tipo objetivo de ambas figuras. Para que pueda haber homicidio por omisión el sujeto activo debe encontrarse en una situación de *garante de la vida de la víctima,* en tanto que en la omisión de socorro el sujeto activo puede ser cualquiera persona que encuentre a la víctima, con la cual precisamente no ha de estar en posición de garante. Esta última, si no presta la ayuda necesaria y el sujeto en peligro fallece, simplemente responde de la omisión de socorro y no de esa muerte. Lo que en definitiva consagra este delito, respondiendo a la concepción de un estado social, es la humanización del comportamiento del hombre.[467]

19. DELITOS CONTRA EL ORDEN LEGAL DE LA FAMILIA

19.1. Aspectos generales

Al iniciar el análisis de los delitos contra el orden de la familia se hizo notar que los descritos en el respectivo título en el Código Penal eran de muy distinta naturaleza. Se comprendían entre ellos algunos que no tenían relación con la familia, pero sí con la seguridad de la vida y la integridad corporal o salud,[468] o sea, con el peligro de esos bienes jurídicos, como sucede con los delitos de abandono comentados en el capítulo anterior. A continuación se hará referencia a varias figuras que dicen vinculación con la familia, pero observada desde la perspectiva de su estructura legal.

Los delitos que se estudiarán son aquellos que constituyen un atentado al estado civil y al matrimonio. Esta última forma de agrupar esos tipos penales es tradicional en nuestra literatura jurídica, a pesar de que la doctrina cuestiona la naturaleza jurídica de los objetos protegidos con estos delitos. Se afirma que el *estado civil,* por sí mismo, no tendría por qué ser digno de protección, y que en derecho resulta imposible su lesión, sin perjuicio de que pudieran resultar afectadas las *relaciones jurídicas* que del estado civil se derivan.[469] Estas visiones llevan a algunos autores a sostener que tal protección adquiere sentido en función de su incidencia

[467] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 70.
[468] Cfr. Labatut, *D. P.,* t. II, p. 142.
[469] En ese sentido Boix Reig, op. cit., p. 707.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

en las relaciones jurídicas, en particular en cuanto a la posición y forma de participar que cada cual tiene en la sociedad (Bustos). Hay sectores doctrinarios que se inclinan por considerar como bien jurídico "el conjunto de facultades, derechos y acciones procesales (...) que se derivan de un estado civil".[470]

Se distingue para estos efectos entre estado civil *absoluto,* que sería el que no es posible modificar (entre ellos el estado civil de ser hijo de determinada mujer), el *relativo,* que es el adquirido y sujeto a mutaciones (tal como sucede con el matrimonio, que se contrae y termina con la muerte de uno de los contrayentes).[471] En el sistema nacional, en los delitos sancionados en el párrafo N° 3 del Título VII, lo amparado es el estado civil, porque así lo señala explícitamente el enunciado del mismo. Protege el estado civil en cuanto su trascendencia social y sus consecuencias jurídicas. En el párrafo se describen varios tipos penales relacionados con el estado civil, que se estudiarán a continuación.

19.2. Delitos contra el estado civil de las personas

A. *Figuras que se comprenden en este párrafo*

El párrafo N° 3 del Título VII, bajo el subtítulo de "Crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas" (arts. 353 a 357), describe un conjunto de figuras que dicen referencia con el estado civil, pero con el estado civil *familiar,* o sea, la pertenencia de una persona a una familia en particular.[472]

El *estado civil* ha sido definido por el Código Civil en el art. 304: "El estado civil es la *calidad* de un individuo, en cuanto lo *habilita para ejercer ciertos derechos* o contraer *ciertas obligaciones civiles*". Como bien precisa Etcheberry, lo que se protege con estas figuras penales no es el estado civil en abstracto, que posee un sujeto –que no puede perderse–, sino aquellos derechos u obligaciones que le son inherentes.[473]

[470] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 314.
[471] Rodríguez Ramos, op. cit., p. 276.
[472] Muñoz Conde, op. cit., pp. 379-380.
[473] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 20.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (Ley N° 17.336)

A continuación se hará referencia a la suposición de parto, a la usurpación de un estado, sustitución de un niño, supresión de un estado civil y a la usurpación del mismo, sin perjuicio de tratar otras descripciones que están vinculadas con las anotadas. Estas figuras penales protegen el denominado estado civil *absoluto,* pues amparan a aquel que se adquiere normalmente con el nacimiento. En puridad, esos estados no pueden perderse en la realidad de la vida, porque son inmutables, sólo sus efectos o los derechos que de él derivan son susceptibles de privación.

B. *Los delitos de suposición de parto y la sustitución de niños*

El art. 353 los describe en esta forma: "La *suposición de parto* y la *sustitución de un niño* por otro, serán castigados con las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a veinticinco unidades tributarias mensuales".

Se trata de dos tipos penales distintos, que el legislador ha castigado con igual pena y comprendido en un artículo único, pero que merecen comentarios independientes:

a) *La suposición de parto*

Consiste en hacer aparecer a una mujer dando a luz un hijo que no ha tenido; se altera en esa forma el estado civil de un niño realmente existente –aunque haya muerto– para fingir que tiene como madre a una mujer que no lo es. La suposición exige la existencia real de un menor; si se pretende fingir la existencia de un ser que no ha vivido en verdad, no corresponde hablar de suposición de parto.[474] Se trata de un delito de *peligro* en que es suficiente suponer el parto, aunque no se concrete el nuevo estado civil del hijo aparente con las inscripciones pertinentes en el Registro Civil;[475] para la consumación del delito no es fundamental que el cambio del estado civil se oficialice.

[474] Labatut, *D. P.,* t. II, p. 144.

[475] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 318; Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 20.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El tipo subjetivo del delito exige dolo directo, y de un elemento subjetivo: el ánimo de cambiar oficialmente el estado civil del niño.[476]

El sujeto activo puede ser cualquiera persona, aunque normalmente será la mujer a quien se atribuye el parto. El sujeto pasivo necesariamente tiene que ser un niño, expresión que no aparece precisada por la disposición, pero ha de entenderse como el de un menor impúber,[477] por el alcance que en el lenguaje corriente se da al vocablo "niño" en nuestro idioma.

b) *Sustitución de un niño por otro*

El art. 353 transcrito en el párrafo anterior sanciona este delito que consiste en reemplazar a un niño por otro, lo que involucra que existiendo un niño en una familia, se le sustituye por uno diferente para aparentar que pertenece a ella. Normalmente esta acción importa que al niño reemplazado también se le cambia el estado civil, pero lo exigido es que uno, por lo menos, pase a ocupar un lugar que no le corresponde en el orden civil dentro de una familia, aunque sólo sea su madre. Al igual que en la hipótesis de suposición de parto, el delito se consuma con la materialidad de la sustitución, no se exige que se oficialice con las inscripciones de rigor el nuevo estado civil.

No importa el sexo del menor, por lo menos ha de tratarse de un impúber que debe, además, ignorar cuál es su verdadero estado civil; si lo conoce, podrá darse un delito distinto, pero no el reglado en el art. 353. El niño sustituido puede ser hombre o mujer, pero a su vez y como se ha dicho, ha de ser un impúber. Carece de interés que tengan la calidad de legítimos o ilegítimos, la ley no hace diferencia.

El sujeto activo puede ser hombre o mujer, de cualquiera edad; se trata de un delito *común*.

El tipo *subjetivo* se integra por el dolo, cuyo contenido es el conocimiento del agente y su voluntad de reemplazar al menor; al dolo debe agregarse un elemento subjetivo del tipo consistente en el ánimo de modificar su estado civil.

[476] Bustos, *Manual*, p. 126.

[477] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 21 (si bien haciendo referencia al delito de sustitución de un niño).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

C. *Usurpación de estado civil y ocultamiento o exposición de un niño*

El art. 354, en el inc. 2°, expresa: "El que *usurpare el estado civil de otro,* sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se impondrán al que *substrajere, ocultare o expusiere* a un hijo *legítimo o ilegítimo* con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil". En esta disposición se describen dos tipos penales distintos, que se analizarán separadamente.

Usurpación de estado civil es aparentar –con cierta permanencia–[478] tener el estado civil de un tercero, atribuirse los derechos y, en general, las facultades inherentes a un estado civil que es de otra persona (en términos simples consiste en suplantar en su estado civil a otra persona). Es fundamental que se trate de otro sujeto que realmente exista o haya existido, el usurpado puede estar vivo o muerto. Si el agente se *crea* o *inventa* un estado que no le pertenece a él ni a un tercero, no hay usurpación y tampoco se daría este tipo penal. Como el delito es *común,* el sujeto activo puede ser cualquiera persona, sin distinción de su edad o sexo; otro tanto sucede con el sujeto pasivo. Además es un delito *permanente*[479] y de mera actividad.

El delito de *ocultación o exposición de un niño* está sancionado en el inciso segundo del art. 354. Es un tipo de hipótesis múltiple, pues los distintos verbos rectores empleados por la disposición legal así lo evidencian: sustraer, ocultar o exponer.

Sustraer significa sacar a un niño de la esfera de protección en la cual se encuentra o impedir que quienes lo tienen a su cuidado cumplan esa función, función que normalmente está a cargo de los padres o guardadores del menor. Esta clase de sustracción materialmente es igual a la que se describe en el art. 142 como *sustracción de un menor,* pero se diferencia porque en la sustracción de un niño descrita en esta última disposición se castiga el atentado a la libertad del menor, en tanto que con la figura que comentamos lo que se pretende es atentar a su estado civil, a *las facultades que tiene de ejercer ciertos derechos y estar sujeto a determinadas obligaciones propias de ese estado civil.*

[478] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 321.

[479] Cfr. Boix Reig, op. cit., p. 716.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Ocultar es esconder al niño, de manera que los demás no sepan cuál es su paradero, para disimular las *circunstancias de su nacimiento;*[480] *exponer* consiste en abandonar al menor en una casa de expósitos o, en general, en cualquier establecimiento de asistencia de modo que no se pueda determinar su *situación familiar*[481] (se señaló al tratar del abandono de menores que esa acción no se adecuaba el tipo penal de abandono atendido lo dispuesto por el art. 348 inc. 2°). Las distintas modalidades de acción recién señaladas deben llevarse a cabo para afectar el *estado civil del niño,* porque se trata de delitos que amparan ese bien jurídico.

El sujeto *activo* puede ser cualquiera persona, sus ascendientes legítimos o ilegítimos, como cualquier otro tercero extraño. La víctima necesariamente ha de tratarse de un *hijo legítimo o ilegítimo,* sin que interese su edad o sexo.

El *tipo subjetivo* se integra por el dolo, que abarca la acción que se realiza (sustracción, ocultación o exposición) y la circunstancia fáctica de ser la víctima un hijo legítimo o ilegítimo. Además del dolo, se requiere de un elemento subjetivo: *el ánimo verdadero o presunto de hacer perder a la víctima su estado civil.*[482] La voz "presunto" empleada por el precepto legal no tiene otro alcance que el de permitir que se pruebe por presunciones el ánimo en cuestión, así lo hizo presente el miembro de la Comisión Redactora, señor Reyes,[483] que estimó útil dejar constancia de ello porque la prueba por presunciones no era aceptada normalmente en materia penal. El referido comentario dio origen a este agregado, actualmente innecesario y equívoco.

D. *No presentación de un menor por el encargado de su persona*

El art. 355 se refiere a este tipo penal: "El que hallándose *encargado de la persona de un menor no lo presentare,* reclamándolo sus padres,

[480] Labatut, *D. P.,* t. II, p. 145.

[481] Labatut, *D. P.,* t. II, p. 145.

[482] La jurisprudencia ha declarado la necesidad del referido elemento subjetivo del tipo (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, Código Penal,* p. 152).

[483] Sesión N° 68 de 9 de diciembre de 1871.

LA REPRODUCCIÓN DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, *ni diere explicaciones satisfactorias* acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio".

El *tipo objetivo* consiste en la no presentación del menor por quien lo tiene a su cargo o en no dar explicaciones satisfactorias sobre su desaparición. Se trata de un delito *especial* que requiere de un sujeto calificado (aquel que está a cargo de la persona del menor). Este delito, aunque aparentemente sería de omisión, no lo es en la realidad, por cuanto el tipo exige, fuera del comportamiento omisivo, que el sujeto *tenga a su cargo* la persona del menor (sea contractualmente o de hecho), y que éste sea *reclamado* por sus padres, por sus guardadores o por la autoridad. Esta última puede actuar de oficio o a petición de los demás parientes del menor. El delito podría confundirse con el de *sustracción* de un menor, pero se diferencia con él tanto porque supone una entrega previa y voluntaria del niño al encargado, como porque el objetivo del hecho es afectar al estado civil de la víctima[484] y no a su libertad, a pesar de que el comentarista Pacheco lo considera como una presunción de autoría de sustracción.[485]

El agente puede liberarse del cargo presentando al menor o dando explicaciones satisfactorias de por qué no lo hace; serán satisfactorias las explicaciones cuando permitan descartar las sospechas en su contra o justifiquen la desaparición del niño.

El sujeto pasivo tiene que ser un menor, o sea, no mayor de dieciocho años cumplidos, y estar a cargo del sujeto activo.

Además del dolo –saber y querer omitir la presentación del menor o las explicaciones adecuadas– debe concurrir un elemento subjetivo del tipo, o sea, el ánimo de afectar al estado civil del niño.

[484] Hay autores, como Etcheberry, que estiman que el delito tiene un alcance mucho más amplio y no siempre debe afectar al estado civil (*D. P.*, t. IV, pp. 23-24). No es posible compartir esa interpretación por cuanto la denominación del párrafo donde se describe la figura precisa que se trata de delitos dirigidos a proteger el estado civil. Esta última opinión es también compartida por Labatut (*D. P.*, t. II, p. 147).

[485] Pacheco, op. cit., t. III, p. 250.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

E. *Inducir a abandonar el hogar a un menor*

El art. 357 describe esta figura en la siguiente forma: "El que *indujere a un menor* de edad, pero mayor de diez años, a que *abandone la casa* de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales".

El delito de inducción al abandono del hogar conlleva atentar al estado civil del inducido. Si no hay tal objetivo, se estará ante un comportamiento atípico, salvo que se encuadre en figuras como el rapto o en la sustracción de menores.

El *tipo objetivo* consiste en la acción destinada a convencer (inducir) a un menor para que abandone el hogar que lo protege, sea el de sus padres, guardadores o encargados de su persona; en otros términos, consiste en hacerlo tomar la decisión de que abandone su casa de manera permanente. No es necesario para que el delito se consume que colabore en el alejamiento, o que le facilite los medios o que participe en alguna otra forma en el abandono.

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona que no sean los padres, guardadores o encargados, y el sujeto *pasivo* tiene que ser un menor, de diez o más años cumplidos y que no sobrepase los dieciocho años de edad. Si tiene menos de diez años, la inducción importa sustracción del menor conforme lo dispuesto en el art. 142, aunque el niño haya consentido.

El *tipo subjetivo* requiere de dolo y de un elemento subjetivo, el móvil de atentar en contra del estado civil del menor. De consiguiente, si se induce a abandonar el hogar a un niño mayor de diez años y sin ánimo de afectar su estado civil, no se comete delito, sería una conducta impune.

F. *Encargado de un menor que lo entrega a un establecimiento público o a terceros*

El art. 356 dispone: "El que teniendo a su cargo la *crianza o educación de un menor de diez años,* lo *entregare* a un *establecimiento público* o a *otra persona, sin la anuencia* de la que se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, y de ello *resultare perjuicio grave,*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

será castigado con reclusión menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales".

El *tipo objetivo* de este delito se integra por la conducta del encargado del menor de *entregarlo* a un establecimiento público (en el concepto queda comprendida una institución privada abierta al público)[486] o a un tercero, significa que el agente desplaza su obligación de cuidarlo a un tercero. Además, debe concurrir un elemento negativo, *no contar con la autorización* de los que le confiaron el encargo o de la autoridad.

El delito es *especial* porque requiere un sujeto calificado (una persona encargada del cuidado del menor), que se consuma con la entrega del niño a terceros. Pero para que ese comportamiento típico –ya consumado con la entrega– pueda sancionarse, se requiere que se cumpla una *condición objetiva de punibilidad:* que resulte un perjuicio grave para el menor. Si no se cumple esta condición –que no es el resultado del delito, sino la circunstancia necesaria para que la conducta consumada pueda sancionarse–, el hecho no es punible, aunque es típico, antijurídico y culpable.

El sujeto pasivo es un *menor de diez años* de edad, que tiene que estar al cuidado del sujeto activo en el momento de la comisión del delito.

El tipo *subjetivo* se satisface con el dolo del agente, esto es, el conocimiento y la voluntad de entregar el menor a su cargo a terceros; no es necesario que pretenda causarle perjuicio, porque la condición objetiva no requiere ser abarcada por el dolo. El dolo tiene que ir aparejado del *elemento subjetivo* de afectar el estado civil del menor. Si falta ese elemento subjetivo, la conducta es atípica.[487]

19.3. Matrimonios ilegales

A. *Antecedentes generales*

En el Título VII, el párrafo N° 10 (arts. 382 a 389) se ocupa de la descripción de varios –quizás demasiados– delitos que se relacionan

[486] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 24.

[487] Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 146.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

con el matrimonio. El referido párrafo tiene como enunciado: "Celebración de matrimonios ilegales", y se encuentra incorporado al título que trata los delitos contra la familia, seguramente porque el matrimonio es la fuente de la familia legítima.

Los distintos tipos que se sancionan se refieren a matrimonios celebrados con vicios de forma o de fondo. Aparte de lo dudoso que pueda ser elevar a la categoría de delito materias como las señaladas, algunas son de tan poca trascendencia que bien podrían haber sido consideradas faltas,[488] hoy es aconsejable su eliminación.

El bien jurídico objeto de estas figuras penales no es el matrimonio en cuanto estado civil, sino la estructura de ese vínculo, concebido por razones de interés público, en forma monogámica; de suerte que lo amparado de modo inmediato es el *matrimonio mismo,*[489] lo que adquiere relevancia en el caso de la bigamia.

19.4. El delito de bigamia

A. *Concepto del delito*

Está descrito en el art. 382: "El que *contrajere matrimonio* estando *casado válidamente,* será castigado con reclusión menor en su grado máximo".

Del precepto legal se desprende que la bigamia requiere de un antecedente o presupuesto previo: la existencia de un matrimonio válido anterior. Procede, por lo tanto, determinar qué ha de entenderse por matrimonio válido para estos efectos.

Se sabe que según la Ley de Matrimonio Civil, el celebrado en Chile, conforme a su normativa, se considera matrimonio válido en tanto no se haya declarado nulo por sentencia ejecutoriada. También es matrimonio válido para la ley nacional el contraído en el extranjero conforme a las formalidades de la ley del país en que se celebró (art. 15 de la Ley de Matrimonio Civil). En consecuencia, aunque el matrimonio previo adolezca de un vicio de nulidad, en tanto no sea declarado inválido, debe considerarse

[488] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 25.
[489] Boix Reig, op. cit., p. 718.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

como matrimonio legalmente celebrado. Lo señalado vale para el caso de que con anterioridad exista más de un matrimonio, lo que puede suceder.

Si el sujeto a quien se atribuye bigamia pretende que se declare la nulidad del primer matrimonio (matrimonio anterior), no puede plantear esa materia en el juzgado del crimen que instruye el proceso respectivo, debe iniciar formalmente demanda civil de nulidad en el juzgado civil competente (art. 173 incs. 2° y 3° del C.O.T.), y en tanto se tramita este juicio la investigación en el proceso criminal se suspende (art. 4° del Código de Procedimiento Penal).[490]

B. *Tipo objetivo*

La bigamia es un delito de actividad positiva (la comisión por omisión no es posible y tampoco es delito propiamente omisivo).[491] Es un delito *especial* (el sujeto activo sólo puede ser una persona casada válidamente con anterioridad) y es *instantáneo* (se consuma en el momento en que se contrae el segundo matrimonio).[492] Las características indicadas se desprenden de la conducta tipificada en el art. 382: *contraer un nuevo matrimonio.* La recién señalada es la acción típica, o sea, que el sujeto activo celebre segundas nupcias a pesar de estar unido por vínculo matrimonial anterior no disuelto, al hacerlo se consuma el delito.[493] El segundo matrimonio no requiere ser *válido,* es suficiente que cumpla con las condiciones de *existencia* establecidas por la ley para ser calificado como matrimonio. Esas condiciones son que los contrayentes sean de diferente sexo (un hombre y una mujer), que el matrimonio se celebre ante un oficial del Registro Civil (aunque sea incompetente) y dos testigos (aunque sean inhábiles), y que

[490] Hay jurisprudencia uniforme en el sentido señalado (consúltese el *Repertorio,* p. 162).

[491] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 179.

[492] Así lo ha declarado la Corte Suprema en jurisprudencia reciente (consúltese el *Repertorio,* p. 162; *Fallos del Mes,* año 1990, N° 380, S. 4ª, p. 348).

[493] La jurisprudencia ha sostenido igual criterio (consúltese el *Repertorio,* p. 161).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

los contrayentes hayan dado su consentimiento formalmente.[494] Si el matrimonio no se celebró en el país, no se exige que haya intervenido un oficial civil.

Este segundo matrimonio es nulo por naturaleza, toda vez que hay un matrimonio anterior válido, por lo tanto no tiene relevancia para los efectos de la bigamia que pueda adolecer de otros vicios –diversos al señalado– que lo invaliden; por el solo hecho de haber celebrado estas segundas nupcias inválidas se incurre en el delito, o sea, aunque estos matrimonios adolezcan formalmente de otro vicio de nulidad.

C. *Sujetos activo y pasivo del delito*

Es autor del delito de bigamia quien contrae nuevas nupcias estando casado válidamente,[495] se trata de un sujeto *activo calificado,* que puede ser hombre o mujer, siempre que haya celebrado un matrimonio anterior válido. El otro contrayente del nuevo matrimonio no siempre es autor, menos aun coautor, porque se trata de un delito de participación necesaria. Por lo tanto, la circunstancia de que ineludiblemente deban intervenir dos personas en la bigamia, un hombre y una mujer, no significa que ambas sean autoras. Si el tercero que contrae matrimonio con la persona válidamente casada está en conocimiento de esa circunstancia, es autor del delito, porque se cumplen las condiciones subjetivas y objetivas del tipo penal bigamia; no sucede otro tanto si ignoraba la condición de casado del otro contrayente, porque en ese caso no concurriría en él el dolo necesario inherente al tipo subjetivo de la figura punible. Esta tesis no es compartida por aquellos que sostienen que hay un solo autor en la bigamia –el que estaba casado válidamente con anterioridad– y sería el único que podría serlo por exigencias del tipo penal *especial;* el otro contrayente, aunque haya sabido la existencia del vínculo previo, nunca sería autor, porque no está unido por vínculo matrimonial anterior

[494] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 324; Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 26.

[495] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 323; Rodríguez Ramos, op. cit., p. 286.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY Nº 17.336)

no disuelto, cuando más –según esta tendencia– podría tener la calidad de cómplice,[496] como colaborador de la acción del autor.[497] Esta tesis no se comparte en esta obra, porque el cómplice –como mero colaborador– nunca debe realizar la acción prohibida, y el contrayente inocente en la bigamia sí la realiza, en su calidad de interviniente necesario; mas aun cuando lo hace con el conocimiento aludido, actúa con dolo.

El sujeto *pasivo* es una cuestión difícil de determinar y depende de la naturaleza que se asigne al bien jurídico protegido. Al aceptar que lo amparado es el matrimonio, si se le considera en su naturaleza social, o sea, como institución monogámica conformadora de la familia, núcleo central de la sociedad (art. 1° de la Constitución), hay que concluir que el sujeto pasivo es la sociedad como ente colectivo,[498] haciendo diferencia entre sujeto pasivo y perjudicado. Doctrina esta última que está en armonía con nuestro sistema, porque la bigamia está descrita entre los delitos que atentan en contra de la familia. Si se mantiene la idea tradicional en el sentido que lo protegido es únicamente el estado civil, podría inferirse que el sujeto pasivo es el otro cónyuge del matrimonio anterior, y el contrayente de buena fe del nuevo matrimonio.

D. *Tipo subjetivo*

La bigamia requiere de dolo para su conformación, que se extiende al conocimiento del matrimonio previo. El sujeto activo ha de tener conocimiento que se encuentra válidamente casado, que ese matrimonio no está disuelto y, no obstante, quiere contraer segundas nupcias. La duda en cuanto a la existencia del primer matrimonio debe asimilarse a la ignorancia, de manera que en ese aspecto no procede el dolo eventual.

---

[496] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 387; Boix Reig, op. cit., p. 720.

[497] Para Etcheberry, es posible la coautoría (*D. P.*, t. IV, pp. 26-27), opinión de la que disentimos por cuanto en los delitos de participación necesaria los que intervienen en su comisión son autores, pero no coautores. Los intervinientes necesarios tienen que realizar el hecho aportando cada uno acciones individuales determinadas y generalmente personalísimas.

[498] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., t. I, p. 283; Boix Reig, op. cit., p. 720.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

E. *Iter criminis*

La bigamia se consuma en el instante en que se celebra el segundo matrimonio, de manera que es un delito instantáneo. Si bien se trata de una figura de acción positiva, que no requiere de resultado, admite la tentativa. Habría tentativa cuando se da comienzo a la ejecución del segundo matrimonio, o sea, cuando se realizan los actos iniciales de su celebración;[499] pero no así por la realización de los actos anteriores, como la manifestación e información, que no son actividades de ejecución, sino de *preparación,* y por ello no punibles.

19.5. Delitos en que se infringen las formalidades del matrimonio

A. Características de estos delitos

Se mantienen en el Código Penal algunos tipos penales que tienen por objetivo amparar las solemnidades que la ley civil establece para su celebración. Son normas de protección del estado civil *relativo,* porque se trata de un estado que se adquiere o se pierde, según las circunstancias.

Los tipos penales sancionados están descritos en los arts. 384 y 388.

B. *Celebración de matrimonio por funcionario engañado o forzado*

El art. 384 expresa: "El que por *sorpresa* o *engaño* hiciere intervenir al funcionario que debe autorizar su matrimonio *sin haber observado* las prescripciones que la ley exige para su celebración, aun cuando el matrimonio sea válido, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Si lo hiciere intervenir con *violencia* o *intimidación,* la pena será reclusión menor en sus grados medio a máximo".

[499] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 325.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El *tipo objetivo* consiste en la celebración de un matrimonio por el oficial del Registro Civil (que es el funcionario a que alude la disposición) sin que se respeten las formalidades legales, que pueden ser de cualquier orden, traigan o no la nulidad como consecuencia. Esta celebración puede llevarse a efecto mediante dos modalidades:

a) Por *engaño,* lo que supone la existencia de una actividad dolosa realizada por un tercero y dirigida a hacer incurrir en error al funcionario para que omita una exigencia legal. La disposición acepta la alternativa de que sea *sorprendido* el funcionario, lo que podría importar que permite a su vez la posibilidad de una conducta *culposa* de su parte;

b) El funcionario es compelido por la fuerza física (violencia) o coaccionado (intimidado), para que lleve a cabo el matrimonio omitiendo el cumplimiento de una formalidad legal. En este último caso el delito se califica, por cuanto se sanciona con una pena más rigurosa.

El *sujeto activo* puede ser un tercero ajeno o uno de los contrayentes. El *tipo subjetivo* exige dolo directo, el eventual no es posible, porque el delito requiere de engaño o violencia, lo que presupone una voluntad dirigida a lograr que el funcionario actúe.

Para que el delito se *consume* se necesita que el matrimonio se celebre; si no se concreta dicha celebración, la maquinación engañosa o el uso de la fuerza pueden constituir un comienzo directo de ejecución del delito, actividad que sería punible como tentativa.

C. *Autorización o inscripción de un matrimonio prohibido*

El art. 388 describe esta figura penal en los siguientes términos: "El oficial civil que autorice o inscriba un matrimonio prohibido por la ley o en que no se hayan cumplido las formalidades que ella exige para su celebración o inscripción, sufrirá las penas de relegación menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Igual multa se aplicará al ministro de culto que autorice un matrimonio prohibido por la ley.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

El ministro de culto que, con perjuicio de tercero, cometiere falsedad en el acta o en el certificado de matrimonio religioso destinado a producir efectos civiles, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados".

Los tipos penales descritos en el precepto transcrito son especiales, porque requieren de un sujeto calificado, o sea deben tener la calidad de oficial de registro civil o ministro de culto, según haya sido el funcionario que celebró el matrimonio.

En el artículo 388, inciso primero, se sancionan dos tipos de figuras, ambas de carácter funcionario y de mera actividad, la primera consiste en *autorizar un matrimonio prohibido por la ley* –como sucedería si pretendieran contraerlo personas incapaces de hacerlo según la ley o no manifestaren libremente su consentimiento, entre otros casos–, en esta alternativa los sujetos activos pueden ser un oficial de registro civil o un ministro de culto; pero tratándose de un oficial, además su conducta puede consistir en autorizar el matrimonio sin cumplir con las formalidades que establece la ley de matrimonio civil. La sanción es diversa según quien sea el autor, si se trata de un oficial del registro le corresponden la de relegación más una multa; si el autor es un ministro de culto solo la de multa.

La segunda hipótesis es la inscripción de un matrimonio prohibido, conducta en que sólo puede incurrir un oficial de registro civil y no un ministro de culto.

En el inciso segundo del artículo 388 se describe un delito de falsedad que requiere resultado, si bien también es de naturaleza especial, pues exige un sujeto calificado, porque tiene que ser un ministro de culto. La conducta prohibida ofrece dos variantes: incurrir en falsedad en el acta de matrimonio destinada a producir efectos civiles u otorgar un certificado mendaz del mismo. La falsedad normalmente será de naturaleza ideológica (faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales), pero no se descarta la posibilidad de una falsedad material (alterar un documento verdadero de modo que varíe su sentido), siempre que sea realizada por el ministro de culto autorizado para intervenir. El tipo exige en estos últimos casos para que el delito se consume que se cause un perjuicio a un tercero con la falsedad, se trata de una figura material que no se satisface con la mera falsificación. La sanción que la ley le asigna es presidio menor en cualquiera de sus grados.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En las figuras que en los incisos primero y segundo del artículo 388 se describen, se requiere de parte del funcionario dolo directo, debe tener conocimiento de que está incurriendo en las conductas prohibidas.

D. *Simulación de matrimonio*

El art. 383 señala en lo que interesa a esta figura: "El que *engañare* a una persona *simulando* la celebración de matrimonio con ella, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo".

El *tipo objetivo* está conformado por la acción de contraer nupcias, pero sólo en forma aparente, donde el sujeto activo –hombre o mujer– debe *engañar* al otro contrayente, mediante un solo recurso: simulando la celebración de un matrimonio. A saber, el sujeto activo debe actuar con dolo directo y puede ser cualquiera persona, otro tanto sucede con el sujeto pasivo –que es el engañado–, pero como se trata de un delito de *participación necesaria,* deben ser dos los intervinientes y entre ambos ha de existir diferencia de sexo, esto es, sin perjuicio de que el agente pueda tener cómplices.

En este caso no se ha celebrado realmente el acto jurídico, sino que se ha fraguado una maquinación para hacer creer a una persona que lo está haciendo. Ese engaño, si bien no constituye un verdadero fraude (que involucra lesión patrimonial) en su sentido penal, podría constituir un fraude muy particular destinado a lograr el acceso carnal con la víctima. Pero no es eso lo sancionado, sino la apariencia misma del matrimonio, que, como bien comenta Etcheberry, no se divisa qué bien jurídico lesiona,[500] lo que hace discutible su ubicación entre los delitos contra el estado civil.

[500] *Derecho Penal,* t. IV, p. 32.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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, permiten 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 HONESTIDAD

Los delitos que se comentarán a continuación han dejado de regir a contar de la fecha de vigencia de la Ley N° 19.617, que modificó el Código Penal en relación a los delitos contra la autonomía de la voluntad sexual. Al final de este tomo III se agrega un complemento que analiza la nueva estructura de las figuras que se crean y que corresponderá aplicar a los hechos que se cometan con posterioridad a la fecha de vigencia de la ley recién indicada, esto es 12 de julio de 1999.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

20.1. Ordenamiento de las distintas figuras

Se señaló el alcance normativo de la expresión *honestidad* y que bajo esa nominación *se comprenden una serie de figuras delictivas con distintos intereses jurídicos protegidos. Entre ellos se pueden distinguir* aquellos que atentan contra la libertad sexual (rapto, violación, estupro, abusos deshonestos), contra el abuso sexual familiar (el incesto), contra la moralidad pública (la sodomía), contra la explotación sexual (promoción de la prostitución, corrupción de menores) y contra el sentimiento de pudor sexual (los ultrajes públicos a las buenas costumbres).

En la actual doctrina penal, mayoritariamente, se considera que la noción "honestidad" como criterio genérico unificador de ciertos atentados no es acertada. La actividad deshonesta es de mayor amplitud que aquella que se dirige a lesionar la libertad sexual, que es la tónica principal de este grupo de delitos,[501] una de cuyas características es la tendencia lasciva del sujeto activo, que persigue la satisfacción de impulsos impúdicos o libidinosos personales o de terceros.

Antes de entrar al análisis pormenorizado de estas figuras penales, es útil transcribir los comentarios críticos del profesor Carlos Künsemüller sobre la materia, con los cuales concordamos: "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, 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]

[501] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 196; Fontán Balestra, op. cit., p. 215.

[502] Prólogo al libro de Manuel A. González Jara, *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores*. Santiago, 1986.

FOTOCOPIA DE LIBROS ES LA DELITO - LEY Nº 17.336

20.2. El rapto

Los arts. 358, 359 y 360, que se ocupaban del delito de rapto, fueron derogados por la Ley N° 19.617. Consúltese el complemento que se agrega al final del presente tomo, donde se analizan los delitos sexuales conforme al nuevo texto.

A. *Consideraciones generales*

Es uno de los delitos más arcaicos de todos los contra la honestidad, e históricamente se enlazarían con la *coemptio* o compra de la mujer, y sería una variedad del robo.[503]

El delito de rapto se describe y sanciona en el Código Penal entre los delitos que atentan a la *moralidad pública,* pero en los códigos de épocas posteriores se ubicó entre aquellos que lesionan la libertad, v. gr., el primitivo Código español que rigió hasta que el actualmente vigente (de 1995) lo reemplazó, aunque ya en ese texto esta figura penal había sido suprimida.

Dada la época en que se redactó el Código Penal nacional es explicable que en el Título VII se haya incluido entre los delitos reunidos bajo el epígrafe "contra la moralidad pública"; pero en la actualidad se discrepa del referido criterio, porque la moral sería –según amplios sectores doctrinarios y dentro de una concepción de respeto a la individualidad– una materia que quedaría sujeta a cada persona, y cuando se trata de la sexualidad, se sostiene que estaría conformada sólo por "un conjunto de convenciones, tabúes y preceptos religiosos...".[504] No obstante que la crítica pueda considerarse acertada, es una realidad que el legislador nacional hizo referencia a la moralidad "pública", y no así a la personal, se preocupa de aquella moral que la sociedad requiere como mínimo exigible.

Pero en la especie, el bien jurídico fundamental que se ve afectado en el delito de rapto es la libertad,[505] y concreta-

[503] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 253.
[504] Diez Ripollés, citado por Bustos, *Manual,* p. 132.
[505] Fontán Balestra, op. cit., p. 271.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

mente la de ambulación o traslación.[506] La circunstancia de que esa privación de libertad física a que se somete la víctima tenga como fundamento una motivación en el sujeto activo de naturaleza lúbrica, es un agregado que no altera el hecho de que el bien jurídico inmediatamente amparado es la libertad de desplazamiento, secundariamente aparece afectada o en peligro la incolumidad sexual de la víctima, lo que no necesariamente debe materializarse, porque el delito se satisface con el *animus libidinoso* del agente. En verdad, la libertad sexual de la mujer con el rapto pierde *seguridad,* esta pérdida de la indemnidad de su sexualidad es lo que llevó al legislador del siglo pasado a ubicar este delito entre los que lesionan la moralidad pública.

El delito estaba reglado en los arts. 358 a 360, actualmente derogados.

B. *Concepto del delito y sus características*

Cuello Calón decía que rapto en su acepción común era la "sustracción violenta o astuta de una mujer con fines deshonestos o de matrimonio".[507]

Se ha definido en el sistema nacional como "la sustracción de una mujer de su propio domicilio o de cualquier otro lugar en que se encuentre, con fines deshonestos o matrimoniales o, mejor, con miras sexuales".[508] Debe completarse la noción agregando que no sólo comprende la sustracción de una mujer, sino también su detención o retención en el lugar donde se encuentra, privándola de su libertad de desplazamiento, con fines sexuales.

El rapto es un delito que requiere de un elemento subjetivo del tipo, de naturaleza trascendente, las miras deshonestas, y es pluriofensivo,[509] porque se dirige de manera inmediata a atentar en contra de la libertad de desplazamiento (bien jurídico primario),

[506] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 251.
[507] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 607.
[508] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 146.
[509] Rodríguez Ramos, Luis, op. cit., p. 215.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

y de modo secundario en contra de la libertad sexual. Respecto del primer bien, es un delito de resultado, respecto del segundo es de peligro (la seguridad de la mujer).[510] Es además un delito permanente,[511] porque en tanto dure la privación de libertad el delito se está consumando.

C. *El tipo objetivo*

Los arts. 358 y siguientes se refieren al rapto de una mujer, lo que involucra que se la priva de su libertad de desplazamiento, sea trasladándola a un lugar diverso a aquel donde estaba (sustracción), o reteniéndola en aquel en que se encontraba (detención), sin que pueda salir del mismo. De manera que el rapto puede concretarse llevándose a la mujer a otro lugar, o manteniéndola en el que se encuentra (sustracción o detención), pero en ambas alternativas lo que resulta lesionado es su libertad de movilidad.

El segundo elemento material del delito es la falta o "ausencia" de voluntad, válida jurídicamente, de la víctima para su sustracción o detención. El rapto para ser tal debe ser ejecutado contra la voluntad de la raptada, sea que se emplee la *fuerza,* la *intimidación* o el *engaño.* Estas alternativas permiten distinguir entre el rapto por fuerza (art. 358) y el por seducción (art. 360).

El rapto es, de consiguiente, un delito de acción, es difícil concebir una hipótesis de omisión.

D. *El tipo subjetivo*

El rapto requiere de dolo, como sucede con todos aquellos tipos que incorporan un elemento subjetivo del tipo; no admite una realización culposa, y el agente debe tener un móvil de tendencia interna trascendente: las miras deshonestas. El dolo que el tipo penal necesita es el directo, el eventual queda descartado por la propia naturaleza de la figura, que consiste en obrar con engaño

[510] Bustos, *Manual,* p. 127.
[511] Ranieri, op. cit., t. IV, p. 107.

FALTA FOTOCOPIA DE LIBRO PARA UN DELITO LEY N° 17.336

o con fuerza e impulsado por miras sexuales, circunstancias que alejan la posibilidad de un dolo eventual. De manera que el agente, además de la voluntad dirigida a privar de libertad a la mujer, requiere tener un interés específico que el art. 358 describe como "miras deshonestas", noción que debe entenderse comprensiva del móvil sexual o de la intención de contraer matrimonio. El móvil sexual debe ser la realización de la cópula, pero hay autores que sostienen que se comprende cualquier actividad de esa índole en que la mujer sea sujeto pasivo.[512]

La exigencia del elemento subjetivo aludido es lo que permite diferenciar este delito de la sustracción de menores (art. 142) y del secuestro (art. 141), que consisten en sustraer o retener a una persona sin su voluntad; también lo diferencia del delito de inducción al abandono del hogar, descrito en el art. 357.

La inclusión del matrimonio como móvil deshonesto no es compartida por algunos autores, porque consideran que celebrar nupcias es una finalidad honesta y el rapto no podría alterar su naturaleza.[513] No obstante, en este delito la intención del agente de contraer el referido vínculo no puede calificarse de honesta, porque lo hace sin la voluntad de la mujer, cuyo consentimiento es esencial para su celebración y, además, ese matrimonio se puede concretar en el acto sexual, también sin su voluntad; resulta claro entonces que el referido ánimo no puede legitimar la acción típica del agente. Por lo demás, esta interpretación responde al hecho de que históricamente se ha reconocido al rapto con las dos alternativas; en efecto, ya en tiempos de Constantino en el Derecho Romano se aceptaba la posibilidad de que tuviera fines lúbricos o matrimoniales, y se sancionaba a veces con excepcional dureza: la pena de muerte si la víctima era una mujer consagrada a Dios.[514]

E. *Sujetos activo y pasivo*

El sujeto activo del delito debe ser necesariamente un varón, porque el tipo exige un elemento subjetivo especial, las miras deshones-

[512] Creus, op. cit., p. 245.
[513] Así Groizard, op. cit., t. V, p. 251; Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 565.
[514] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 608.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tas, que son personalísimas y de orden sexual, de manera que no pueden cumplirse si el agente no es hombre, sin perjuicio de que puedan haber partícipes o coautores mujeres.[515] El sujeto pasivo necesariamente, y también por exigencia del tipo, ha de ser una mujer, y en algunas hipótesis debe cumplir condiciones especiales, como sucede en el rapto por seducción (art. 359), en el cual debe tener una edad determinada y ser doncella.

Legislaciones más recientes han variado el criterio respecto del sujeto pasivo en el delito de rapto, y aceptan que, indistintamente, pueda ser un hombre o una mujer, porque parten del supuesto de que ambos están en la posibilidad de ser objetos de privaciones de libertad con miras de abusar sexualmente de ellos. El Código de España de 1995 así lo establece, también tiene ese criterio la legislación italiana.[516]

F. *Consumación del delito. Concursos*

Se ha señalado que el rapto es un delito *de resultado* en cuanto afecta a la privación de la libertad personal, pero sólo es *de peligro* respecto de la seguridad de la víctima, porque puede ser objeto de una agresión sexual. En otros términos, se consuma con la sustracción o detención de la víctima, no es necesario que el móvil sexual se concrete. Si ello llegara a pasar, podría darse una situación de concurso aparente de leyes, por la naturaleza de los delitos en juego (rapto, violación, abusos deshonestos). El delito de violación consume al rapto, porque en relación al primero éste es de peligro, peligro que se concreta al consumarse aquél, aun en el caso de una menor de doce años.[517] Si el raptor sólo comete abusos deshonestos con la mujer, estos abusos quedan consumidos por el rapto, atendida la gravedad del comportamiento de

[515] Etcheberry estima que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona (*D. P.*, t. IV, p. 52); otro tanto, Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 253.

[516] Ranieri, op. cit., t. V, p. 105.

[517] Etcheberry estima que tratándose de una mujer de no más de doce años, el rapto consume el desvalor de su violación, pero en realidad en la actualidad, atendida la reacción penal de uno y otro tipo penal, dicha afirmación no resulta aceptable.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

sustracción o detención que constituye el rapto. En ambos casos se da una situación de consunción, donde un delito consume el desvalor jurídico del otro, en la forma que se ha indicado.

Como el rapto es un delito de resultado, admite en su ejecución la tentativa.[518]

G. *Clases de rapto*

En el Código Penal se han distinguido dos clases de rapto: el propio (o con fuerza) en el art. 358, y el impropio (o por seducción) en el art. 359. Para establecer esta distinción se acude a diversas circunstancias, algunas de las cuales están desfasadas en el tiempo y son casi pueriles, lo que hace más imperativa una revisión de este delito.

G.1. Rapto propio o sin la voluntad de la mujer

El art. 358 se refiere a esta clase de rapto y considera dos elementos para calificarlo de tal: la ausencia de voluntad de la mujer y su edad.

La edad de la víctima es determinante en esta hipótesis, puesto que la menor de doce años cumplidos, si es objeto de detención o sustracción por terceros, sea que se obre con o sin su consentimiento, siempre será víctima de rapto "propio"; jurídicamente una mujer de esa edad no está en condiciones de disponer de su sexualidad y, por ello, su comportamiento se considera normativamente no voluntario. La menor edad es un elemento del tipo objetivo que debe ser abarcado, a su vez, por el dolo del agente, respecto del cual puede darse la alternativa del error, que debería ser tratado como error de tipo. En esta materia tiene plena aplicación lo dispuesto por el art. 1° inc. final que excluye la circunstancia no conocida por el delincuente que agravaría su responsabilidad. Hay autores que afirman –equivocadamente– que la edad de la mujer no sería un presupuesto del tipo objetivo, sino una con-

[518] Fontán Balestra, op. cit., p. 275.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

dición objetiva que no requeriría ser abarcada por el dolo,[519] lo que alcanza especial relieve si el rapto de la menor es consentido, hipótesis que se castigaría con la pena señalada en el inciso final del art. 358, que es más rigurosa que la sanción que corresponde al rapto de una mujer mayor de esa edad. Es indudable que si la mujer es menor y si la edad se considera elemento del tipo, siempre habrá objetivamente rapto, aunque el agente incurra en error en cuanto a la edad de la víctima, pero en esta última alternativa debe aplicarse la pena del rapto señalada en el inciso primero del art. 358 –y no la del inciso final–, o sea, sin atender a los años que tenga la mujer, considerándolo como contra su voluntad, porque jurídicamente prima su indemnidad sexual.

La segunda hipótesis del rapto propio es el de una mujer mayor de doce años cumplidos y sin su voluntad. El art. 358 precisa que debe actuarse en "contra de la voluntad" de la raptada, no obstante se presentan dos alternativas:

a) Puede suceder que la mujer esté imposibilitada de expresar su voluntad, como ocurre cuando se encuentra privada de razón, inconsciente o dormida; si es sustraída en este estado se comete rapto, y

b) Si la mujer no se encuentra en las circunstancias recién indicadas, que será lo normal, pero el sujeto activo, contra su voluntad y empleando fuerza o coacción, la sustrae o detiene, se da la segunda posibilidad del rapto. La fuerza se puede ejercer sobre la mujer o sobre los terceros que tratan de impedir el rapto; la intimidación, sólo sobre la mujer,[520] aunque el mal que se anuncie pueda recaer en un tercero (su hijo, por ejemplo).

De consiguiente, el rapto propio comprende tanto el de la mujer menor de doce años (sea que consienta o no) y el de una mujer mayor de esa edad, siempre que el acto se lleve a cabo sin su voluntad y empleando fuerza o intimidación.

La sanción del rapto se regula atendiendo a la *edad* de la afectada, y a si goza o no de *buena fama*. El legislador no explicó qué debe entenderse por *fama*, pero dada la naturaleza del delito, donde el móvil deshonesto es lo que le da carácter individualizador, y en el cual para categorizarlo se acude a circunstancias como la doncellez,

[519] Bustos, *Manual*, p. 129.
[520] Creus, op. cit., p. 245.

LA FOTOCOPIA ES UN DELITO LEY N° 17.336

o sea, antecedentes vinculados con la sexualidad, procede concluir que la honestidad de la mujer se relaciona con su sexo. Por lo tanto, fama para estos efectos sería la opinión que los terceros se han formado sobre la vida o comportamiento sexual de la víctima. Este criterio –como es obvio– resulta altamente criticable, tanto porque esa opinión no tiene atinencia con la gravedad del acto injusto, como porque no se refiere a las cualidades personales verdaderas de la víctima, sino a lo que la sociedad piensa de ella, antecedente este último que tampoco modifica un ápice el mayor o menor desvalor de la conducta delictiva.

Las penas que señala el legislador para las diversas hipótesis de rapto no consentido son graves. Para el rapto de una menor de doce años se establece presidio mayor en cualquiera de sus grados; para el rapto de una mujer de buena fama, presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, y para el de una de mala fama, presidio menor en cualquiera de sus grados.

G.2. Rapto impropio o por seducción (por engaño)

Está sancionado en el art. 359, y consiste en el rapto de una doncella menor de dieciocho años y mayor de doce, ejecutado con su anuencia. El tipo penal necesita, aparte de los elementos generales antes comentados, algunos especiales que le dan identidad:

a) Que la raptada sea una mujer mayor de doce años y menor de dieciocho; si tiene menos de doce años el hecho calza en el inciso final del art. 358, porque una niña de esa edad carece normativamente de facultad para disponer de su libertad sexual. Si es mayor de dieciocho años, se estima que cuenta con la suficiente madurez para disponer de su sexualidad y, de consiguiente, la sustracción o detención realizada con su anuencia es totalmente atípica, aunque carezca de directa experiencia respecto de la relación entre los sexos, como se explicará al hacer referencia a la doncellez.

b) Debe obrarse con la anuencia de la mujer obtenida con engaño (seducción). La víctima, al ser seducida, consiente en la sustracción o detención; si falta esa condición, se estará ante un *rapto propio,* o sea, sin la voluntad de la raptada.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

Sorprende que para el legislador, no obstante que la mujer mayor de doce años consiente en el rapto, el acto constituye siempre delito, lo que se explica al tener en cuenta la última condición que se comentará a continuación, que lleva a concluir que aunque exista la anuencia de la víctima, sí esa manifestación de voluntad no fue libre, sino consecuencia de la seducción del agente, normalmente involucra un engaño. La anuencia de la mujer ha de vincularse con las miras deshonestas, o sea, el propósito sexual o de contraer matrimonio del agente, quien para lograr su objetivo induce a la raptada con argucias (seducción); ese consentimiento no se refiere específicamente a la privación de libertad que el delito conlleva, pero indudablemente también lo supone.[521] Si la anuencia de la mujer es libre y espontánea, o sea, no es consecuencia del engaño, no hay delito de rapto.[522]

c) La mujer debe tener la calidad de doncella. La doncellez se refiere a la falta de experiencia sexual directa de la víctima, a la ausencia de relaciones carnales previas al hecho, normales o anormales; de consiguiente, no importa que sea o no virgen (mantención del himen), lo que se exige es su inexperiencia sexual, porque se puede ser virgen, pero haber tenido tratos carnales anormales. La exigencia, como bien afirma Etcheberry, se refiere al conocimiento fáctico de la sexualidad y de las consecuencias que de ello se derivan, noción que se deduce del hecho de que la ley sanciona el empleo de seducción por parte del agente, de que abuse de la credulidad o inexperiencia de la mujer.[523] Estos conceptos armonizan con la exigencia que se hace al sujeto de que tenga "miras deshonestas", el engaño de la víctima debe estar referido a esos aspectos.

De modo que son conductas atípicas, tanto el rapto de una mujer de más de doce años con su asentimiento obtenido sin engaño, que no constituye delito, como el rapto de una mujer mayor de dieciocho años con su anuencia, obtenida libremente o mediante seducción.

[521] Autores como Creus estiman que lo trascendente en la anuencia es precisamente la privación de libertad (op. cit., p. 247).

[522] Ranieri, op. cit., t. V, p. 106.

[523] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 54.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

La sustracción o detención de una niña de no más de doce años, con o sin su consentimiento, mediando seducción o no, sea que tenga buena o mala fama, siempre es rapto y constituye el tipo descrito en el art. 358 inciso final.

H. *Circunstancia especial de calificación*

El art. 360 establece ciertas circunstancias especiales de calificación del delito de rapto, que son aplicables a sus distintas categorías, sea al realizado sin la voluntad de la raptada o con su consentimiento, empleando seducción.[524] Estas circunstancias –posteriores a la comisión del delito– son las siguientes:

a) Cuando el agente no da razón del paradero de la persona raptada, o

b) Cuando no da explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición.

La sanción que impone el art. 360 al rapto en este caso es elevada –presidio mayor en cualquiera de sus grados–, muy cercana a la del homicidio calificado. En consecuencia, si se establece que el raptor cometió además el delito de homicidio, no podrá imponérsele por el de rapto esa pena, sino la establecida para este delito en los arts. 358 y 359, sin perjuicio de la que le corresponderá como autor del homicidio. Se trata de un concurso material de delitos, que se castiga como tal, pero no se aplica en este caso el art. 360, que rige sólo en la hipótesis indicada por esta disposición.

De la situación señalada en el art. 360 puede liberarse el sujeto activo dando explicaciones satisfactorias, que consistirán en aquellas que hagan verosímil su ignorancia sobre la muerte y desaparición, aunque hay autores que estiman que debe justificar su no intervención en las mismas.[525]

Parte de la doctrina piensa que estas condiciones constituyen una presunción del homicidio de la mujer,[526] o sospecha de su comisión,[527] que puede ser destruida por el agente dando explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, o razón

[524] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 256.
[525] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 55.
[526] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 612; Labatut, *D. P.*, t. II, p. 148.
[527] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 256.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

de su paradero. Empero, esa opinión no puede compartirse; en realidad se trata de una simple sospecha que, atendida la gravedad del hecho, llevó al legislador a considerarla como agravante de la culpabilidad del sujeto activo al negarse a colaborar con la acción de la justicia. Debe observarse que se trata de un comportamiento que puede ser muy posterior a la comisión del delito –ya consumado– que el delincuente tiene frente a la justicia o sus agentes, negándose a dar las explicaciones aludidas, lo que es algo independiente a la comisión misma del hecho. Esto significa que la ley sospecha, no de un homicidio, sino de que el agente tiene conocimiento de la posible muerte o paradero de la raptada, sobre lo que elude declarar. Situación o actitud marginada del rapto mismo, que agrava la culpabilidad, pero no el injusto, y cuya consideración en la forma que lo hace el art. 360 resulta poco comprensible. De no aceptarse este criterio, habría que reconocer que el art. 360 constituye una lamentable infracción al principio de inocencia.

20.3. El delito de violación

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de violación valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Aspectos generales. Bien jurídico protegido*

Es el segundo delito que el Código Penal describe como atentatorio a lo que mayoritariamente se denomina moralidad sexual y que el primitivo Código español –que le sirvió de fuente– ubicada entre los que atentan contra la honestidad; en el actualmente vigente se castiga entre las *agresiones sexuales* y constituye una agresión más entre las diversas que se describen en los arts. 178 y siguientes.

En el medio nacional es frecuente que se hable de atentados a la honestidad al referirse a delitos como la violación. La noción *honestidad* ha sido abandonada porque no alcanza a abarcar en

LA JURISPRUDENCIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

plenitud los diversos bienes jurídicos que tienen los delitos sancionados en este apartado y, además, es inadecuada, porque hace referencia a aspectos éticos que deberían ser extraños a una legislación penal liberal. Menos apropiado aparece el vocablo *moralidad pública* empleado por el Código nacional, salvo que la expresión se entienda en el sentido que le atribuye Polaino de *moral sexual social,* esto es, como parte del orden moral social.[528] Estas concepciones no resultan compatibles con la evolución de la sociedad, que no acepta que el derecho penal fundamente la creación de delitos en la protección de *ideas* de algunos o muchos sobre los comportamientos éticos del hombre.[529] Desde esa perspectiva, que no compartimos, ciertos sectores doctrinarios estiman inadecuado mantener en la ley los principios de la moral cristiana, que "considera tradicionalmente incorrecto todo ejercicio de la actividad sexual que sea fisiológicamente anormal o se desenvuelva fuera del matrimonio monogámico e indisoluble".[530]

El delito de violación es un tipo penal que conforme a su descripción en el art. 361, no tiene como objeto jurídico un solo bien. En realidad, lo que protege es la libertad sexual de la víctima en determinados casos y la *incolumidad* sexual de algunas mujeres que se encuentran en situaciones especiales. Tratándose de la violación *propia,* o sea, de aquella en que se emplea fuerza o intimidación para doblegar la voluntad de la mujer (art. 361 N° 1), se protege su libertad sexual, porque esa voluntad es lo violentado por el sujeto activo al obligarla a mantener relaciones carnales no queridas. 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: *dinámico 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.[531]

[528] Polaino Navarrete, Miguel, *Introducción a los delitos contra la honestidad,* pp. 35 y ss., Sevilla, 1975.

[529] Bustos, *Manual,* p. 132.

[530] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 47.

[531] Cfr. Polaino, op. cit., p. 46.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

En la violación denominada de *prevalimiento* (o impropia), no opera la voluntad de la mujer, porque está privada de razón o de sentido, o porque no está en condiciones de disponer de su sexualidad (la menor de doce años). La violación impropia se describe en el art. 361 N^{os} 2 y 3, y su bien jurídico no es la libertad sexual (en el caso de la privada de sentido no se manifiesta por la circunstancia especial en que se encuentra, y respecto de la menor de doce años carece de esa libertad atendido a que la ley no se la reconoce). Aquí el bien amparado es la *incolumidad o intangibilidad* sexual de esas mujeres por la particular situación que las afecta,[532] según la ley serían sexualmente intocables,[533] es precisamente la infracción a esa *incolumidad* lo castigado.[534] La *persona ha de ser considerada inviolable sexualmente,*[535] erigiéndose esa inviolabilidad como el objeto de protección del delito.

---

[532] En el mismo sentido opinarían Cobo del Rosal y Bustos (*Manual,* p. 134). No obstante, autores como Luis Rodríguez Ramos se inclinan por afirmar que el bien jurídico es el *libre ejercicio de la libertad sexual,* que se ve lesionado en el caso de la violación del N° 1 del art. 361 por la fuerza o la intimidación que se emplea por el agente para doblegar la voluntad negativa de la víctima, y en los N^{os} 2 y 3 por no constar el consentimiento de aquella y cuando lo ha dado (tratándose de una menor de edad o de una enferma mental) se considera como inexistente por su incapacidad (op. cit., p. 202). Para E. 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) (*D. P.,* con Vives Antón y otro, p. 617); este último criterio presenta similitud al de Silvio Ranieri, para quien el bien jurídico "es el interés del Estado por la defensa de la libertad sexual de las personas contra el acceso 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).

[533] Juan José González Rus, "El Bien Jurídico en los Delitos de Violación", en *Estudios Penales,* p. 753. Según este autor fue el penalista italiano Enrico Contieri quien acuñó la expresión intangibilidad sexual e hizo la distinción entre los dos bienes jurídicos que se protegen en el delito de violación.

[534] Como bien comenta Juan J. González Rus, la intangibilidad sexual que afecta a personas privadas de razón o sentido viene, en el hecho, a privarles del ejercicio de su derecho a la sexualidad, por cuanto cualquiera que yazga con ellas cometerá delito, pero eso no sería un problema del bien jurídico, sino de la fundamentación del tipo delictivo, que es lo que lleva a tal consecuencia (op. cit., p. 754).

[535] Polaino, op. cit., p. 48.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

B. *Tipo objetivo*

El delito de violación es un tipo penal de *acción* –se consuma por la mera realización de la conducta prohibida–, es de *hipótesis múltiple* –ofrece distintas modalidades de comisión– y está descrito en el art. 361: "La violación de una mujer será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio".

Se comete violación *yaciendo con la mujer* en alguno de los casos siguientes:

1°. Cuando se usa de *fuerza* o *intimidación.*

2°. Cuando la mujer se halla *privada de razón* o de *sentido por cualquier causa.*

3°. Cuando sea *menor de doce años cumplidos,* aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.

En el caso del N° 3° del inciso anterior, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.

La conducta prohibida en la violación está precisada en la ley penal con la expresión *yaciendo con una mujer.* Por *yacer* se entiende la realización de la cópula carnal con una mujer, en otros términos, es la realización del coito entre un hombre y una mujer (heterosexual). De consiguiente queda excluida la vinculación sexual entre personas del mismo sexo, que cuando se trata de varones se denomina *sodomía,* delito sancionado en el art. 365 y cuando se trata de mujeres, *lesbianismo,* que en general es una conducta atípica, salvo cuando falta la voluntad de una de ellas. No obstante, se plantean discrepancias si el tipo violación comprende exclusivamente la relación natural (coito vaginal) o también se extiende al acto contra natura (anal, bucal o *fellatio in ore*). La interpretación mayoritaria de la doctrina[536] se inclina por circunscribir la conducta sólo al coito natural, las modalidades anormales se reprimen como abusos deshonestos (art. 366);[537]

[536] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 551; Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 231; Muñoz Conde, op. cit., p. 344; Laje Anaya, op. cit., t. II, p. 341.

[537] Opina en sentido contrario Etcheberry, que sostiene que las formas desviadas de realizar el coito deben castigarse como violación, porque el delito es un atentado a la libertad sexual y las referidas formas tienen semejanza

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

ello por el alcance corriente que tiene el término *yacer* y por la circunstancia de que el art. 361 admite como único sujeto pasivo del delito a la mujer, lo que –por lo demás– concuerda con el sentido que históricamente se le ha dado a esta figura penal. Sin perjuicio de lo anotado, la tendencia legislativa en la actualidad es ampliar el referido alcance a las conductas antinaturales señaladas; se pretende ampliar el tipo, de modo que se sancionen como delito de violación los concúbitos bucales y anales, de manera que la víctima pueda ser un hombre o una mujer, indistintamente; para lograrlo se propone cambiar el verbo rector *yacer* por la expresión *acceso carnal,* noción de más amplitud y que claramente no queda circunscrita al coito vaginal; así lo ha hecho el nuevo Código español en su art. 179.

Otro aspecto controvertido incide en la significación jurídica que deberá reconocerse al verbo *yacer,* aun identificándolo con la idea de coito normal, esto es, si se requiere o no la eyaculación del miembro viril en los órganos femeninos. En torno al punto se han gestado tres doctrinas: a) la *coniuntio membrorum,* o sea, el simple contacto de los respectivos órganos sexuales, el masculino con el femenino, sin necesidad siquiera de penetración, b) la *inmissio penis,* penetración total o parcial del pene en la vagina y c) la *inmissio seminis,* que importa invación del órgano masculino y eyaculación.[538] En nuestra opinión, es suficiente la penetración del pene en la vagina, total o parcialmente *(inmissio penis),* para que el yacer se haya cumplido,[539] descartándose el mero contacto

con la cópula normal (t. III, p. 56). La jurisprudencia nacional generalmente ha acogido la doctrina del coito vaginal, no obstante, en oportunidades se ha inclinado por la tesis de Etcheberry. Por vía ejemplar se puede mencionar la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, el 29 de noviembre de 1957, que en el párrafo final de su consideración 11 expresa: "nuestro Código Penal no distingue cuál camino ha de utilizarse para el acceso carnal, no se advierte por qué no ha de admitirse que la mujer pueda ser violada por vía anal" *(R.D.J.,* año 1957, N° 54, parte 2ª, sec. IV, p. 521).

[538] Luis Rodríguez Ramos, en *Manual,* t. I, p. 203; Muñoz Conde, op. cit., p. 344.

[539] Cfr. Laje Araya, op. cit., t. II, p. 340; Bajo Fernández, op. cit., pp. 203 y 205; Orts Berenguer, op. cit., p. 621. Este último autor hace diferencia entre órganos sexuales internos y externos; la vulva es externo, la vagina es interno,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

de los órganos, lo que podrá constituir abuso deshonesto, pero no violación.

C. *Los sujetos pasivo y activo*

La naturaleza de la conducta descrita en la violación hace que el sujeto activo del delito necesariamente sea un varón y no una mujer,[540] porque se trata de un delito de *propia mano, en el que el pene masculino tiene que invadir* el órgano sexual femenino. De manera que normalmente hay que descartar a la mujer como posible autora del delito de violación, con excepción del caso de *coautoría* en la hipótesis del N° 1 del art. 361, o sea, cuando se emplea fuerza o intimidación, alternativa en que la mujer está en situación de intervenir como coautora, desarrollando –por ejemplo– actividades dirigidas a doblegar la resistencia u oposición de la víctima.

El sujeto pasivo, por mandato de la descripción legal del tipo penal, necesariamente debe ser una mujer,[541] casada o soltera, sin importar su edad o condición; una mujer pública puede ser violada, una niña también.

Se discute si una mujer *casada* puede ser violada por su marido. La tendencia moderna fundamentada en la libertad sexual tanto de la mujer como del hombre (libertad a la que se le reconoce naturaleza personalísima) se inclina por aceptar que un marido, si violenta la voluntad de la mujer para obligarla a realizar la cópula, comete el delito de violación, porque el matrimonio no conlleva la *obligación* de la cónyuge de aceptar esa clase de relaciones. El principio es de que nadie puede ejercer un derecho empleando para ello la violencia, menos aún para hacer uso de la sexuali-

en cuyo borde inferior se inserta el himen; son estos últimos los que deben resultar afectados para que exista coito, no así los primeros; noción que según dicho autor coincide con lo que la generalidad de las personas entiende por tal relación.

[540] Bajo Fernández, op. cit., p. 204.

[541] Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 148; Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 57.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

dad,[542] que queda sujeta a la libre voluntad de los participantes, y no al arbitrio absoluto de uno de ellos. Algunos autores agregan que si bien el marido tiene el derecho de acceder a su cónyuge, al mismo tiempo le debe protección conforme al art. 131 del Código Civil,[543] y otros comentan que la Ley de Matrimonio Civil, en el art. 21, causal N° 7, faculta al marido únicamente a solicitar el divorcio cuando la mujer se niega, sin causa justificada, a cumplir con las obligaciones conyugales, lo que implícitamente margina el empleo de la fuerza.[544] Pero sectores de la doctrina española, sin embargo, piensan de modo distinto, estiman que no existe violación, sin perjuicio de que se responda por la violencia empleada.[545]

La tendencia moderna se inclina por extender la noción de víctima de violación al varón; así lo han establecido entre otras, las legislaciones argentina (art. 119) y española (arts. 178 y ss.).[546]

D. *Ausencia de la voluntad de la víctima*

Mantener relaciones heterosexuales es un comportamiento normal, de modo que cuando son voluntarias son atípicas en principio. Sólo la ausencia de voluntad de la mujer, sea porque el varón actúe en contra de la posición negativa de aquélla o porque la misma no está en condiciones de ejercer su autodeterminación sexual, es lo que hace que la referida conducta adquiera connotación penal. En atención a esta particularidad se ha distinguido entre violación *propia* y de *prevalimiento;* la primera se caracteriza porque frente a la negativa de la mujer para realizar el coito se recurre a la *fuerza o intimidación,* figura penal que está descrita en el N° 1 del art. 361; la de *prevalimiento* se describe en los N^{os} 2 y 3 del referido artículo,[547] en estas hipótesis la mujer está impo-

[542] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 135.

[543] Cfr. Del Río, *Elementos,* p. 493; Labatut, *D. P.,* t. II, p. 149.

[544] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 61.

[545] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 552; Muñoz Conde, op. cit., p. 345.

[546] Cfr. Fontán Balestra, op. cit., p. 236; Bajo Fernández, op. cit., p. 199.

[547] Se han seguido las denominaciones empleadas por González Rus (op. cit., p. 718), porque son más demostrativas de las situaciones a que se refieren los diversos tipos de violación.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

sibilitada de manifestar su voluntad por circunstancias *materiales* o *legales*.[548] En estos casos se transgrede la *intangibilidad* sexual de las víctimas, o sea, la limitación que se impone a los terceros de hacer uso de su libertad sexual con ellas; en otros términos, el delito consiste en no respetar la prohibición que pesa sobre los hombres de tener acceso carnal a ciertas mujeres, por las especiales condiciones personales de éstas.

E. *Violación propia (con fuerza o intimidación)*

Se encuentra descrita en el N° 1 del art. 361: "Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

1°. Cuando se usa de *fuerza* o *intimidación*".

La violación propia, como se comentó precedentemente, importa la conculcación de la libertad sexual de la víctima, cuya oposición al acto sexual es doblegada mediante dos medios violentos ejercidos en su contra: la *fuerza* o la *intimidación,* los que merecen precisiones.

Por *fuerza* se entiende la física, ejercida sobre la mujer para vencer su resistencia, tal fuerza puede ser ejercida por el agente varón o por un tercero (hombre o mujer) que lo ayuda. Puede suceder también que el agente no ejerza él mismo la violencia, es posible que la mujer se encuentre en situación forzada por causas ajenas a su voluntad, incapacitada para oponerse (la víctima está amarrada al lecho por actividad de un tercero, que la ha inmovilizado por motivos distintos, o sufre una parálisis total, o se encuentra

[548] González Rus desvincula la negativa voluntad de la mujer, que entra a presumirse en estos casos, como fundamento del tipo penal, negativa que en la realidad no siempre existe, y hace radicar el tipo de injusto en el hecho de que el agente abusa del estado de incapacidad o inferioridad en que se encuentra la mujer (op. cit., p. 721). Según ese autor, lo que sucede en estas hipótesis es que existiría en el ordenamiento jurídico un deber impuesto a los hombres "de abstinencia de relaciones sexuales con determinados sujetos, deber impuesto por la ley o por las condiciones o cualidades personales de la eventual ofendida". Es esta situación de incapacidad de las víctimas el bien protegido en las violaciones de *prevalimiento,* no es propiamente la libertad lo amparado, de consiguiente, es esa *intangibilidad* sexual de las personas en cuestión (pp. 752-753).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

aprisionada entre escombros a consecuencia de un accidente), situación que el violador se limita a aprovechar. De consiguiente, la fuerza puede tener un origen independiente a la voluntad del agente, pero si utiliza el estado de indefensión de la víctima para cometer el atentado sexual, se califica como violencia.[549]

Fuerza es cualquiera actividad material, física, que se ejerce *sobre el cuerpo* de la mujer. Debe ser *intensa,* o sea, tener la gravedad suficiente para *vencer* o *impedir* la resistencia de la víctima, pero no requiere ser *irresistible.*[550] La gravedad se apreciará conforme a las condiciones fácticas del evento, pues las edades de los intervinientes, sus condiciones personales y cualquiera otra circunstancia hace variar su apreciación. Aquella fuerza que no se ejerce sobre la mujer, pero que tiene por objeto doblegar su resistencia (golpear a su hijo de corta edad) no constituye fuerza para esos efectos, pero sí podría constituir *intimidación.*

La fuerza debe ser *eficaz* para superar la resistencia de la violada, de consiguiente la mujer ha de oponerse firmemente al acto, pero no requiere que su resistencia sea *desesperada; basta que sea categórica,* vale decir, decidida y permanente. En todo caso, no hay que confundir la oposición con aquella resistencia que frecuentemente opone la mujer por razones de pudor.[551] La fuerza tiene que ser precisamente la *causa* que permite el acceso carnal; entre ella y la cópula ha de existir una relación de *inmediatez* temporal, que impida a la mujer ponerse a salvo,[552] sin que sea necesario que coincida con la consumación; es suficiente que al momento de su empleo haya doblegado la voluntad de la víctima, que considera inútil toda reacción.[553] No hace variar la situación si la mujer ha realizado previamente concesiones libidinosas al varón, o le ha hecho insinuaciones, siempre que no haya mediado disposición para la vinculación sexual.[554]

Intimidar es presionar sicológicamente de obra o de palabra a la víctima mediante la amenaza de un mal *próximo* que recaerá en

[549] Cfr. E. Orts, op. cit., p. 622; Bajo Fernández, op. cit., p. 208.
[550] Rodríguez Ramos, op. cit., p. 205.
[551] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 57.
[552] E. Orts, op. cit., p. 623.
[553] Bajo Fernández, op. cit., p. 207.
[554] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 58.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ella o en una persona querida;[555] la amenaza debe ser *inmediata* a la comisión del atentado, y tener cierta *gravedad objetiva,* que impulse a la víctima a preferir el abuso sexual ante el peligro de que el mal se concrete. La gravedad de la amenaza, en todo caso, se apreciará considerando las circunstancias de hecho concurrentes, en particular las de la mujer afectada, sin perjuicio de que se requiera un mínimo de objetividad en su valoración.[556] Si bien la intimidación ha de ser grave, no significa a su vez que importe la comisión de un crimen o simple delito, es suficiente que sea injusta.[557]

F. *Violación de prevalimiento*

Existen en el art. 361 dos hipótesis de esta clase de violación, en los números segundo y tercero. La referida disposición expresa: "Se comete violación yaciendo con la mujer en alguno de los casos siguientes:

2°. Cuando la mujer se halla *privada de razón* o de *sentido* por *cualquier causa.*

3°. Cuando sea *menor de doce años cumplidos,* aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores". Ambas situaciones se comentarán separadamente.

Mujer privada de razón o de sentido. Se hace referencia a dos hipótesis: la privación de razón y la de sentido. Por *privación de razón* ha de entenderse aquella afección mental que sufre una mujer que le impide tomar conciencia de la naturaleza o significación de los actos que realiza, la afección debe tener fundamento en una enfermedad de su psiquis. Podría asimilarse dicho estado al del

[555] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, pp. 232-233.

[556] Bajo Fernández, op. cit., p. 209.

[557] Sostienen que debe consistir en la realización de un delito de cierta gravedad autores como Gimbernat; pero la mayoría no comparte ese criterio –extremadamente objetivo– y se prefiere el señalado en esta obra; entre estos últimos se pueden citar a Rodríguez Ramos (op. cit., pp. 205-206), Muñoz Conde (op. cit., pp. 347-348), E. Orts (op. cit., pp. 624-625), Bustos (*Manual,* p. 136).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

enajenado mental que el art. 10 N° 1 denomina loco o demente, y que a su vez se regula en los arts. 682 y siguiente del C.P.P., que tratan del procesado o delincuente enajenado, principios que se proyectan a la víctima en este caso. De consiguiente, privación de razón es una enfermedad mental que tiene el grado adecuado de intensidad para privar al que la sufre de comprender el alcance y trascendencia de sus actos[558] (v. gr., una oligofrenia, psicosis, esquizofrenia).

Privación de sentido no se refiere a la pérdida de sentidos como el oído, el olfato y semejantes, sino a aquella ausencia temporal de conciencia que se tiene por el sueño, por la bebida o la droga, por un golpe, por hipnosis, u otros medios.[559] El art. 361 determina que tal privación puede tener origen en *cualquier causa,* lo que resta trascendencia típica al origen de la privación de sentido o de razón, puede ser provocada por el agente, por un tercero, o por un acto intencionado, culposo o fortuito, de la propia mujer (de modo que la mujer que ha bebido voluntariamente hasta embriagarse está privada de sentido para estos efectos).

Esta violación requiere de *aprovechamiento*[560] del sujeto activo del estado de la mujer al abusar de ella; la cópula realizada por el marido con su cónyuge drogada no cumpliría las exigencias del tipo violación en estudio, a menos que se acreditara que hubo tal aprovechamiento. Tampoco es necesario que el varón que realiza el coito haya provocado o participado en el hecho que colocó a la mujer en estado de privación de su conciencia; se requiere que se aproveche de tal estado, eso es suficiente.[561]

Mujer menor de doce años cumplidos. Se trata de un elemento objetivo del tipo: la edad *cronológica* de la mujer, y no su desarrollo mental o fisiológico. Si la violada es menor de doce años cumplidos, la *intangibilidad* de su sexualidad rige en plenitud. La prohibición que pesa sobre un varón de tener relaciones sexuales con la menor es absoluta, porque el derecho es el que establece la total incapacidad de autodeterminación sexual de la niña; de modo que aun mediando su consentimiento o su provocación

[558] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 204; Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 59.
[559] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 348; E. Orts, op. cit., p. 625.
[560] Bustos, *Manual*, p. 137.
[561] E. Orts, op. cit., p. 625.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

para la vinculación carnal, ésta siempre es típica. Esta modalidad –la menor edad– no puede quedar fuera del ámbito del dolo del agente, como lo estiman algunos autores,[562] debe conocer la edad de la mujer, el error en este aspecto se apreciará conforme a las reglas del error de tipo, que excluirá el dolo según sea o no insuperable. Esta exigencia margina del tipo penal la relación heterosexual de dos menores, por cuanto la edad de la mujer carecería de significación jurídico-social frente a la también menor edad del varón.

G. *Tipo subjetivo en el delito de violación*

El delito de violación requiere de *dolo directo* en las distintas alternativas que sus características típicas ofrecen, en este punto no hay duda. El dolo consiste en la voluntad del sujeto de realizar la cópula con la víctima, empleando fuerza o intimidación o aprovechándose de su inconsciencia o menor edad. Tampoco ofrece discusión en nuestro sistema que un delito culposo de violación sea posible, no puede serlo, porque esta figura no está comprendida entre los delitos contra las personas (Título VIII) –que son a los que se limita la aplicación del art. 490–, de modo que la culpa en esta figura penal queda descartada.

El dolo *eventual* es el que plantea dudas, pero hay que descartarlo al igual que la culpa. En efecto, cuando se emplea fuerza o intimidación la naturaleza de la conducta hace imposible su concurrencia, porque la violencia que supone tiene que ir dirigida al logro de la relación sexual indebida, y esa circunstancia hace imperativa una voluntad dirigida en tal sentido. Tampoco procedería en las otras alternativas (víctima privada de razón o sentido y menor edad), porque debe haber *aprovechamiento* por el agente de esas circunstancias, lo que presupone una voluntad en tal sentido.

[562] Así Bustos, *Manual*, pp. 138-139.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

H. *Iter criminis*

El delito de violación es de mera actividad (de acción), lo que obliga desde luego a rechazar la posibilidad de la *frustración,*[563] que es difícil concebir en figuras de esa naturaleza.[564] El delito se consuma por la realización de la cópula, pero hay acuerdo en el sentido que no es necesario acreditar eyaculación del varón en los órganos internos femeninos (*inmissio seminis*), suficiente es la invasión de la vagina por el pene *(inmissio penis).*

El problema se plantea en relación a la *tentativa propiamente tal,* frente a la norma contenida en el art. 362, que expresa: "Los delitos de que trata este párrafo se consideran *consumados* desde que hay *principio de ejecución*". Sobre este punto hay opiniones disímiles, R. del Río y Gustavo Labatut distinguen entre los actos que importan un *comienzo de ejecución del delito* y los que significan *comienzo de ejecución de la cópula,* los primeros están constituidos por los actos anteriores a la penetración del órgano viril en la vagina (así los golpes para dominar a la mujer, colocarla en la posición adecuada, desnudarla, y demás actos análogos); el *comienzo de realización de la cópula,* por el inicio de la invasión del miembro viril en los órganos internos de la víctima, por comenzar la penetración vulvar.[565] Conforme con este criterio, la tentativa de violación es claramente diferenciable de los actos inmediatos dirigidos a concretar la cópula; el sentido y alcance del art. 362 es claro, lo que la ley expresa es que *el principio de ejecución del coito, o sea, el inicio de penetración por el órgano viril, ya es violación.* El precepto tiene por objetivo precisar legalmente cuándo se consuma el delito, evitando la duda sobre si esa consumación tiene lugar cuando se inicia la invasión o cuando ha habido una penetración completa o una vez que se ha eyaculado. No se pretendió castigar como delito consumado de violación actos anteriores, como

[563] Cfr. 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.

[564] 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).

[565] R. del Río, *Elementos,* p. 494; Labatut, *D. P.,* t. II, pp. 150-151.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

el empleo de la fuerza, levantar la vestimenta o los tocamientos previos e inevitables del cuerpo de la mujer, porque tales actos mirados objetivamente constituyen otra figura penal, la de *abusos deshonestos* descrita en el art. 366, que constituyen un tipo penal distinto, y que cuando van dirigidos a violar, pueden constituir *tentativa de este delito* y entran en concurso aparente con el de abusos deshonestos.[566] El principio de especificación de los tipos obliga a diferenciar ambas situaciones claramente distinguibles en el plano objetivo.[567] La circunstancia que el Código belga haya sido la fuente del art. 362 no permite sacar conclusión alguna, por cuanto en dicho Código el precepto se encontraba en el delito de abusos deshonestos (abusos al pudor) y no en el de violación, vale decir, en otro contexto. Finalmente siempre que el legislador ha querido sancionar un delito como consumado desde la fase de tentativa, lo ha señalado expresamente, suficiente es mencionar el art. 450.

El alcance antes señalado, y que ha mantenido la jurisprudencia nacional en forma más o menos uniforme, como también lo ha hecho la jurisprudencia española, ha sido objeto de críticas. Autores como Fernández, Ortiz, Schweitzer y Etcheberry estiman que al emplear el art. 362 las expresiones *comienzo de ejecución,* debe dárseles igual alcance a esas expresiones que el que tiene en el art. 7° inc. final, que define la tentativa. De manera que conforme a ellas se comprenden todos los actos que directa e inequívocamente tienden a la cópula y, por lo tanto, en el delito de violación no habría tentativa posible.[568]

[566] La jurisprudencia más reciente participa de este criterio: "El acto de tender una mujer en el suelo, levantarle los vestidos, sacarle los calzones y cubrirla mientras ésta forcejea para zafarse de la agresión, constituyen hechos directos destinados a consumar el coito forzado; pero no importan un principio de ejecución del delito si no se comprueba un comienzo de penetración del pene del varón en la vagina de la mujer". *R.D.J.,* t. LXXXVII, sec. IV, N° 3, p. 117, C. S., 10 de septiembre de 1990.

[567] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 139.

[568] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, pp. 61-62.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

I. *Muerte de la víctima con motivo u ocasión de la violación. Concursos. Delito continuado*

La naturaleza particular de la violación puede llevar a duda sobre si se está ante un solo delito o ante un concurso de ellos, en particular cuando se emplea violencia, que puede concretarse en lesiones y aun en la muerte de la víctima. En este último caso –el de la muerte con motivo u ocasión de la violación– no hay concurso, se está ante un delito *complejo* descrito en el art. 372 bis, que establece una pena gravísima: presidio perpetuo a muerte.

El art. 372 bis describe una situación que ofrece varios problemas. Su tenor es el siguiente: "El que con motivo u ocasión de *violación* o de sodomía *causare,* además, la *muerte* del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte". Se exige que fuera de la violación de la mujer, se *cause* su muerte, en otros términos, no es necesario que cometa homicidio, sino que se provoque la muerte, lo que es diverso. Se han empleado expresiones semejantes a las usadas por el art. 433 N° 1 al referirse al *robo con homicidio,* al señalar que debe producirse el deceso *con motivo u ocasión,* lo que significa que la muerte se podría presentar como un medio de cometer la violación (con motivo), lo que es absurdo, pues si priva de la vida a la mujer para abusar de ella, en definitiva abusa de un cadáver, de modo que ha de entenderse dicha expresión en el sentido que la muerte se produce durante la comisión del delito (con ocasión), o sea, durante la cópula. Esa muerte podría ser fortuita (un ataque al corazón de la víctima a consecuencia de la impresión) o causada por la actividad del agente o de un coautor al emplear la fuerza para dominar su resistencia durante la unión ilícita. También esa muerte puede producirse con posterioridad a la comisión del delito para garantizar el ocultamiento del hecho o la no identificación del responsable y aun para facilitar la huida. Estas formas de muerte deberían restringirse exclusivamente a las que son consecuencia de actividades dolosas o culposas, pero nunca fortuitas, porque significaría aceptar en el ordenamiento nacional el principio del *versari,* descartado desde hace décadas de los sistemas penales, porque contraviene el principio de culpabilidad. La muerte tiene que estar vinculada causalmente con la violación y por lo menos ha de ser atribuible a alguno de los intervinientes a título

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de culpa. Lo razonado obliga a concluir que en el art. 372 bis se describe un delito complejo (violación y homicidio), de modo que el delito de homicidio no puede entrar en concurso con el de violación, por cuanto la gravedad de la sanción que esa disposición impone obliga a concluir que la voluntad del legislador fue la de comprender la muerte dolosa o culposa en una unidad con la violación, por ello hizo referencia a la causación de la muerte de la mujer y no a su *homicidio* –como se expresa en el art. 433 N° 1 en relación al robo–, que permite extender el alcance del art. 472 bis a la muerte causada por culpa (cuasidelito de homicidio).

Es indiscutible, y en ello hay unanimidad de pensamiento, que el empleo de la fuerza y su materialización en lesiones o el de las amenazas en la intimidación son elementos del tipo objetivo del delito de violación y lo integran, en tanto esa fuerza o intimidación haya sido *necesaria e inevitable* para la unión carnal; el principio de la *subsunción* lo confirma. Pero si esas lesiones sobrepasan ese límite y, por ejemplo, se trata de lesiones calificadas conforme al art. 397 N° 1 (gravísimas), éstas se sancionan en concurso material con la violación. Si ambos delitos –violación y lesiones– conformasen un *concurso ideal,* la naturaleza del mismo sería *heterogénea,* y con el criterio que se ha mantenido en esta obra,[569] no se estaría en puridad ante un concurso *ideal,* sino ante uno real que, como tal, le correspondería tratar conforme al art. 74. Lo comentado es sin perjuicio de que mayoritariamente la doctrina califique esa situación de concurso ideal reglado en el art. 75.

La situación es más compleja cuando se enfrentan alternativas donde ha habido reiteración de relaciones sexuales con la víctima. Es frecuente que se descarte la posibilidad del delito *continuado,* pero tal afirmación no puede ser absoluta. Si el aprovechamiento o la violencia empleada están distanciados en el tiempo o cuando se trata de sujetos pasivos distintos, siendo la sexualidad un bien personalísimo del lesionado, corresponde rechazar la posibilidad de *continuidad;* pero no puede llegarse a la misma conclusión cuando estando separadas temporalmente las cópulas realizadas con la misma mujer, obedecen todas a una única fuerza o amenaza mantenida sobre ella, o cuando el aprovechamiento corresponde a una misma circunstancia,

[569] Véase el t. II, párrafo 102.2 de esta obra.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

también mantenida en el tiempo; en estas últimas alternativas la *continuidad* es concebible.[570] Aun podría estimarse que en esos casos, por ser uno de los elementos del tipo objetivo –la fuerza o el aprovechamiento– el mismo que sirvió para realizar los diversos coitos, se estaría ante un hecho único, si bien con una mayor lesión del bien protegido (la libertad o la idemnidad sexual), lo que podría ofrecer mayor discusión.

Cuando son varios los sujetos que han violado sucesivamente a la mujer, con ocasión de la misma fuerza o intimidación empleada, se está frente a un concurso material o real de delitos, porque la acción del sujeto activo en la violación es de carácter personalísimo.

Con el delito de rapto seguido de violación, ambos tipos se encuentran en relación de medio a fin, y según mayoritariamente se acepta, debería aplicarse la regla del concurso medial del art. 75. Respecto del robo y la violación, existe la figura compleja establecida en el art. 433 N° 1 (robo con violación).

J. *Pena que corresponde al delito de violación*

La sanción establecida en el art. 361 es grave en todo caso. La disposición hace una diferencia entre aquellas formas de violación que se describen en los números 1° y 2° (cuando se emplea fuerza o intimidación o hay aprovechamiento de la privación de razón o de sentido), con la reglada en el N° 3° (ser la mujer menor de doce años cumplidos). En el primer caso, la sanción es presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, en tanto que en el segundo es de presidio mayor en su grado medio a máximo. La rigurosidad de la sanción aparece desproporcionada en relación a otras figuras, suficiente es recordar que la del homicidio simple es inferior (presidio mayor en su grado mínimo a medio), de modo que por causar la muerte de la niña se aplicaría una sanción inferior a aquella que le correspondería al autor cuando únicamente se limita a violarla.

[570] Cfr. E. Orts, op. cit., p. 634.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (ART. N° 7, 8, 9)

20.4. El delito de estupro

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de estupro valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Noción y antecedentes de la figura penal*

El estupro es un delito contra la libertad sexual,[571] al igual que lo es la violación, pero que tiene su fundamento en el *engaño*. Se trata de una figura que ha tenido históricamente una larga evolución y cuya existencia en la actualidad podría discutirse. Según la literatura jurídica española, la palabra estupro –*stuprum*– tuvo primitivamente un alcance muy amplio, que comprendía, en el hecho, casi todas las formas de acceso carnal ilícito, incluidos la violación y el adulterio. Fue el lenguaje clásico español el que restringió su sentido, el que acogieron a su vez los códigos, que desde el año 1848 lo limitaron al yacimiento obtenido por engaño o por seducción.[572] En España el Código Penal mantenía hasta mediados del siglo varias modalidades de ejecución que consideraba como delitos de estupro; fue en el nuevo Código Penal de 1995 donde se reemplazó por las figuras de "abusos sexuales" (arts. 181 a 183), con características diversas a las que se mantienen en el texto del Código nacional.

El delito está descrito en el art. 363, entre otros que se agrupan bajo el epígrafe de *abusos deshonestos*. La referida disposición expresa: "El estupro de una *doncella, mayor de doce años y menor de dieciocho,* interviniendo *engaño,* será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados".

El delito lo define Pacheco como "el goce de una doncella, conseguido por seducción"; este comentarista de la ley española se planteaba –ya en esa época–: "¿Es el estupro un delito que deba castigar la ley?"[573]

[571] Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 234.
[572] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, p. 245.
[573] Pacheco, op. cit., t. 3°, p. 130.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

B. *El tipo objetivo*

El estupro es realizar el coito, la acción en que consiste es materialmente igual a la descrita en la violación, o sea, la realización de la cópula por vía vaginal con una mujer. Quedan marginadas las acciones llevadas a cabo en forma antinatural (anal, bucal),[574] que podrían dar vida al tipo abusos deshonestos. El Código se limitó a referirse al *estupro,* sin precisar en qué consiste la acción prohibida, pero la naturaleza de ésta se colige de la historia de este delito, que hace referencia implícita a la cópula carnal;[575] en el Fuero Juzgo, en el Fuero Real y en las Partidas se vinculaba con el matrimonio o con el yacer entre parientes inmediatos. Pacheco, en sus conocidos comentarios, así también parece entenderlo al criticar la existencia de este delito, porque a su juicio la ley no debe "constituirse en cancerbero de virginidades dudosas".[576] Si bien en las Actas de la Comisión Redactora no se dejó constancia del alcance del tipo penal, es el hecho que cuando modificó el nombre del párrafo 6°, donde se sancionaba el estupro y el incesto, hizo constar que este último era el *concúbito* entre parientes, partió del entendido que el estupro consistía en esa acción (de yacer) y no en otra, toda vez que este delito –como se ha señalado– comprendía primitivamente a la vinculación carnal entre parientes. La Comisión prefirió independizar del estupro el coito entre parientes, para sancionarlo como delito separado en el incesto. Por lo demás, todos los comentadores del Código Penal han entendido constantemente que la conducta prohibida en el estupro es la relación carnal.[577]

De manera que el concúbito consentido de un hombre y una mujer es la acción que está descrita en el estupro,[578] pero esa acción

[574] En sentido distinto Etcheberry, quien incluye tales modalidades como formas de acción en el estupro (*D. P.,* t. IV, p. 63).

[575] Soler extiende también a la cópula anormal la noción de estupro (op. cit., t. III, p. 341). El actual Código Penal de España no hace diferencia en esta materia (art. 183) y autores como Bajo Fernández así lo sostienen (op. cit., p. 238).

[576] Pacheco, op. cit., t. III, p. 130.

[577] Fuensalida, op. cit., t. 3°, p. 36; Del Río, *Elementos,* p. 496; Labatut, *D. P.,* t. II, p. 152; Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 64.

[578] Comparten esta opinión autores argentinos como Fontán Balestra, op. cit., p. 242; Creus, op. cit., t. I, p. 198. Soler amplía el concepto y lo extiende a la cópula anormal (op. cit., t. III, p. 341).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

debe cumplir con determinadas características que dicen relación con el sujeto pasivo *(edad* y *doncellez),* y con el consentimiento dado por la mujer (por engaño). Si bien el *sujeto activo* puede ser cualquier varón, la víctima sólo puede ser una mujer que cumpla dos condiciones: a) tener una edad determinada (*mayor de doce años* cumplidos y *menor de dieciocho*) y b) ser *doncella.* En doctrina hay tendencia a ampliar el ámbito del estupro y comprender en él como sujeto pasivo a los varones, debido a que podrían ser objeto de situaciones análogas a las que afectan a la mujer; el art. 183 del Código Penal español vigente incorpora como posibles víctimas tanto a la mujer como al hombre mayor de doce años y menor de dieciséis.

a) La mujer debe tener más de doce años cumplidos y no ser mayor de dieciocho; si tiene menos de doce años el hecho es constitutivo de violación conforme al art. 361 N° 3, y si es mayor de dieciocho años la acción es atípica, porque el acceso carnal a una mujer de esa edad con su consentimiento, aunque sea obtenido con engaño, no es punible, se presupone que por su madurez personal ha adquirido la experiencia necesaria para desenvolverse en ese ámbito.

b) La mujer, además de tener la edad antes indicada, ha de ser *doncella,* lo que significa que debe carecer de experiencia sexual directa.[579] Está en lo cierto Etcheberry[580] cuando disiente de Del Río, que –siguiendo una tradición hispánica– sostiene que debe ser *virgen,*[581] es suficiente que carezca de experiencia personal, o sea, que no haya realizado el coito voluntariamente o por la fuerza, por vías naturales u otras. La virginidad supone la mantención del himen, pero una mujer puede cumplir con esa condición y no ser doncella, ya que puede haber tenido relaciones contra natura. De contrario, puede ser doncella y estar desflorada, a consecuencia de un accidente o por cualquiera circunstancia que no sea la de una relación carnal.[582]

[579] Cfr. Creus, op. cit., t. I, p. 198; Fontán Balestra, op. cit., p. 243, si bien haciendo referencia a la exigencia de *honestidad* que la legislación argentina requiere.

[580] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 63.

[581] Del Río, *Elementos,* p. 496.

[582] La Corte Suprema ha sostenido esta tesis en relación a la legislación nacional recientemente, en fallo de casación (*Fallos del Mes,* año 1995, N° 446, p. 2086, sent. N° 7).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

El engaño. La mujer tiene que consentir en el yacimiento, y es aquí donde el hecho para constituir el delito de estupro requiere que *esa voluntad positiva de la mujer haya sido obtenida por el varón con engaño.* Esta condición es esencial para la existencia del tipo, la aprobación de la víctima tiene que ser el resultado de una maquinación dirigida a hacerla incurrir en error, eso es lo que constituye el engaño. Se exige más que la mera *seducción,* el *engaño* supone el empleo por el agente de cualquier medio fraudulento dirigido a que la mujer ceda a su voluntad y consienta en realizar el coito,[583] ese consentimiento debe ser precisamente la *consecuencia* del engaño, con el cual debe estar causalmente ligado. La promesa matrimonial o el contrato de esponsales incumplido no constituyen por sí solo el engaño requerido por este delito. Si bien en las legislaciones siempre se consideraba que la promesa de matrimonio incumplida que había llevado a la mujer a tener relaciones sexuales con quien esperaba contraer matrimonio era una forma de cometer el delito de estupro, en la actualidad se estima insuficiente, porque el compromiso de contraer nupcias no constituye engaño, es una mera promesa que no tiene por qué dar motivo a que la comprometida ceda a los requerimientos del varón, y si cede no hay mérito para sostener que ha sido engañada, porque la promesa en sí no está dirigida a tal objetivo.[584] La restricción al *engaño* del tipo penal estupro es objeto de críticas, hay propensión a extender esta figura a situaciones en que no se recurre al fraude para lograr el asentimiento de la víctima, como sucede cuando el agente se prevale de su autoridad o superioridad (un profesor con su alumna).

C. *El tipo subjetivo*

El delito de estupro requiere de dolo directo, por cuanto exige del agente, aparte del conocimiento cierto de la edad de la mujer y de su doncellez, de una maquinación destinada a engañarla. De suerte que se debe descartar, en principio, el dolo eventual, salvo en cuanto diga relación con la menor edad de la víctima o

[583] Muñoz Conde, op. cit., p. 358.

[584] Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 243; Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 65. En contra Labatut, *D. P.,* t. II, p. 152.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

con su doncellez. El dolo, en consecuencia, se extiende a todos los elementos del tipo,[585] la naturaleza de la acción, la actuación artificiosa constitutiva del engaño, la doncellez de la víctima y, sobre todo, a su edad, que es un elemento esencial que diferencia la figura de otros tipos penales. El error de la edad cuando es *insuperable* excluye el dolo y la culpa, si es *superable* se excluye únicamente el dolo, y subsiste la culpa, lo que en la especie no ofrece importancia en atención a que no hay estupro culposo.

D. *Características del tipo*

El estupro es un delito de mera actividad y de propia mano, importa un comportamiento personalísimo del sujeto activo, que admite tentativa pero no frustración.[586] El tipo penal admite la coautoría, donde una mujer podría resultar responsable, y ello porque debe concurrir "engaño", que puede ser efectuado por terceros concertados con el varón ejecutor de la unión sexual materialmente. El delito se consuma una vez que el órgano viril ha invadido la vagina de la mujer, aunque la penetración no sea completa *(inmissio penis).* No se requiere eyaculación para la consumación *(inmissio seminis);* los tocamientos externos de los órganos sexuales podrían excepcionalmente conformar abusos deshonestos, pero no estupro. Si bien el delito supone una maquinación fraudulenta que debe tener éxito, o sea, engañar a la doncella, el delito se consuma con la *inmissio penis* y no antes, de consiguiente, desde ese momento corre la prescripción de la acción penal. Es admisible la hipótesis de delito *continuado* cuando con el *mismo engaño* el agente logra varios accesos carnales en el tiempo con la víctima.[587]

E. *Sanción del delito*

La pena señalada por el art. 363 al estupro es presidio menor en cualquiera de sus grados. Esta sanción puede variar si concurren

[585] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 214.
[586] Rodríguez Ramos, op. cit., p. 219.
[587] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 215.

LA COPIA ES UN DELITO - LEY N° 17.336

las circunstancias señaladas en los arts. 368, 371 y 372, que se comentarán al tratar las reglas comunes a estos delitos.

20.5. El incesto

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de incesto valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Noción del delito*

El delito de incesto es una figura prácticamente abandonada en los códigos penales. En el Código español de 1848 su tipificación era criticada por Pacheco, que expresaba: "Esos misterios domésticos ¿qué bien se seguirá a la sociedad de esclarecerlos con la luz de un juicio?"[588] En la actualidad en las legislaciones de origen latino hay tendencia a suprimir este delito como tipo penal independiente, no así en 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.[589] En otros términos, consiste en la relación sexual entre personas que no pueden casarse entre sí por razón de parentesco por consanguinidad o afinidad.[590]

El bien jurídico protegido por este delito, que la Comisión Redactora ubicó entre aquellos que atentan contra el orden de la familia, es el abuso de la sexualidad en ese grupo fundamental de la sociedad. No es 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

[588] Pacheco, op. cit., t. III, p. 165.
[589] Del Río, *Elementos*, p. 498.
[590] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 152.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

relación entre parientes– constatada como experiencia histórica (consideración eugenésica).

El *incesto* se encuentra descrito en el art. 364 en los siguientes términos: "en igual pena incurrirá el que, *conociendo las relaciones* que lo ligan, *cometiere incesto* con un ascendiente o descendiente por consanguinidad legítima o ilegítima o afinidad legítima o con un hermano consanguíneo legítimo o ilegítimo, aunque sea mayor de veinte años".

El Código Penal se refiere al incesto, pero no ofrece una noción de cuál es su sentido, corresponde determinarlo por la vía interpretativa. En verdad, es aquel que se señaló precedentemente: la cópula sexual de un hombre y una mujer que son parientes inmediatos, consanguíneos o afines. La disposición tiene una frase final cuyo rol no es claro y más parece inútil: "aunque sea mayor de veinte años". El incesto es una relación carnal voluntariamente realizada entre parientes, donde la edad no tiene relevancia, salvo cuando la mujer es menor de doce años cumplidos, porque en ese caso constituiría el delito de violación y no de incesto, conforme al art. 361 N° 3, la mención final del precepto a la edad de veinte años carece de atinencia.

B. *Tipo objetivo en el incesto*

La acción prohibida es la voluntaria realización de la cópula entre un hombre y una mujer; para su consumación es suficiente que el miembro viril del primero invada la vagina de la segunda, aunque sea parcialmente, como se expresó al comentar el delito de violación. Pero esa relación sexual debe cumplir con ciertas características para que conforme el tipo incesto:

a) Ambos sujetos, hombre y mujer, han de ser entre sí parientes: en la línea recta ascendientes o descendientes por consanguinidad legítima o ilegítima o por afinidad legítima; y en la línea colateral ser hermanos consanguíneos legítimos o ilegítimos. De modo que se trata de un delito especial, que requiere de un sujeto activo calificado por el parentesco.

La posibilidad de que la adopción plena –vínculo de índole jurídica que asimila la situación del adoptado a la del hijo legítimo– pueda conformar la condición parental necesaria en el delito

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

de incesto, es algo controvertible. Autores como Etcheberry afirman que es posible, en atención a que el delito tiene como fundamento, junto a los aspectos biológicos (la probable degeneración de la descendencia), la protección de la familia. Y si bien en esta hipótesis no se daría lo primero, lo segundo sí resulta lesionado. Este autor agrega que si en el incesto se considera el parentesco afín, donde no existe problema de naturaleza biológica, resulta que el orden de la familia sería lo principal y no los peligros de la descendencia, razón que lo lleva a contestar afirmativamente la posibilidad del incesto tratándose del adoptado.[591] Por los motivos que llevaron a negar la posibilidad de parricidio entre adoptante y adoptado y que se expusieron al comentar aquel delito, en este libro se afirma que tampoco es posible en el incesto.[592] Ha de recordarse que la ley sobre adopción de menores N° 18.703, en el art. 36 establece como efecto de la adopción plena la caducidad de los vínculos de la filiación de origen, pero los limita "a todos los efectos civiles", y deja vigente respecto de su filiación de sangre los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el art. 5° de la Ley de Matrimonio Civil (entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad y hermanos). Por lo tanto, no constituyen incesto las relaciones sexuales entre adoptante y adoptado, pero sí las de este último con sus parientes de sangre. Como el delito de incesto alcanza a los hermanos, no parece dudoso que se extienda a los hermanastros, porque les afectan las mismas circunstancias que a los que tienen un mismo padre y madre.

b) Debe tratarse de una cópula normal (vaginal), lo que se desprende de la naturaleza de este delito, que tiene como bien jurídico la conservación de la honestidad en el ejercicio de la *sexualidad* en la familia, evitando los posibles efectos degenerativos en la descendencia, peligro que la experiencia histórica ha considerado siempre como serio. La voluntad del legislador en el sentido anotado se colige de la preocupación de la Comisión Redactora, al dejar constancia en las Actas de la limitación del incesto al concúbito de las personas que están en la imposibilidad

[591] Etcheberry, *D. P.*, t. II, pp. 44-45.
[592] Supra párrafo 7.4.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

de contraer matrimonio,[593] y una de las finalidades principales del matrimonio es la procreación. Queda marginada, por lo tanto, la situación de una relación carnal antinatural (anal, bucal), sin perjuicio de que ese acto sea susceptible de encuadrarse en el tipo de abusos deshonestos en su caso, de no ser así, serían atípicos. La diferencia de sexos entre parientes es fundamental, porque la Comisión hizo referencia –como recién se indicó– a la imposibilidad de contraer matrimonio entre los que intervienen, y el matrimonio sólo es *posible si se da esa diferencia.*[594] A su vez, tampoco podría sostenerse que si se acredita en tales circunstancias que la descendencia era imposible, la cópula entre esos parientes sería atípica, y ello porque el incesto no es un delito de peligro, sino de mera actividad, donde lo desvalorado es la relación en sí misma, sin perjuicio de que subyacente a esa prohibición esté el peligro para una hipotética descendencia.

C. *El tipo subjetivo en el incesto*

Subjetivamente el ayuntamiento debe ser voluntariamente realizado por el hombre y la mujer parientes. De consiguiente, hay que marginar la posibilidad de incesto con un familiar menor de doce años cumplidos, por cuanto aunque mediara su consentimiento, no puede disponer de su sexualidad, y conforme al art. 361 N° 3 ese acto constituiría violación. Otro tanto sucede si la mujer está privada de razón o sentido por cualquier causa (art. 361 N° 2). Estas posibles víctimas, como les afecta la incolumidad de su sexualidad, según sectores mayoritarios de la doctrina, sólo podrían ser objeto de violación con la agravante del parentesco reglada en el art. 13, solución que es la que mejor encuadra en nuestro sistema;[595] pero, según otros, se trataría de un concurso ideal de delitos de violación y de incesto,[596] donde la agravante no tendría atinencia por ser un elemento del tipo penal. La jurisprudencia nacional ha mantenido ambos criterios, pero ha habido sentencias de la

[593] Comisión Redactora, acta de la sesión N° 71, de 10 de abril de 1872.
[594] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 43.
[595] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 42.
[596] Labatut, *D. P.*, t. II, pp. 152-153.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

Corte Suprema últimamente en que se ha sostenido que si el agente emplea violencia o intimidación para realizar el coito con la pariente, o ésta es menor de doce años de edad, el tipo penal a aplicar es "violación", con la agravante del 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 la especialidad, pues la violencia es un elemento del tipo violación y por ello resulta especial respecto del incesto *(Gaceta Jurídica,* 7 de mayo de 1996, o *Fallos del Mes,* año 1996, N° 450, S. 3, p. 1013).

El dolo como elemento del tipo subjetivo en el incesto queda conformado, por lo tanto, por el conocimiento que deben tener ambos autores (mujer y hombre parientes) del vínculo parental que los une, y por la voluntad de cohabitar. Se trata de un delito plurisubjetivo, de convergencia de voluntades, donde ambos participantes son necesarios y al mismo tiempo autores del hecho, en el cual no hay víctima. La ignorancia o el error en cuanto a la existencia de la relación parental descarta el dolo y, por ende, el tipo penal.

El dolo de los partícipes debe ser directo, por cuanto el art. 364 requiere el conocimiento del parentesco, no puede darse la alternativa de dolo eventual, porque el que duda sobre la relación de familia que los une, no la conoce en la forma exigida por la disposición. El dolo requiere un conocimiento cierto y actual en este delito.

Existe incesto aunque uno solo 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 un solo autor; el que ignoraba la relación familiar no comete incesto. De consiguiente, si el varón engaña a una parienta menor de dieciocho y mayor de doce años, doncella, y realiza con ella la cópula, siempre habrá incesto, pero la víctima no será autora de ese delito, porque el error provocado por el engaño del varón no modifica la calificación del hecho, aunque aparentemente se pueda encuadrar en el estupro.

La maquinación fraudulenta de uno de los sujetos para inducir a la doncella al acto sexual no cambia la naturaleza de la lesión causada al ejercicio de la libertad sexual en la familia, atentado

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

en el cual la edad y el fraude no hacen variar el tipo, siempre que medie consentimiento de la mujer (salvo que sea menor de doce años, caso en que habrá violación con la agravante del parentesco).

20.6. El delito de sodomía

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de sodomía valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Antecedentes del delito*

Esta figura penal, que en la legislación nacional vigente constituye un tipo independiente, en las legislaciones modernas se ha dejado de describir como tal. En España, siempre se consideró como una modalidad del delito de abusos deshonestos y en definitiva desde mucho antes de la vigencia del nuevo texto de 1995, los códigos no lo describían como tal. Se castigaba excepcionalmente cuando constituía abuso de menores *(pederastia)* o cuando se sorprendía a varios sujetos practicando la homosexualidad.[597]

El delito de sodomía no es una figura que atenta en contra de la libertad de la sexualidad en sí misma, sino en cuanto a una modalidad de su ejercicio que constituye, según lo estimó el legislador, un peligro social. La Comisión Redactora del Código dejó expresa constancia que la razón de la prohibición de tales comportamientos, con conminación de pena, radicaba en el "peligro de que se extienda su contagio y llegue a constituir una plaga en la sociedad"; por ello también se abstuvo de castigar la bestialidad[598] (contacto sexual entre personas y animales).

El bien jurídico protegido sería la moral social en el aspecto indicado, ello justificaría su inclusión por el Código entre los

[597] Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 568.

[598] Sesión N° 71 de 10 de abril de 1872.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

delitos contra la moralidad pública, junto con los de promoción de la prostitución y la corrupción de menores.

Lo comentado es válido para el delito de sodomía *simple,* o sea, el que constituye propiamente sodomía, pero sucede que en el art. 365, en los incisos segundo y siguientes, se incorporaron ciertas modalidades de abuso sexual que por escapar al esquema antes señalado, Etcheberry ha denominado –con acierto– violación sodomítica,[599] delito que sí constituye un atentado, sea a la indemnidad sexual, sea a la libertad sexual, y que se comentará a continuación de la sodomía propiamente tal.

La sodomía considerada como delito merece serias reservas, pues la sanción penal de esta conducta se califica por amplios sectores como una invasión de la libertad positiva interna del sujeto (el disponer de sus propias potencialidades), la que podría ejercer sin considerar los criterios morales que sobre esa actividad puedan tener los terceros y siempre, claro está, que no afecte a los derechos que les corresponden a esos terceros, toda vez que la ley no es un instrumento para imponer una determinada moral.[600] Por otra parte, se sostiene que el delito de sodomía viene a constituir la imposición de una prohibición del ejercicio de su sexualidad a un segmento social, pues los homosexuales, aunque son minoría, tendrían derecho a su sexualidad. En la legislación española se eliminó este tipo penal.

B. *Noción del delito de sodomía propiamente tal*

La sodomía está sancionada por el inc. 1° del art. 365, que expresa: "El procesado por el delito de *sodomía* sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio". En realidad el legislador no dio un concepto de cuál es la conducta prohibida y se limitó a castigarla, en el entendido que el vocablo empleado era suficientemente claro en cuanto a su alcance. De consiguiente, la expresión ha de entenderse en su sentido vulgar, a saber *concúbito entre varo-*

[599] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 68.

[600] Consúltese la tesis de grado de Andrea Soto Araya, *El bien jurídico en el delito de violación,* Universidad de Chile, Santiago, octubre de 1996, pp. 78 y ss.

LA COPIA DE ESTE LIBRO ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

nes.[601] Se trata de una manifestación de la homosexualidad entre hombres, y eso es lo que los legisladores estimaron como práctica socialmente peligrosa, condigna de sanción penal.[602] Queda descartada la práctica sexual entre mujeres o *lesbianismo,* como también la *bestialidad,* a la cual se aludió precedentemente.[603]

La acción objetiva en el delito de sodomía es la realización del coito entre varones, por vía anal.[604] Otras conductas de índole sexual entre varones podrán conformar el delito de abusos deshonestos, pero no de sodomía.

El tipo *subjetivo* de sodomía requiere de la voluntad de ambos varones para realizar el concúbito, voluntad que debe ser libre, no forzada. De modo que es necesario el dolo directo, dirigido a la realización del acto contra natura; se trata de un delito de mera actividad y de *participación necesaria,* de los denominados *de encuentro,*[605] en el que deben intervenir necesariamente dos hombres por su propio y espontáneo consentimiento, directa y personalmente *(de propia mano).* De consiguiente, si uno de ellos emplea fuerza o intimidación para forzar al otro contra su voluntad, el hecho se desplaza al delito de violación sodomítica (art. 365 inc. 2.° N.° 1).[606] Deben tener más de catorce años cumplidos, pues si uno no los tiene, se dará la situación de violación sodomítica, que se comentará a continuación, y si ambos autores son menores de la referida edad, se estaría ante un acto atípico, o por lo menos

[601] Este es el alcance que la jurisprudencia nacional le ha dado al texto de la disposición. Consúltese al efecto el *Repertorio,* p. 157; a Etcheberry, *El Derecho Penal en la jurisprudencia,* t. V, p. 295 (1ª edición).

[602] En el mismo sentido Del Río (*Elementos,* p. 497); Labatut (*D. P.,* t. II, p. 153); Etcheberry (*D. P.,* t. IV, p. 71).

[603] Tanto Labatut (*D. P.,* t. II, p. 133) como Etcheberry (*D. P.,* t. IV, p. 70) hacen referencia a los diversos significados que tiene la expresión *sodomía,* pero en la especie lo que interesa es establecer su alcance jurídico penal, o sea, qué se entiende por delito de sodomía, y ese alcance es el que se ha señalado en el texto.

[604] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 72.

[605] Respecto de esta modalidad de participación, puede consultarse a Maurach, *Tratado,* t. II, pp. 351 y ss.

[606] En otros sistemas, el acto de realizar forzadamente la cópula, aunque sea entre varones, constituye el delito de violación, donde el sujeto pasivo puede ser tanto una mujer como un hombre, v. gr., el Código español (art. 179); el argentino (art. 119).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

inculpable, por cuanto la ley les desconoce a esos menores la posibilidad de disponer de su sexualidad, sea en sentido *activo o pasivo,* como también del discernimiento necesario.

Es útil señalar que la necesidad de que intervengan dos hombres en el delito no constituye una situación de *coautoría,* sino de *participación necesaria,* en la cual cada uno de los varones es autor directo, y ninguno es víctima del otro.

C. *Sanción de la sodomía simple*

La ley establece la sanción de presidio menor en su grado medio para cada uno de los autores del delito.

D. *Violación sodomítica*

Este es un tipo penal distinto al de la simple sodomía antes comentado. Está descrito en los incs. 2° y siguientes del art. 365: "Se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio al que cometiere el delito concurriendo *algunas de las siguientes circunstancias:*

1°. Cuando se use de *fuerza o intimidación* sobre la víctima; y

2°. Cuando se halle la víctima *privada de razón o de sentido* por cualquier causa.

Se impondrá la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo si el ofendido fuere *menor de catorce años cumplidos,* aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior".

Este delito se caracteriza –al contrario de lo señalado en el de sodomía simple– por la ausencia de voluntad en la vinculación carnal de parte de uno de los intervinientes. Se requiere de un sujeto activo y de una víctima, esta última es obligada por la fuerza o la intimidación al concúbito, o lo sufre a consecuencia de estar sin conciencia o se encuentra jurídicamente en la imposibilidad de disponer de su sexualidad (el menor impúber).

El *tipo objetivo,* en consecuencia, se integra por el acto carnal por vía anal entre dos varones, empleando para concretarlo por parte del agente alguno de los medios señalados en la disposición

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

antes transcrita, a saber, fuerza o intimidación, aprovechamiento de la privación de razón o sentido de la víctima, cualquiera sea la causa que la haya provocado, o que esta última sea menor de catorce años cumplidos. En otros términos, deben concurrir las mismas circunstancias que se indicaron en el delito de *violación,* con la diferencia de que la menor edad en la sodomía es catorce años y no doce, porque se hace referencia a un hombre, que es el sujeto pasivo necesario en este delito, a diferencia de la violación, donde es una mujer, cuya pubertad es más temprana, se comienza a los doce años.

Por lo tanto, en cuanto al alcance de las modalidades requeridas se da por repetido lo que se señaló al estudiar el delito de violación.[607]

El *tipo subjetivo* requiere de dolo directo, constituido por el conocimiento del sujeto activo del estado de conciencia de la víctima o de su edad o de la fuerza empleada y dirigida a violentar su posición negativa, como también de la decisión de ese sujeto de realizar el concúbito en tales condiciones. Excepcionalmente podría darse una situación de dolo eventual cuando la duda de parte del agente incide en la edad del menor ofendido. Si el menor tiene más de catorce años cumplidos y actúa voluntariamente, y no forzado, pasa a ser autor –y de consiguiente no es víctima– del delito de sodomía conjuntamente con el agente, aunque su culpabilidad quedará condicionada a la determinación previa de su posible discernimiento.

Son del todo atinadas las críticas que formula Etcheberry[608] a la forma en que se estableció este tipo penal en el Código, porque modificó el criterio que su propio texto consagra respecto de la sodomía, cuya característica es el consentimiento en la relación carnal entre los hombres que intervienen en el acto, lo que obliga a establecer que en la comisión de este delito no se atenta a la libertad sexual, en tanto que en la violación sodomítica el bien jurídico afectado es precisamente esa libertad, por cuanto se coacciona o violenta a un hombre a soportar un acto sexual desviado en su propio cuerpo y contra su voluntad.

[607] Supra párrafo 20.3 D, E y F.

[608] *Derecho Penal,* t. IV, pp. 68-69.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

La tipificación de la sodomía de la manera antes señalada, deja en evidencia que se hace urgente replantear toda la reglamentación de los delitos denominados contra la honestidad o la moralidad pública.

E. *Pena que corresponde a la violación sodomítica*

El art. 365 señala la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, pero cuando la víctima es un menor de catorce años determina la de presidio mayor en su grado medio a máximo, sea o no que se haya empleado violencia o intimidación o el afectado se haya encontrado privado de razón.

Si con motivo o con ocasión de la sodomía resulta muerta la víctima, la pena se agrava ostensiblemente, en la forma señalada en el art. 372 bis, disposición que se comentará al analizar las reglas comunes a esta clase de delitos.

20.7. Los abusos deshonestos

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de abusos deshonestos valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Concepto de abuso deshonesto y su tipicidad*

El tipo penal está descrito en el art. 366, a continuación de las disposiciones que sancionan los delitos de estupro, incesto y sodomía, todos los que conllevan, junto con la violación, la realización de la cópula sexual. De consiguiente, el abuso sexual tiene que ser algo distinto a la acción que se describe en aquellas figuras, pero siempre vinculado con lo lascivo, y como se trata de un *abuso,* ha de faltar en el acto de que se trate la voluntad de la persona afectada,[609] de modo que aparte del agente, se requiere de un sujeto

[609] Cfr. Bustos, *Manual,* p. 145.

LA JURISPRUDENCIA DE LIBROS EN DERECHO - LEY Nº 17.336

pasivo, de una víctima del abuso, que indistintamente puede ser un hombre o una mujer.[610]

En consecuencia, el bien jurídico protegido es la libertad sexual de la víctima o su incolumidad (en el caso del menor de edad o del privado de razón). El legislador se refiere al abuso deshonesto, pero la deshonestidad a que alude es la relacionada con la lascivia.

El art. 366 expresa: "El que abusare deshonestamente de *persona de uno u otro sexo* mayor de *doce* años y menor de *dieciocho,* será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las *circunstancias* expresadas en el art. 361, se estimará como *agravante* del delito, aun cuando sea mayor de *veinte* años la persona de quien se abusa".[611]

El *tipo objetivo* del delito consiste en la acción de *abusar deshonestamente* de otra persona, de modo que en atención a lo comentado precedentemente, se requiere una conducta que no alcance a constituir una unión carnal vaginal con una mujer (violación, estupro o incesto) o anal con un hombre (sodomía), pero que constituya un contacto corporal con la víctima, aunque sea un simple tocamiento con contenido sexual, y consista en el compromiso de zonas erógenas de los cuerpos de los sujetos que intervienen.[612] En este delito quedan comprendidos los actos de lesbianismo no consentido, de homosexualidad, la cópula anal o bucal, no consentida por la mujer,[613] entre otros. Pero quedan fuera del mismo conductas tales como la *bestialidad,* o actividades libidinosas con cadáveres (necrofilia), en general los actos

[610] Cfr. Antonio Bascuñán Valdés, *El delito de abusos deshonestos,* Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 109.

[611] La Ley N° 19.221, de 1° de junio de 1993, modificó el art. 366 en el sentido de sustituir la palabra *veinte* por *dieciocho,* pero por circunstancias que no se explican, en la decimoquinta edición oficial del Código Penal se sustituyó únicamente la referida palabra la primera vez que el artículo la emplea, y no así la segunda. Esta modificación incompleta viene a hacer más compleja la comprensión de la referencia a la edad que se hace en esa disposición. El tenor del art. 9° de la Ley N° 19.221 es el siguiente: "Sustitúyese en los arts. 359, 363 y 366 del Código Penal la palabra "veinte" por "dieciocho".

[612] E. Orts, op. cit., p. 637.

[613] La jurisprudencia nacional mayoritariamente así lo ha entendido.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (Ley N° 17.336)

solitarios (onanismo).[614] Las expresiones usadas en el artículo no son felices: "el que abusare deshonestamente..."; como se ha comentado, el tipo sólo comprende atentados de índole libidinosa, en tanto que la expresión "deshonestidad" tiene un alcance más amplio, por ello parece más apropiado que la disposición se refiriera simplemente a "los abusos sexuales".

El *tipo subjetivo* en el delito de abusos deshonestos está integrado, además del dolo, por un elemento subjetivo especial, el *ánimo libidinoso,* porque se trata de un tipo de *tendencia interna trascendente.* El dolo está constituido por el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de realizar la acción de tocamiento de la víctima, pero ello es insuficiente para que se dé el tipo, por cuanto estas acciones por lo general son atípicas y normalmente son aceptadas (abrazar a una persona no tiene relevancia penal), adquieren connotación típica cuando se ejecutan con un móvil lúbrico y se llevan a cabo abusando de otra persona. Además, el criterio para determinar objetivamente si ha habido abuso varía en el tiempo y depende de la cultura de una época, lo que ha de tenerse muy en cuenta por los tribunales, pues las exteriorizaciones de naturaleza sexual o amorosa, como un beso, una caricia, en la actualidad han perdido importancia.[615]

Hay autores que agregan al tipo subjetivo en este delito un elemento *negativo,* que consistiría en la *ausencia en el agente del propósito de realizar el coito con la víctima.*[616] Pues de mediar esa intención los actos constituirían principio de ejecución del delito de violación o de sodomía, según las circunstancias, pero no abuso deshonesto.

Como ocurre con todos los tipos de tendencia trascendente, no hay posibilidad de *culpa* en este delito, la culpa queda descartada.

B. *Sujetos activo y pasivo. Circunstancia de agravación. Sanción del delito*

Pueden ser autores y víctimas del delito de abusos deshonestos tanto un hombre como una mujer, y es viable su comisión por

[614] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 66.
[615] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 361.
[616] E. Orts, op. cit., p. 637.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

una mujer en contra de otra mujer, de un hombre en contra de otro hombre o entre una mujer y un hombre. Tampoco ofrece importancia la edad de los autores, pero sobre ese aspecto se presenta más de alguna duda tratándose del sujeto pasivo, porque el art. 366 exige que la víctima sea mayor de *doce años cumplidos y que no sobrepase los dieciocho.* Enseguida agrava el delito si concurren las circunstancias del art. 361, aunque sea *mayor de veinte años la persona de quien se abusa.* La explicación del precepto en cuanto a la edad parece ser la señalada por Etcheberry:

a) Si la víctima es mayor de doce años pero menor de dieciocho, y el agente, para abusar de ella, emplea engaño o sorpresa (pero no fuerza o violencia y tampoco se aprovecha de su privación de razón o de sentido). Hay delito de abuso deshonesto y la sanción que le corresponde es presidio menor en cualquiera de sus grados. Si la víctima es mayor de veinte años (el Código debe decir de dieciocho).[617] Si el ofendido es mayor de esa edad y el agente ha actuado en condiciones iguales a las señaladas, el hecho es atípico.

b) Cuando la víctima es menor de doce años (hombre o mujer, consienta o no en el abuso) o si se trata de una persona mayor de edad (aunque haya sobrepasado los veinte años, en realidad debe decir dieciocho años),[618] si el agente ha empleado fuerza o intimidación o se ha aprovechado de la falta de razón o de sentido de la víctima, o ésta es menor de doce años de edad, cada una de estas circunstancias se considera como una agravante del delito de abuso deshonesto cuya pena se ha indicado en la letra a). Las referidas circunstancias de agravación, atendida su naturaleza –y por no señalar otro efecto especial el art. 366–, deben ser tratadas conforme a las normas generales precisadas en los arts. 65 y siguientes, de modo que se pueden sumar y aun compensar con las demás circunstancias modificatorias descritas en los arts. 11 y 12.[619]

[617] Véase la nota 611 de la p. 303.

[618] Véase la nota 611 de la p. 303.

[619] La jurisprudencia de los tribunales nacionales así lo ha declarado. Véase *R.D.J.*, N° 90, año 1993, sec. IV, p. 115, C.A. de San Miguel, 25 de marzo de 1993.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

20.8. Promoción de la prostitución de menores

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de promoción de la prostitución valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Noción del delito*

El tipo penal está descrito, conjuntamente con el de corrupción de menores, en el art. 367: "El que *habitualmente* o con *abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución* o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales".

La prostitución no ha sido tipificada como delito en nuestro país, el ordenamiento jurídico implícitamente la permite,[620] y aun la reglamenta. Así el art. 41 del Código Sanitario, en su inciso primero, dispone que debe llevarse una estadística sanitaria de las personas que se dedican a la prostitución y se les prohíbe que se agrupen en prostíbulos o casas de tolerancia. Norma que debe complementarse 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 arts. 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.[621] No parece necesaria la habitualidad del ejercicio sexual pagado, estimamos que la característica básica de la prostitución es la fijación de un precio,[622] en lo

[620] Cfr. Del Río, op. cit., p. 500.

[621] E. Orts, op. cit., p. 661; Bajo Fernández, op. cit., p. 258.

[622] La noción que Etcheberry 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 de la persona con quien se realiza" (*D. P.*, t. IV, p. 73).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

que concuerda Labatut, que entiende por prostitución –siguiendo a Samuel Gajardo– "el comercio sexual ejercido públicamente por la mujer con propósito de lucro".[623] No obstante, hay autores que incorporan el elemento *habitualidad* como necesario, y algunos lo limitan a la mujer.[624] 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 desarrollado por el hombre, el art. 367 no alude específicamente a la prostitución femenina, de modo que queda comprendida la del varón, que, desgraciadamente, va en aumento en esta época.[625]

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* en este aspecto y se ha limitado a controlar el ejercicio de la prostitución y sancionar a los terceros que se dedican a promoverla o facilitarla.[626] Por ello la prohibición de la existencia de lenocinios.

El bien jurídico protegido con este delito no es claro, pero podría estimarse que lo constituye la *libertad sexual,* porque afecta a personas que, motivadas por el lucro, son usadas para satisfacer los deseos de otras.[627] Pero hay tendencias a considerar que aquello que en verdad se protege es la *moral sexual colectiva.*[628]

---

[623] Labatut, *D. P.,* t. II, p. 158.

[624] El profesor Manuel Ángel 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). (Lo destacado es nuestro.) Por nuestra parte se disiente de este criterio, porque la noción de *prostitución* del Código Penal no restringe su alcance sólo a las mujeres.

[625] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 234.

[626] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 73.

[627] En este sentido piensan autores como Rodríguez Ramos, op. cit., p. 236.

[628] Muñoz Conde, op. cit., p. 365; Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 259.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

B. *El tipo penal*

El tipo penal es de mera actividad, porque no requiere de un 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. Promover* importa 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.[629] En otros términos, no procede la *comisión por omisión,* aunque esta afirmación ha sido controvertida, si bien con argumentos no convincentes. No procede la omisión porque el tipo penal es categórico en cuanto se refiere a comportamientos activos, como lo son promover o facilitar, y lo sancionado es esa forma de operar, no el resultado o efecto de que una persona se prostituya.[630]

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

La *habitualidad* exige una reiteración de actos sea 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 envuelve a su vez en el agente una inclinación o tendencia a la realizacion de tales actos. Parte de la doctrina estima que se requiere de una pluralidad amplia de actos,[631] y algunos llegan a identificar la habitualidad con la *costumbre* de obrar en esa forma.

Abusar de la autoridad o confianza significa prevalerse 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

[629] Cfr. Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 73.

[630] En nuestro país Manuel A. González sostiene que es posible la conducta omisiva en estos delitos (op. cit., p. 114).

[631] En esa forma lo entienden Labatut *(D. P.,* t. II, p. 157), Etcheberry *(D. P.,* t. IV, p. 74), Manuel A. González (op. cit., p. 122).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS EN EL DELITO - LEY N° 17.336

el agente y ese menor (el empleado doméstico, el amigo íntimo) para inducirlo o facilitarle la actividad sexual ilícita.

El tipo subjetivo requiere de dolo directo y no admite culpa. El dolo importa el conocimiento y la voluntad de facilitar o promover la prostitución de un menor, de modo que el agente debe tener conocimiento claro de que se trata de un menor. Además se requiere que el sujeto activo actúe con el *móvil* de *satisfacer los deseos de otro;* el señalado es un elemento subjetivo de *tendencia trascendente,* de consiguiente no es necesario que se cumpla para la consumación del delito, el tipo penal se satisface con el hecho de que el sujeto haya obrado con ese sentido.[632] Por otra parte, si el móvil del sujeto activo era el de satisfacer sus propios deseos, no se conforma el tipo subjetivo necesario, porque tienen que tratarse de los deseos de un tercero, de un individuo distinto. La exigencia de un elemento subjetivo del injusto hace que la *culpa* quede descartada como posibilidad en esta figura penal.

Sujeto activo y pasivo. El agente en esta clase de delitos puede ser cualquiera persona, hombre o mujer, se trata de un delito *común.* El sujeto pasivo, o sea la persona que se prostituye, necesariamente debe ser *menor de edad.* En la actualidad ha de entenderse no mayor de *dieciocho años cumplidos,* que corresponde a la edad de capacidad, tanto civil como penal.

Se ha presentado la duda en relación con el sujeto pasivo, sobre la posibilidad de promover o facilitar la prostitución de un menor ya prostituido, pero a pesar de los reparos que tal alternativa pueda ofrecer, es el hecho que la legislación nacional no hace distingo al respecto. Por lo demás, no es la conducta disipada del menor la que se castiga, sino la del tercero mayor que la promueve o facilita con el móvil de satisfacer los deseos de otro, de consiguiente la circunstancia de que el menor esté o no prostituido no presenta –para estos efectos– especial importancia.[633]

[632] Cfr. Manuel A. González, op. cit., p. 126.

[633] Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 599; Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 73; Labatut, *D. P.,* t. II, p. 158; Manuel González, op. cit., 105.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

C. *Iter criminis*

El delito de promoción de la prostitución de un menor sólo puede darse en la fase de consumado. En atención a que requiere de la mera actividad, por lo tanto hay que descartar la posibilidad de frustración y de tentativa.

20.9. Corrupción de menores (proxenetismo)

Las explicaciones que aquí se contienen respecto del delito de corrupción de menores valen en cuanto a los delitos cometidos hasta el 12 de julio de 1999; los ocurridos con posterioridad se rigen por la normativa que se analiza en el complemento agregado en la parte final de este tomo.

A. *Noción del delito*

Este delito está comprendido en el art. 367, que se transcribió en el párrafo que precede, y del cual se desprende que consiste en la actividad habitual desarrollada por el sujeto activo de facilitar o promover la corrupción de un menor de edad para satisfacer los deseos de un tercero. De suerte que todo lo que se ha explicado en relación con el delito de *promoción de la prostitución* de un menor, es aplicable a este tipo penal, y por ello en este apartado se limitará la exposición a aquellos aspectos que requieren explicación especial. El tipo penal, como buena parte de las figuras que se refieren a la honestidad, es defectuoso, sanciona la conducta únicamente cuando tiene como móvil subjetivo satisfacer los deseos de otro, cuando lo frecuente es que se prostituya a menores para satisfacer los propios, situación que con el actual sistema podría reprimirse sólo si se dan las circunstancias del delito de abusos deshonestos o de sodomía.

El *tipo objetivo* está constituido por la conducta de promover o facilitar la *corrupción,* concepto que es necesario determinar. Pensamos que el alcance que le señaló Labatut a la referida expresión es el adecuado: "por corrupción debe entenderse la

FOTOCOPIA DE LIBRO EN CHILE LEY N° 17.336

perversión o depravación sexual de una persona, alterando las condiciones normales de su sexualidad en un sentido antinatural o degenerado".[634] Consiste, de consiguiente, en una alteración con cierta permanencia de la personalidad de la víctima en el plano biopsicológico, que lo inclinan a la realización de una actividad sexual no natural, atendidas sus circunstancias personales; debe dejarse en el menor una huella profunda, "torciendo el sentido natural y sano de la sexualidad".[635] Como bien anota Etcheberry, no es una cuestión de moral, sino biológico-natural, "no es hacer cosas malas con un menor, sino hacer malo a un menor", en el sentido indicado.[636] Es una modalidad de la actividad denominada "proxenetismo".

El alcance de corromper comprende, además de la promoción de una práctica desviada o antinatural de la sexualidad, la actividad del sujeto activo destinada a que el menor desarrolle una actividad sexual natural, pero que para ese menor resulta prematura. La perversión consiste en esta última hipótesis, en despertar anticipadamente en el niño su sexualidad o a practicarla cuando aun no ha alcanzado el desarrollo normal adecuado.[637]

Sobre las dos modalidades de la acción, promover y facilitar, se da por reproducido lo comentado en el párrafo anterior; se satisface el tipo con la conducta dirigida a promover o facilitar al menor la práctica de actividades lúbricas, aunque éstas no se concreten en el hecho. Esa actividad debe ser cumplida con *abuso de confianza* o *habitualmente*, conceptos también analizados con anterioridad. Se reproduce a su vez lo relacionado con el *tipo subjetivo*, del párrafo anterior, pues el delito de promoción de la corrupción requiere de dolo directo en el agente, más el elemento subjetivo del injusto de *tendencia trascendente*, el móvil de satisfacer los deseos de otro siendo indiferente que el menor consienta o no en su corrupción.[638] Queda descartada la posibilidad de comisión de este delito por *omisión*, como también la *culpa*. Este es un delito de mera actividad, no requiere de

[634] Labatut, *D. P.*, t. II, p. 158.
[635] Soler, op. cit., p. 362.
[636] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 75.
[637] Soler, op. cit., t. III, p. 362.
[638] Manuel González, op. cit., pp. 119-120.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

un resultado para consumarse. Ello descarta la posibilidad de tentativa.[639]

El *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, el legislador no hizo exigencia particular en ese aspecto; el *sujeto pasivo* tiene que ser un menor, hombre o mujer, que no tenga más de dieciocho años cumplidos de edad, y no importa si era o no corrupto, pues si lo era, la depravación puede aumentarse o variarse en su modalidad.[640]

Sanción de los delitos de promoción. El art. 367 resulta excepcionalmente riguroso con los comportamientos comentados, tanto la promoción de la prostitución como de corrupción del menor de edad es castigada con una pena que merece ser revisada: presidio mayor en cualquiera de sus grados, más una multa.

20.10. Facilitar la entrada o salida del país para ejercer la prostitución

A. *Noción del delito*

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, que expresa: "El que *promoviere o facilitare la entrada o salida* de personas del país para que éstas *ejerzan la prostitución* en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

No obstante, se impondrán las penas señaladas en el 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, marido, hermano, tutor, curador o encargado de la educación* de la víctima.

[639] Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 261.

[640] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 76. En contra, Soler, op. cit., t. III, p. 363.

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

5. Si el agente se vale del estado de *desamparo económico* de la víctima.

6. Si existe *habitualidad* en la conducta del agente".

Con esta nueva figura penal el legislador mantiene su tendencia a crear delitos de peligro, en este caso vinculados a la prostitución. Se trata de la actividad que se denomina trata de blancas, pero con un sentido más amplio, porque no distingue en cuanto al sexo de la víctima. La mayor parte de las expresiones que emplea han sido precisadas en su alcance al comentar los delitos de promoción de la prostitución y de la corrupción de menores, como el alcance de promover o facilitar, prostitución, habitualidad y análogos, de manera que se dan por reproducidas las referidas explicaciones.

El *tipo objetivo* está conformado por las conductas de *facilitar o promover la entrada o salida* del país de personas; conductas que en sí son atípicas a menos que se den las condiciones de índole subjetiva que el tipo requiere. Cualquiera actividad en el sentido indicado –que es quizá de una criticable amplitud–, 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 referidos verbos rectores. El hecho se consuma con la simple realización de la actividad prohibida, no se exige que las víctimas salgan o entren al país para que el tipo se dé, porque es un delito de *mera actividad* y no requiere resultado.

La disposición no aclara lo que ha de entenderse por salir del país o por entrar en él, de modo que desde una perspectiva material es suficiente eso, promover la salida de gente desde el territorio nacional o la introducción de personas desde fuera del país, sea para radicarse o para permanecer sólo temporalmente; la concreción de tal circunstancia –o sea, entrar o salir del país– es irrelevante, porque lo que confiere connotación típica a la conducta es el móvil del agente en tal sentido. 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.[641]

[641] Consúltese t. I, N° 9, II, a).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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.

El *tipo subjetivo* requiere dolo directo –el conocimiento y la voluntad de que entren o salgan personas del país–, y como se trata de una figura de *tendencia trascendente,* exige además un elemento subjetivo, que el *móvil* del agente cuando lleva a cabo su acción de facilitar o promover la entrada o salida del país, sea para que las personas de que se trata *ejerzan la prostitución,* para que se dediquen al comercio sexual. No es necesario que ese propósito se concrete, es suficiente que lo tenga el agente cuando facilita o promueve la entrada o salida.

Como se está ante un delito *común,* el *sujeto activo* puede ser cualquiera persona, sea hombre o mujer, otro tanto sucede con el *sujeto pasivo,* para lo cual el consentimiento de la víctima no es necesario. Puede obrar aun en contra de su voluntad y ser mayor o menor de edad, pariente o no.

Este delito tiene un tipo calificado, y se presenta cuando concurre cualquiera 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 o se prevale de su desamparo económico. También 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 el engaño, pues su empleo necesariamente debe vincularse con la víctima, lo que resulta extraño, 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; y si hiciera referencia al transporte impuesto por la fuerza o mediante engaño, podría darse la figura de secuestro y, según las circunstancias, la de rapto. No parece que los medios engañosos, abusivos o violentos hagan referencia 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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.

La *sanción* del delito depende de si se trata de la figura *simple* o de la *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 cualquier de sus grados y multa (o sea, la señalada por el art. 367 a la promoción de la prostitución).

20.11. Disposiciones comunes a los delitos de rapto, violación, estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos

El Código Penal, en el párrafo séptimo del título séptimo, contiene varias disposiciones que se refieren a los delitos que describe en los tres párrafos anteriores, pero que en cada caso va precisando, y ellas se refieren a los sujetos activos de esos delitos (arts. 368, 371 y 372), a ciertas obligaciones de índole civil en favor de las víctimas (art. 371), sobre el ejercicio y extinción de la acción penal (art. 369) y respecto de algunos delitos con resultado muerte de la víctima (art. 372 bis).

A. *Disposiciones sobre los sujetos activos*

Existen un conjunto de disposiciones que determinan penas o calidades de participación especiales respecto de ciertos delitos cuando intervienen como agentes personas que tienen vinculación parental con la víctima, o de autoridad, como se indicará a continuación:

Art. 368: "Si el *rapto,* la *violación,* el *estupro,* la *sodomía,* los *abusos deshonestos* o la *corrupción de menores* han sido cometidos por autoridad pública, sacerdote, guardador, maestro, criado o encargado por cualquier título de la educación, guarda o curación de la persona ofendida o prostituida, se impondrá al procesado la *pena* señalada al delito en su *grado máximo*".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

Art. 371: "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 tres párrafos precedentes, serán penados *como autores.*

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".

Art. 372: "Los *comprendidos en el artículo precedente* y cualesquiera otros *procesados por corrupción de menores* en interés de terceros, serán también condenados a las penas de *interdicción del derecho* de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de *sujeción a la vigilancia* de la autoridad por el tiempo que el tribunal determine".

B. *Disposiciones sobre indemnizaciones civiles*

Es el art. 370 el que determina para algunos delitos, como condena, el pago de ciertas reparaciones: "Los procesados por *violación, estupro o rapto* serán también *condenados* por vía de *indemnización:*

1°. A *dotar* a la ofendida si fuere soltera o viuda.

2°. A dar *alimentos congruos* a la prole que, según las reglas legales, fuere suya". El Código Civil determina cuáles son esta clase de alimentos y la forma de pagarlos.

C. *La acción penal*

En el art. 369 se disponen algunas modalidades de la acción penal para los delitos de estupro, violación y rapto, como también una forma muy particular de extinguir las mismas. La referida disposición expresa: "No puede procederse por causa de *estupro* sino a *instancia de la agraviada* o de sus padres, abuelos o guardadores.

Para proceder en las causas de *violación* y de *rapto* se necesita, a lo menos, la *denuncia* hecha a la justicia por la *persona interesada,* por sus padres, abuelos o guardadores, aunque *no formalicen instancia.*

Si la persona agraviada, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la acusación o denuncia, ni tu-

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

viere padres, abuelos o guardadores, o teniéndolos se hallaren imposibilitados o complicados en el delito, podrá el ministerio público entablar la acusación.

En todo caso se *suspende el procedimiento* o se *remite la pena casándose el ofensor con la ofendida.*

No produce estos efectos la *proposición de matrimonio desechada* por la ofendida, por la persona que debe prestar su consentimiento para el acto o por el juez en su caso, o cuando no pueda verificarse el matrimonio por impedimento legal".

El matrimonio de la ofendida con el ofensor produce serias consecuencias en los procesos que corresponde instruir por los delitos de estupro, rapto y violación. A saber, suspende el curso del procedimiento si éste está en tramitación (se sobresee), si el proceso está tramitado y en él se dictó sentencia condenatoria firme, el efecto es la remisión de la pena impuesta por esa resolución.

En general, los delitos contra la libertad sexual y la honestidad son delitos de *acción pública,* o sea, en ellos la acción penal se inicia y se ejerce de oficio por el tribunal. Empero, excepcionalmente el legislador restringe en algunos de ellos el inicio y el ejercicio de la acción penal correspondiente, en beneficio del ofendido. Eso sucede en el delito de estupro, que es de *acción privada,* o sea, que sólo puede ejercer el ofendido o sus representantes; el tribunal no puede actuar de oficio. Algo semejante –aunque no igual– acontece con los de *violación y rapto,* que son de *acción mixta,* lo que significa que siendo pesquisables de oficio por el tribunal, requieren –para iniciar esa investigación– la denuncia de las personas ofendidas o de sus representantes (no es necesario que se deduzca querella criminal, como se exige en los delitos de acción privada, es suficiente la denuncia de la comisión del hecho ante la autoridad).

20.12. El resultado muerte en los delitos de violación y sodomía

El art. 372 bis se ocupa de la situación: "El que con *motivo* u *ocasión* de *violación* o de *sodomía* causare, además, la *muerte del ofendido* será castigado con la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

En los delitos de *violación* y de *sodomía,* tanto simple como calificada, si se *causa* la muerte de la víctima, el delito se califica y se castiga con una pena de la más alta gravedad: presidio perpetuo a muerte. Se trata del establecimiento de delitos *calificados por el resultado,* que a pesar de las reservas que la doctrina manifiesta en contra de ellos, siguen siendo gratos al legislador. Sin perjuicio de lo señalado, debe concluirse que para que el resultado muerte de la víctima pueda encuadrarse en la situación en referencia, se requieren dos condiciones, aparte de la exigencia que el *sujeto pasivo fallezca:* el deceso debe estar en posibilidad que objetivamente se impute a la actividad del agente (lo que supone que causalmente está relacionado), y ha de tratarse de una consecuencia *previsible.* Por lo tanto, no toda muerte de la víctima ocurrida en la ejecución de los delitos en cuestión ha de sancionarse conforme al art. 372 bis; sólo lo serán aquellos resultados que estaban dentro del marco de los eventos previsibles, con ello quedan marginados el caso fortuito y la fuerza mayor (fallecimiento a consecuencia de una inundación o de un terremoto), por ser imprevisibles e irresistibles; como también cuando el origen del deceso no tiene vinculación normativa cierta con la actividad típica del agente.

No es necesario, por otro lado, que quede abarcado por el dolo del violador o sodomita. En todo caso, no es un tipo complejo,[642] pues el art. 372 bis, a diferencia de como lo hace el art. 433 N° 1 en el delito de robo con violencia en la persona (donde junto con el robo debe cometerse homicidio), no requiere que se ejecute además de la sodomía o violación un *homicidio,* es suficiente la causación de la muerte. Lo señalado es sin perjuicio que en la realidad delictiva puedan presentarse situaciones donde se cometa coetánea o sucesivamente violación o sodomía y homicidio, lo que supondría un concurso de delitos, hipótesis estas que quedan abarcadas por el art. 372 bis, la gravedad de la pena consume el desvalor de ambas figuras penales. Ello, sin embargo, no involucra que la disposición sólo pueda aplicarse en este último caso (violación o sodomía con homicidio), podría aplicarse a una muerte atribuible a culpa.

[642] La jurisprudencia ha calificado, a nuestro entender indebidamente, como delito complejo la violación con resultado muerte (*R.D.J.,* N° 87, año 1990, parte 2ª, sec. IV, p. 18, C. A. de Santiago, de 29 de marzo de 1990).

El precepto en estudio emplea las expresiones *con motivo u ocasión,* cuyo alcance puede suscitar alguna duda tratándose de delitos de violación y sodomía. Si se sigue la interpretación tradicional, se ha de entender que *con motivo* consiste en causar la muerte *para* cometer el delito de violación o de sodomía, y como la muerte a que se refiere la disposición es de la víctima y no de terceros, es difícil o imposible concebir una hipótesis donde ello pueda suceder, pues la vinculación carnal y los actos deshonestos con un cadáver no constituyen el tipo violación o sodomía. Al parecer sólo operaría la alternativa *con ocasión,* porque se puede matar al violar o abusar sexualmente, o después para ocultar el delito o eludir la responsabilidad, además la víctima puede fallecer de inmediato o con posterioridad a consecuencia de las lesiones sufridas.

20.13. Ultrajes públicos a las buenas costumbres

A. *Naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por estas figuras*

En el párrafo octavo del Título VII, bajo la denominación de "De los ultrajes públicos a las buenas costumbres", el Código Penal sanciona en los arts. 373 y 374 dos figuras penales cuyo bien jurídico es el *pudor público* y las *buenas costumbres.* Sobre el alcance de estos conceptos no existe un consenso pleno, pero para los efectos de nuestra normativa penal pueden señalarse como los más adecuados a la realidad nacional los que se indicarán enseguida. Por *pudor* se entiende aquel sentimiento, de índole colectiva, "de reserva relativo a las manifestaciones del sexo, que es susceptible de ofrecerse con mayor o menor intensidad y que puede asimismo reaccionar –allí donde es ofendido– con emociones más o menos acentuadas".[643] En la sociedad el pudor se manifiesta en aquel respeto o consideración que esa sociedad debe guardar y mantener como mínimo hacia cada individuo como sujeto sexual; en este sentido puede afectar al pudor la desnudez del cuerpo humano. Entendiendo con mucha amplitud el concepto de pudor, se afirma que también resultaría afectado con los delitos antes

[643] Polaino, op. cit., p. 130.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

estudiados (violación, abusos deshonestos), porque infringe ese respeto. Pero los tipos penales que se analizarán a continuación dicen relación directamente con el sentimiento mismo del pudor y con el de buenas costumbres.

Buenas costumbres son aquellas modalidades, aceptadas por una sociedad determinada a través del tiempo (o sea, consuetudinariamente), sobre la forma de ejercer y practicar la actividad sexual. Es ese criterio medio sobre lo que se estima decente en la sexualidad, de modo que cuando el precepto legal hace referencia a las buenas costumbres, no pretendió comprender las innumerables que existen, sino aquellas que dicen relación con la sexualidad. La práctica de la homosexualidad, del lesbianismo y de perversiones análogas, constituyen atentados a las buenas costumbres. Los tipos penales que se estudiarán a continuación se refieren a las *buenas costumbres* y al *pudor público sexual.*[644] Estos delitos tienen en cuenta la honestidad, pero no mirada desde la persona individual, como sucede con las figuras antes analizadas (violación, estupro, abusos deshonestos y análogas), sino desde la sociedad en su conjunto, el *pudor como bien social.*[645] Es posible que el pudor individual de un sujeto no resulte afectado, pero sí el público, y viceversa. Los delitos contra la moralidad y las buenas costumbres tienen mucha relación con los delitos contra la familia, porque varios de ellos afectan además a este grupo social.[646]

En la actualidad estos bienes son discutidos en cuanto a considerarlos como dignos de protección penal, las ideas imperantes sobre la libertad individual, los amplios cambios de orden ético-cultural que se están produciendo en la sociedad, sobre todo los que se refieren al comportamiento sexual y a la libertad de pensamiento y de opinión, ponen a prueba los criterios hasta ahora existentes. De suerte que –al aplicar estos tipos penales– corresponde evaluar con extrema cautela los eventos concretos que suceden en la realidad social.

Las figuras descritas en el Código son los *ultrajes públicos* (art. 373) y la *promoción pornográfica* (art. 374).

[644] Ranieri, op. cit., t. V, p. 118.
[645] Soler, op. cit., t. III, p. 393.
[646] Cfr. Polaino, op. cit., p. 128.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

20.14. Ultrajes públicos

Están descritos en el art. 373: "Los que de *cualquier modo ofendieren* el *pudor* o las *buenas costumbres* con *hechos de grave escándalo o trascendencia, no* comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio".

A. *El tipo objetivo*

El *tipo objetivo* del delito está conformado por la realización de actividades de cualquier naturaleza (hechos), siempre que no sea la promoción de pornografía, porque a esta conducta se refiere el art. 374, o que conforme cualquier otro delito descrito en el Código Penal. Se trata de un tipo *residual* que, en caso de entrar en concurso aparente con otro tipo especial, queda descartado por el principio de la *subsidiariedad.*

El acto debe objetivamente constituir una *ofensa al pudor o a las buenas costumbres.* Nociones comentadas precedentemente. La constatación de esta circunstancia queda entregada a la valoración del tribunal penal. Los actos realizados pueden, en sí mismos, no ser constitutivos de delitos o de alguna ilicitud, pero no obstante ser ofensivos al pudor (las relaciones sexuales entre cónyuges son lícitas, pero si las tienen en la vía pública afectan al pudor).[647]

La ofensa al pudor o a las buenas costumbres debe consistir en hechos de *grave escándalo o trascendencia,* cada una de estas consecuencias constituye un elemento *normativo* del tipo, de índole cultural que ha de ser apreciado por el tribunal. Como dice Soler, corresponderían a exhibiciones inverecundas,[648] desvergonzadas, que causen *escándalo,* o sea, que lleguen al conocimiento de muchas personas y provoquen una reacción de reprobación o de mal ejemplo. La *trascendencia* a que se refiere la disposición, como bien expresa Etcheberry, importa una idea semejante a la señalada, pero referida a la mayor publicidad o repercusión que

[647] Etcheberry, *D. P.,* t. IV, p. 80.
[648] Soler, op. cit., t. III, p. 393.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

alcanza en la sociedad.[649] El escándalo o trascendencia debe ser consecuencia del hecho realizado, y no de la difusión que con posterioridad terceros que tomaron conocimiento del hecho pueden haberle dado.

Si el hecho no alcanza a provocar grave escándalo o trascendencia, puede conformar el delito falta sancionado en el art. 495 N° 5.

B. *El tipo subjetivo*

Este delito requiere de dolo en el sujeto activo, que conlleva el conocimiento de que el hecho es ofensivo al pudor o a las buenas costumbres, como también de su aptitud –dadas las circunstancias en que se realiza– de provocar escándalo o trascendencia y, no obstante, querer ejecutarlo. No es posible la forma culposa en este delito.

C. *Características del delito y su sanción*

El delito de ultrajes públicos es de mera actividad, se perfecciona por la simple realización del atentado al pudor con la consecuencia escándalo, que no es el resultado del delito, sino un elemento más de su tipicidad. De consiguiente tampoco este delito admite tentativa.

La sanción establecida por el art. 373 es reclusión menor en su grado mínimo a medio.

20.15. Promoción pornográfica

A. *Descripción del delito y su sanción*

Se encuentra descrito en el art. 374, que expresa: "El que *vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos,* impresos o no,

[649] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 81.

FOTOCOPIA DE LIBROS ESTA DELITO LEY N° 17.336

figuras o estampas contrarios a las *buenas costumbres,* será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

En las mismas penas incurrirá el *autor* del manuscrito, la figura o de la estampa o el que los *hubiere reproducido* por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta".

Esta disposición en el hecho ha quedado sin uso, porque la Ley N° 16.643, sobre abusos de publicidad, en su párrafo III, bajo la denominación de "Delitos contra las buenas costumbres", describe en el muy extenso art. 20, una serie de conductas que sanciona cuando se han realizado por algunos de los medios de publicidad que se indican en el art. 16; entre ellos se comprende a los diarios, publicaciones periódicas, carteles, altoparlantes, radio "y en general cualquier artificio apto para fijar, grabar, reproducir o transmitir la palabra, cualquiera sea la forma de expresión que se utilice, sonidos o imágenes".

El art. 20 de la Ley de Abusos de Publicidad contiene una serie de formas de atentar en contra de las buenas costumbres, entre las cuales se menciona: "1°. Los que internaren, vendieren o pusieren en venta, ofrecieren, distribuyeren, exhibieren o difundieren o hicieren distribuir, exhibir o difundir *públicamente* escritos, impresos o no, figuras, estampas, dibujos, grabados, emblemas, objetos o imágenes *obscenas o contrarios a las buenas costumbres.*

La venta, oferta, distribución o exhibición a *menores* de edad, será punible aunque *no se efectúe públicamente.*

La *distribución a domicilio* de los escritos u objetos enumerados será castigada también con la misma pena; pero el simple hecho de entregarlos al correo o a alguna empresa de transporte o distribución sólo será pesquisable cuando la entrega se hiciere bajo faja o en sobre abierto. En todo caso serán pesquisables después de llegar a poder del consignatario.

2°. Los que profirieren, hicieren proferir, transmitieren o difundieren *expresiones, hechos o acciones obscenos o contrarios a las buenas costumbres.*

3°. Los que valiéndose de cualquier medio de difusión divulgaren *avisos o correspondencia obscenos o contrarios a las buenas costumbres.*

La pena se elevará al doble si el ultraje a las buenas costumbres en cualesquiera de las formas enunciadas, tiene por objeto la *perversión de menores de dieciocho años.*

LA FOTOCOPIA ES ILEGAL ES UN DELITO LEY N° 17.336

Se *presume* que el ultraje a las buenas costumbres tiene por objeto la perversión de menores de dieciocho años cuando se empleen medios de difusión que, por su naturaleza, estén al alcance de los menores o cuando a un menor de esa edad se ofrezcan, vendan, entreguen o exhiban escritos, figuras, objetos o imágenes *obscenos o contrarios a las buenas costumbres,* o cuando el delito se cometiere dentro del radio de doscientos metros de una escuela, colegio, instituto, universidad o cualquier establecimiento educacional o de asilo destinado a niños y jóvenes.

4°. Los *impresores o editores* de diarios, revistas, periódicos, escritos, impresos, carteles, afiches, avisos, inscripciones, volantes o emblemas, en cuyos talleres se impriman o multipliquen fotografías, imágenes, dibujos, palabras, frases o artículos de contenido *obsceno atentatorios contra la moral o las buenas costumbres.*

Para estos efectos *los editores o impresores serán considerados autores,* y sólo podrán excusar su responsabilidad en el caso de que se presente el que materialmente, sin su conocimiento o autorización, haya ordenado o realizado alguno de los hechos referidos en el inciso precedente".

La disposición transcrita incorpora un nuevo concepto valorativo: lo *obsceno,* que significa algo impúdico, ofensivo al pudor, pero no meramente ofensivo, sino groseramente y, en especial, torpe o repugnantemente; eso es lo que constituye la pornografía. De modo que lo obsceno conlleva siempre una ofensa al pudor, pero para que esa ofensa se califique de obscena, debe hacerlo de manera intensa y grave, en la forma recién señalada.

El artículo transcrito peca –como es frecuente en el legislador nacional– de incurrir en casuismo exagerado y no en descripciones generales de los comportamientos prohibidos. En el número primero se prohíbe la venta, distribución y demás conductas allí enumeradas, de escritos, estampas, dibujos o imágenes obscenas o contrarias a las buenas costumbres, siempre que se haga *públicamente,* o cuando *se distribuyan a domicilio,* o cuando se hagan a *menores de edad* (en este caso aunque no sea públicamente).

También sanciona a los que *divulguen, transmitan, profieran o hicieren proferir* expresiones o acciones pornográficas, y a los que por cualquier medio de difusión divulguen avisos o correspondencia obscenos.

En el N° 4 se sanciona a los *editores o impresores* del material obsceno o contrario a las buenas costumbres, a los que castiga

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

como *autores,* a menos que se presente el que dio la orden de ejecutar el trabajo.

Las sanciones se elevan al doble si los atentados antes indicados tienen por objeto la *perversión de menores* (o sea, su corrupción),[650] y se presume –legalmente– esa circunstancia: a) cuando se emplean medios que por su naturaleza están al alcance de esos menores, b) cuando el material se ofrezca al menor, y c) cuando los actos se hagan dentro del radio de doscientos metros de cualquier establecimiento educacional o de un asilo de niños o jóvenes.

COMPLEMENTO

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

21. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL[651]

21.1. 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".[652]

[650] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 83.

[651] A continuación se complementa este tomo III con el estudio de los delitos contra la autodeterminación sexual, conforme a las modificaciones del Código Penal introducidas por la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999.

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 Matus 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.

[652] La nomenclatura utilizada para referirse a este grupo de delitos reviste caracteres impropios y ha sido criticada por la ausencia de contenido que la muestre como categoría independiente.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

Una reforma de esta naturaleza –particularmente cuando resulta aplicable a una materia de alta complejidad y de defectuosa regulación– requiere de una síntesis interpretativa completamente distinta de aquella en que se fundó la normativa precedente, 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. En razón de ello, es necesario complementar las líneas que escribimos a propósito de los *Delitos contra la honestidad* en este tomo III, a fin de actualizar su contenido.

En modo alguno se resta vigencia al contenido que desarrollamos en dicha ocasión –al menos en un lapso que estimamos de algunos años– en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal a propósito de los efectos temporales de aplicación de la ley penal, que hacen que la primitiva normativa perviva en el tiempo, pues la regulación de reemplazo eleva en general los índices de rigurosidad del tratamiento punitivo.[653-654]

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.

21.2. 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

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

[653] Consúltese t. I, pp. 105 y ss.

[654] La ultractividad de la norma penal más beneficiosa reclama en este caso aplicación concreta, en tanto muchas de las modificaciones introducidas conllevan un régimen más estricto de sanción. No será extraña la aplicación de las normas preexistentes a aquellos delitos ejecutados con anterioridad a la fecha de publicación de la Ley N° 19.617, frente a lo cual resultan plenamente procedentes las consideraciones extendidas en el apartado señalado de este tomo III.

LA FOTOCOPIA ES ILEGAL - LEY N° 17.336

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 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, se separaba la afectación del *"Orden de las Familias"* de 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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 deshonesta 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".[655]

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,[656] agrupadas en torno al concepto del legítimo ejercicio de la actividad sexual individual. Ello nos permite situar en el centro

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

[656] *Moral sexual individual*, según Rodríguez Devesa, op. cit., p. 150.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.

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.[657] 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.[658]

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 faculta-

[657] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, pp. 9 y 10.

[658] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

des de índole sexual.[659] *La libertad de autodeterminación en materia 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.[660-661]

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.

---

[659] 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 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.

[660] 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.

[661] 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.

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

Puede realizar entonces válidamente cualquier tipo de actos y le es factible a su vez rechazar la ejecución de los 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,[662] particularmente por criterios de valor moral que influyeron desde la gestación del Código Penal,[663] 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 ejecutada con un menor de edad.[664]

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 si 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.[665]

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

[662] Vid. Etcheberry, t. IV, p. 47.

[663] Vid. Mezger, *Libro de estudio, Parte Especial,* pp. 103 y ss.

[664] 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.

[665] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 176.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[666]

Junto a la autodeterminación sexual se protege, en forma complementaria,[667] la denominada *indemnidad* o *intangibilidad sexual,*[668] entendida en su doble dimensión: como facultad humana inviolable,[669] y como referente del derecho de cada persona al normal desarrollo y configuración de su sexualidad.[670]

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

---

[666] 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).

[667] 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).

[668] Según Juan José González Rus, fue el penalista italiano Enrico Contieri 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.

[669] 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 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.

[670] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

en condiciones de expresar su voluntad, o no se le reconoce la facultad para hacerlo.[671]

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).[672] Estas personas han de ser consideradas inviolables sexualmente,[673] erigiéndose esa inviolabilidad como el objeto de protección del delito.[674]

---

[671] 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.

[672] 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 acceso 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).

[673] Polaino, p. 48; Orts (Cobo) Cobo del Rosal, González Rus.

[674] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[675] 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.[676]

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.

---

[675] 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. Cierto es 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.

[676] En relación a estos últimos, un simple análisis de las prescripciones del texto de reforma introducido por la Ley Nº 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 FOTOCOPIA DE LIBROS EN UN DELITO - LEY Nº 17.336

La violación concentra la mayor gravedad de las figuras comisivas 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"*.

21.3. 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 manifestada de la víctima, o no encontrándose ésta en condiciones de ejercer su libertad sexual.[677]

[677] 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

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 1° 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 2° y 3° 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,[678] configuraban un panorama abierto a la crítica y a la interpretación.[679]

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"),[680] 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

[678] Sobre ello vid. por todos Rodríguez Devesa, op. cit., p. 116.

[679] 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.

[680] 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 de la igualdad. Es por 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).

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

de lo que se conocía como el correcto o adecuado orden de las familias,[681] por eso se limitó su aplicación: la víctima debía ser mujer, única susceptible de una penetración de tipo vaginal, con posibilidades de gestación.[682]

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 *"felatio 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.[683]

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

[681] 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.

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

[683] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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),[684] 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.[685]

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,[686] 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

[684] 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).

[685] 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.

[686] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (Ley N° 17.336)

de hipótesis múltiple (acceder carnalmente por vía vaginal, anal o bucal).[687]

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

[687] 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), lo mismo 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).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

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.[688]

[688] 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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

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, confirmándose 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")* pareciera 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"*.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

consumado el delito, pues en esta materia existen diversas alternativas. Las tradicionalmente utilizadas son las siguientes: a) la *coniuntio membrorum,* o sea, 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 violación[689]

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,[690] reservándose por razones naturales para la mujer

[689] 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.

[690] 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (Art. 79 LPI)

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.[691]

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.[692] 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

[691] 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.

[692] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[693]

El delito de violación descrito en el artículo 361 es una figura de *"tipicidad reforzada"* o de *"hipótesis múltiples"*, irrelevante para su consumación cuál de esas hipótesis concurre o que concurran 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.[694] 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

[693] 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.

[694] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[695]

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.[696]

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^{os} 2 y 3 del referido artículo (privación de sentido o incapacidad de oponer resistencia y enajenación o trastorno mental de la víctima).

[695] 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; Etcheberry, 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.

[696] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[697]

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.[698] 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-

[697] 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.

[698] Rodríguez Ramos, op. cit., p. 205.

LA TOPOGRAFIA DE LIBROS EN UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[699]

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,[700] 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.[701]

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

[699] Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 57.
[700] E. Orts, op. cit., p. 623.
[701] Bajo Fernández, op. cit., p. 207.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

siempre que no haya mediado disposición para la vinculación sexual.[702]

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.[703] 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.[704] 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.[705]

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.[706]

D.2. Violación impropia (prevalimiento, art. 361 N^{os} 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,*

[702] Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 58.

[703] Quintano Ripollés, op. cit., t. II, pp. 232-233.

[704] Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 73.

[705] Bajo Fernández, op. cit., p. 209.

[706] 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).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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

En estas modalidades aparece como fundamento complementario del injusto el *prevalimiento* con que actúa el victimario, que éste se aproveche o abuse de la situación que afecta a la víctima.[707] 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 prevalimiento, en razón de aparecer como un elemento de carácter común a todos ellos.

a) *Privación de sentido (prevalimiento, 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.[708] De esta forma la palabra *"sentido"* es utilizada como referencia al estado de conciencia,[709] 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.[710]

[707] Más adelante se desarrollará el alcance de esta exigencia del tipo.

[708] Cfr. Muñoz Conde, op. cit., p. 348, E. Orts, op. cit., p. 625.

[709] 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.).

[710] 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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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 (prevalimiento, 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 REFORMA DE PERSONAS (LEY N° 19.585)

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 hemiplejia, 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.[711]

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.[712]

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

[712] En contra Orts, op. cit., p. 598.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

c) *Abuso de la enajenación o trastorno mental (prevalimiento, art. 361 Nº 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, 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,[713] lo que lleva a homologarlo –equivocadamente– al número 1º del artículo 10, *"locura"*, *"demencia"* 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.[714]

---

[713] 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.

[714] 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 tendido 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 deseable 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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,[715] 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.[716] 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.[717]

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

[715] Vid. Garrido Montt, t. II, p. 196.

[716] En este sentido Etcheberry, op. cit., p. 59.

[717] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[718] 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.[719-720] 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.[721]

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.[722] Es irrelevante que se haya procedido

[718] Muñoz Conde, op. cit., p. 179.

[719] Se presume su incapacidad de autodeterminación sexual, atribuyéndole irrelevancia a su consentimiento.

[720] Carece de importancia el desarrollo mental o fisiológico de la víctima para estos efectos.

[721] 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.

[722] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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 concurra 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.[723]

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.

[723] Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 77.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

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.[724]

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.[725]

e) *Prevalimiento*

Este elemento –como se adelantó precedentemente– es común a todas las modalidades de la violación impropia, tratadas en los N^{os} 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.[726]

[724] 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.

[725] 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.

[726] E. Orts Berenger, citado por Muñoz Conde, op. cit., p. 193.

LA FOTOCOPIA ES ILEGAL Y UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[727] 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 consienta 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.

[727] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[728]

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"*.[729]

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 prevalimiento 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.[730]

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

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

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

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,[731] que es difícil concebir en figuras de esa naturaleza.[732]

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.[733]

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,

[731] 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.

[732] 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).

[733] Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., pp. 165-166.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 (análoga 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)*[734]

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:*

1ª. Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 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.

2ª. 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 absolutoria 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).

[734] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Se establecía 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,[735] 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 *"gravedad de la ofensa infligida"*. El análisis de "gravedad" 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.

[735] 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 concurra 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[736]

Es difícil determinar la naturaleza jurídica de esta institución, porque no opera como una excusa legal absolutoria 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 concurra 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

[736] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 considera 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.[737]

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.*

[737] Vid. Etcheberry, *D. P.*, t. IV, p. 59.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO · LEY N° 17.336

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.[738] Cuando el resultado muerte se encuentra

[738] 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

LA JURISPRUDENCIA DE HOY EN UN CLIC - LEY Nº 17.336

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.[739]

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.

[739] Cfr. Orts. op. cit., p. 634.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.

21.4. 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,

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

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),[740] 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 obtenido 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.[741] 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).[742]

---

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

[741] 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 deshonestos, no sin dificultades para realizar la subsunción. 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.

[742] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[743]

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.[744-745]

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

[743] 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.

[744] 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.

[745] Cfr. Matus-Ramírez, op. cit., p. 78.

LA JURISPRUDENCIA DE LIBROS JURIDICOS LEY Nº 17.336

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 centrada 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 abusa 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 abusa 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 abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[746] 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.

[746] 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.

LA JURISPRUDENCIA DE LIBROS CASA DE LEY Nº 17.336

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.[747]

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.

[747] Ver supra párrafo 2.1.2.D.2.e).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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.[748] 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.[749]

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

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

[749] 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".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[750] 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"*.[751]

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 concurran 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.

[750] 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 prevalerse 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.

[751] Art. 7° del C. del T.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO · LEY Nº 17.336

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.[752]

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.[753] 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

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

[753] Vid. Orts, en cita a Boix, p. 617.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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 contendido y alcance de una relación de carácter sexual,[754] o, dicho en los términos de la ley, la *"ignorancia o inexperiencia sexual de la víctima"*.[755] El engaño radica en la posibilidad de incidir en la representación que el adolescente tenga respecto del hecho,[756] 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).

[754] La referencia alude a los actos que involucran 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.

[755] 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.

[756] 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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).[757]

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-

[757] 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".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

tupro por engaño,[758] modalidad que tuvo que ser reincorporada por la comisión mixta en el tercer trámite constitucional,[759] 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".[760]

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.[761-762]

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 ardid 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

[758] Sobre el particular algunas citas literales resultan bastantes ilustrativas: "...la sanción del engaño, más allá del error sobre la naturaleza sexual de la conducta, es improcedente, 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.

[759] Informe, p. 19.

[760] Informe Comisión Mixta, p. 18.

[761] En términos de Orts, *"por engaño habrá que entender el llevar el ánimo de otro una idea que no se corresponde con la verdad"*, op. cit., p. 947.

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

engañar o provocar una falsa representación respecto de algo que no ha acaecido).[763]

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.[764-765]

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"*.[766] 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.[767]

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).

---

[763] Vid. Etcheberry, op. cit., t. IV, p. 65.

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

[765] 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.

[766] Orts, op. cit., p. 621.

[767] Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., p. 184.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

21.5. Los abusos sexuales (arts. 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter)[768]

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.[769]

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.

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

[769] 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.

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

Adicionalmente se utiliza un criterio objetivo relativo a la necesidad de que el acto afecte *corporalmente a la víctima.*[770] 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"*, entendiendo 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.[771] 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.[772] Es discutible recurrir a esa fórmula para determinar el disvalor del acto.[773]

Debería recurrirse a criterios normativos para determinar la significación sexual del hecho, considerando los criterios que existan en el medio social.[774] Es la valoración general de acuerdo a las concepciones propias de la sociedad y del momento histórico

[770] Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., p. 198.

[771] 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.

[772] Aceptan esta circunstancia autores como Matus-Ramírez, op. cit., p. 80.

[773] 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.

[774] En este mismo sentido Bustos, *Manual,* p. 124.

FOTOCOPIA DE LIBRO ESTA PROHIBIDA POR LEY N° 17.336

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"*.[775]

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).[776]

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.[777]

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*

[775] Op. cit., p. 909. En esta materia hay que destacar que el comentario se atribuye a E. Orts Berenger.

[776] Primer Informe, p. 52.

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

LA COLECCIÓN DE LIBROS DE DERECHO LEY Nº 17.336

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..."*.[778]

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.

[778] Informe de la Comisión Mixta, p. 25.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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.[779]

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

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

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.[780]

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 distingo 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

[780] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[781]

---

[781] 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 connatural al concepto. En este ámbito quienes intentan precisarlo 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),

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 alternativas descritas en el art. 366.[782]

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.

[782] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.

21.6. 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.[783]

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.[784]

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

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

[784] 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. Cierto es 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"*.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[785]

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 consentido.

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.[786]

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.[787] 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-

[785] 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.

[786] En este mismo sentido, Etcheberry, op. cit., t. IV, p. 75.

[787] 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).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[788] 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 intermediación se realizara *"para satisfacer los deseos de un tercero"*, y que lo hiciera con *habitualidad* 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

[788] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.

21.7. 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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 apareja 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.[789] 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.

[789] Bustos, *Manual*, p. 131.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[790] 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.[791]

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

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

[791] Supra párrafo 21.5.B.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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).[792]

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.

21.8. 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, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años, la hiciere ver o*

[792] Muñoz Conde, op. cit., p. 183.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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

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 detenten 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.[793]

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)

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

y al mismo tiempo carecen de valor artístico, literario, científico o educativo.[794]

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.[795]

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.[796]

"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.

21.9. 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.

[794] Cobo, op. cit., p. 186.

[795] Vid. Cobo, op. cit., pp. 613 y 614.

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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.[797]

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 libidinosa 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.

[797] Supra párrafo 21.8.B.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.

21.10. 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 LEGALIDAD DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[798]

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.

[798] 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 FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[799]

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 concurran 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).

21.11. Utilización del menor en la producción de material pornográfico (art. 366 quinquies)

La disposición expresa: *"El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera que 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.

[799] Supra parrafo 21.7.B. y siguientes.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.[800]

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.[801]

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

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

[801] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY Nº 17.336

de un menor de edad).[802] Cuando la intervención del menor es pasiva, se puede penalizar el hecho como delito de exhibicionismo o de provocación sexual.[803]

B.5. Penalidad del delito

La sanción que se impone al delito de producción de material pornográfico –conforme lo dispone el artículo 366 quinquies– 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.

21.11 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

[802] La exigencia del ánimo lascivo se comprende en el elemento de trascendencia inherente al material pornográfico.

[803] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

21.12. 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.[804] 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.[805] No parece necesaria la habitualidad del ejercicio sexual pagado, la característica básica de la prostitución es la fijación de un precio,[806] 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"*.[807]

No obstante hay autores que incorporan el elemento habitualidad como necesario, y algunos lo limitan a la mujer.[808] 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

[804] Cfr. Del Río, op. cit., p. 500.

[805] E. Orts, op. cit., p. 661; Bajo Fernández, op. cit., p. 258.

[806] La noción que Etcheberry 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).

[807] Labatut, op. cit., p. 158.

[808] Manuel Ángel 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, disentimos de este criterio, porque la noción de prostitución del Código Penal no restringe su alcance sólo a las mujeres.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

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.[809]

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 concurriere 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,[810] 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.[811]

Algunos autores han sostenido que el bien jurídico protegido por este delito es la *moral sexual colectiva,*[812] que constituye un atentado contra la libertad sexual, en tanto afecta a personas que motivadas por el lucro son usadas para satisfacer los deseos

[809] Cfr. Rodríguez Ramos, op. cit., p. 234.

[810] Por ello la prohibición de la existencia de lenocinios.

[811] Cfr. Etcheberry, op. cit., p. 73.

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

FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (LEY N° 17.336)

sexuales de otras.[813] 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 complicidad.[814]

"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.[815]

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.*

---

[813] En este sentido piensan autores como Rodríguez Ramos, op. cit., p. 236.

[814] Cfr. Luis Rodríguez, op. cit., p. 228.

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 prevalerse 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 estupro.

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.*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[816]

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"*.

[816] 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).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 *ejerzan 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",

© FOTOCOPIA DE PÁGINA SIN FINES DE LUCRO LEY N° 17.336

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.[817]

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. Cualesquiera 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,[818] 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.

[817] Supra párrafo 21.12.B.2.

[818] 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).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.

LA REFORMA DE LIBROS EN DERECHO LEY N° 21.516

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).

21.13. 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.

21.14. 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

FOTOCOPIA DE LIBRO EN VENTA DELITO (LEY N° 17.336)

cópula sexual entre dos varones,[819] 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,[820] 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*".[821] 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

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

[820] Cuello, op. cit., t. II, p. 568.

[821] Sesión N° 71, de 10 de abril de 1872.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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).[822]

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

[822] 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.).

LA REPRODUCCIÓN DE LIBROS SIN PERMISO ES UN DELITO

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 concúbito 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.[823]

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

[823] 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).

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[824] 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.[825]

[824] Supra párrafo N° 21.3.C.1.

[825] 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 comisiva (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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO — LEY N° 17.336

En definitiva, la acción prohibida en el delito de sodomía (palabra que debe ser entendida en sentido amplio, comprensiva 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").*

21.15. 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?"[826] En la actualidad en las legislaciones de origen latino hay tendencia a suprimir este delito como tipo penal independiente, no así en

[826] Pacheco, op. cit., p. 165.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.[827] 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, consideró 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

[827] Del Río, *Elementos*, p. 498.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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 concúbito 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.[828] Un sector minoritario de la doctrina considera en cambio que el caso debiera tratarse como un concurso

[828] Etcheberry, op. cit., p. 42.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ideal de los delitos de violación e incesto,[829] 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 violencia 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 Mes, año 1996, N° 450, p. 1013).

Se debe destacar que por esta exigencia el delito puede carecer 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 consaguinidad, 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

[829] Labatut, op. cit., pp. 152 y 153.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

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).[830]

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.

[830] Etcheberry, op. cit., t. IV, pp. 44 y 45.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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.

22. 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°.[831]

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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).

22.1. 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.*

Exceptúanse 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 detenten 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*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

religioso. Además, en razón de la existencia del deber de cuidado se incluye a quienes tuvieren 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.[832]

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.*

[832] Con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 19.617 no se aplicaba esta causal a quienes tuvieren 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

con anterioridad a la fecha indicada y cuyo plazo está corriendo o, de contrario, sólo a los que se cometan con posterioridad. Pensamos 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, libertad vigilada y reclusión nocturna) en relación a estos delitos.

La primera de ellas elimina la facultad judicial de aplicar cualquiera de las medidas reguladas en dicha ley en la hipótesis de sancionarse un delito de violación de una persona menor de 12 años[833] (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 quebrantamiento 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

[833] 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – LEY N° 17.336

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.[834]

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 accesoria en miras a evitar la eventual reiteración 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 delito. Solamente la considera para evitar el peligro de reiteración, suprimiendo esa condición.

[834] 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 aplicados 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.

22.2. 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 pesquisables 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 puede procederse 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, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien la tuviere bajo su cuidado".*

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

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 tuvieren 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 pretende proteger al imputado, también menor, evitando en lo posible las consecuencias de su procesamiento penal, pues la referida ley crea un sistema especial para su juzgamiento.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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 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 aquel".*

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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

22.3. 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 algunos 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 confirieren 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".

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

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 confiriere 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.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

BIBLIOGRAFÍA

ARANCIBIA CALDERÓN, ARMANDO. *La figura del art. 365 del Código Penal.* Santiago, 1966 (Tesis de Grado).

ARROYO ZAPATERO, LUIS. *Prohibición del Aborto y Constitución.* (En la Reforma del Derecho Penal, Universidad Complutense, Madrid, 1980.)

BACIGALUPO, ENRIQUE. *Estudio de la parte especial del Derecho Penal.* Madrid, 1994.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Manual de Derecho Penal. Delitos contra las personas.* Madrid, 1986.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y DÍAZ MAROTO, JULIO. *Manual de Derecho Penal. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil.* Madrid, 1991.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Manual de Derecho Penal, parte especial.* Barcelona, 1986.

El Delito Culposo. Santiago, 1995.

Derecho Penal Chileno, parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas (con Sergio Politoff Lifschitz y Francisco Grisolía). Santiago, 1971.

BOIX, REIG. *Derecho Penal, parte especial* (con Cobo del Rosal; J. C. Carbonell Mateu; T. S. Vives Antón; E. Orts Berenguer). Valencia, 1990.

CEREZO MIR, JOSÉ. *Interrupción Voluntaria del Embarazo en la Reforma Penal. Cuatro cuestiones fundamentales.* Madrid, 1982.

COBOS GÓMEZ DE LINARES, MIGUEL ÁNGEL (con Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos). *Manual de Derecho Penal, parte especial.* Tomos I y II, Madrid, 1990.

COBO DEL ROSAL; J. C. CARBONELL MATEU; T. S. VIVES ANTÓN; BOIX, REIG; E. ORTS BERENGUER. *Derecho Penal, parte especial.* Valencia, 1990.

COUSIÑO MAC IVER, LUIS. *Manual de Medicina Legal.* Santiago, 1949.

Derecho Penal Chileno. Santiago, 1979.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

CREUS, CARLOS. *Derecho Penal, parte especial.* Buenos Aires, 1983.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal, parte especial.* Tomo II, Barcelona, 1955.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE. *Dogmática del suicidio y homicidio consentido.* Madrid, 1955.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. *Manual de Derecho Penal, parte especial* (con Bajo Fernández). Madrid, 1991.

ETCHEBERRY O., ALFREDO. *Derecho Penal.* Santiago, 1976.

EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. *Los Derechos Constitucionales.* Santiago, 1986.

FONTÁN BALESTRA, CARLOS. *Derecho Penal, parte especial.* Puesto al día por Guillermo A. C. Ledesma. Buenos Aires, 1985.

Delitos Sexuales. Buenos Aires, 1953.

GARRIDO MONTT, MARIO. *El Homicidio y sus Figuras Penales.* Santiago, 1976.

GONZÁLEZ J., MANUEL ÁNGEL. *El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores,* Santiago, 1986.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ. *Estudios Penales.*

IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, JOSÉ LUIS. *La Despenalización del Aborto Voluntario, en el Ocaso del Siglo XX.* Madrid, 1992.

JUANATEY DORADO, CARMEN. *Derecho, Suicidio y Eutanasia.* Madrid, 1994.

LABATUT GLENA, GUSTAVO. *Derecho Penal* (actualizado por el profesor Julio Zenteno). Santiago, 1976.

LAJE ANAYA, JUSTO. *Comentarios al Código Penal, parte especial.* Buenos Aires, 1979.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Derecho Penal, parte especial.* Tomos I-II (con Miguel Ángel Cobos de Linares y Luis Rodríguez Ramos). Madrid, 1990.

MARTÍNEZ, ESTELLA MARIS. *Manipulación Genética y Derecho Penal.* Buenos Aires, 1994.

MARTÍNEZ Z., LISANDRO. *Derecho Penal Sexual.* Bogotá, 1977.

MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE y RAMÍREZ GUZMÁN, MARÍA CECILIA. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial.* Talca, 2001.

MEZGER, EDMUND. *Derecho Penal, Parte Especial.* Libro de estudio, t. 2°, traducido por Conrado Finzi, Buenos Aires.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho Penal, parte especial.* Sevilla, 1985.

NÚÑEZ, RICARDO C. *Derecho Penal Argentino.* Buenos Aires, 1964.

ORTS BERENGUER, E. *Derecho Penal, parte especial* (con Boix, Reig; Cobo del Rosal; J. C. Carbonell Mateu; T. S. Vives Antón). Valencia, 1990.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO (DL N° 17.336)

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL. *Introducción a los Delitos contra la Honestidad.* Sevilla, 1975.

POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO. *Derecho Penal.* Tomo I. Santiago, 1997.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Compendio de Derecho Penal.* Madrid, 1958.

RAMÍREZ BOISSON, MARIO. *Estudio sobre el duelo.* Santiago, 1960.

RANIERI, SILVIO. *Manual de Derecho Penal* (versión castellana de Jorge Guerrero). Bogotá, 1975.

RIVEROS LLANOS, ABELARDO. *La Protección de la Intimidad y el Honor y la Informática* (Estudios Penales, homenaje al profesor Luis Carlos Pérez). Bogotá, 1884. Edición dirigida por Jorge Valencia.

ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA. *El Médico ante el Derecho.* Madrid, 1985.

El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. *Delitos sexuales.* Santiago, 2000.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *Derecho Penal, Parte Especial.* Madrid, 1983.

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS. *Derecho Penal, parte especial.* Tomos I y II (con Miguel Ángel Cobos de Linares). Madrid, 1990.

SOLER, SEBASTIÁN. *Derecho Penal Argentino.* Buenos Aires, 1951.

TOZZINI, CARLOS A. *El Suicidio.* Buenos Aires, 1979.

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR. *Derecho Penal, parte especial* (con Cobo del Rosal, J. C. Carbonell Mateu; Boix, Reig; E. Orts Berenguer). Valencia, 1990.

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

ÍNDICE

Presentación de la tercera edición 7
Introducción 9
1. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA PARTE ESPECIAL .. 11
2. ¿UNA PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL? 15
3. METODOLOGÍA QUE SE EMPLEARÁ PARA EXPONER LA PARTE ESPECIAL 16
4. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS 18
   A. Conceptos generales sobre estos delitos 18
5. EL HOMICIDIO 19
   5.1. Enunciado 19
   5.2. Clasificación de los homicidios 20
   5.3. El homicidio simple 22
      A. Concepto 22
      B. Bien jurídico protegido 22
      C. El nacimiento 25
      D. La muerte 28
      E. Prolongación artificial de la vida. Aceleración del proceso de muerte (eutanasia) 31
      F. El tipo penal del homicidio simple 33
      G. Tipo objetivo 33
         G.1. La conducta 33
         G.2. La acción 33
         G.3. La omisión 34
         G.4. Modalidades de la acción (el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto de la acción) 36
         G.5. El resultado 37
         G.6. Relación de causalidad. Imputación objetiva 39
         G.7. El homicidio concausal 41
         G.8. Comportamiento homicida que se concreta en lesiones gravísimas 42
         G.9. Tipo subjetivo 43

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

G.10. El *dolus generalis* 44
G.11. El error en el homicidio 45
H. El homicidio y la culpa 46
I. El homicidio preterintencional 48
J. La antijuridicidad. El consentimiento de la víctima. La eutanasia 49
K. La culpabilidad en el homicidio 50

6. EL HOMICIDIO CALIFICADO 51
6.1. Nociones generales 51
6.2. Definición 52
6.3. Naturaleza del delito 52
6.4. Características típicas del homicidio calificado 53
a) El tipo objetivo 53
b) El sujeto activo 54
c) Calificantes del homicidio 55
– Primera. "Con alevosía" 55
– Segunda. "Por premio o promesa remuneratoria" 57
– Tercera. "Por medio de veneno" 59
– Cuarta. "Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido" 60
– Quinta. "Con premeditación conocida" 61
d) Situaciones especiales del tipo objetivo; calificantes y agravantes; concurrencia plural de calificantes 63
e) El tipo subjetivo en el homicidio calificado 65
f) El error, la participación y el *iter criminis* en el homicidio calificado 66

7. EL PARRICIDIO 67
7.1. Nociones del delito. Su naturaleza y justificación 67
7.2. Bien jurídico protegido por el parricidio 70
7.3. Tipo penal del parricidio 70
7.4. Tipo objetivo 71
a) Parientes consanguíneos en línea recta 71
b) Los cónyuges 74
c) Los convivientes 75
7.5. La omisión y el parricidio 76
7.6. El tipo subjetivo 77
7.7. El parricidio y el error en la persona y en el golpe *(aberratio ictus)* 79
7.8. La relación de parentesco, conyugal o de convivencia y su comunicabilidad 80
7.9. El parricidio en concurso con el infanticidio, con el homicidio calificado y con el auxilio al suicidio 84

8. EL INFANTICIDIO 85
8.1. Concepto del infanticidio y sus antecedentes 85
8.2. Características del infanticidio 86
8.3. El tipo penal infanticidio 88

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO – Ley Nº 17.336

8.4. Tipo objetivo 88
a) La conducta 88
b) Modalidades de la conducta 89
c) Condiciones que debe cumplir el sujeto activo 89
d) El sujeto pasivo 90
e) Tiempo en que debe realizarse la acción 91
f) El resultado 91
g) La imputación objetiva de la muerte a la acción realizada por el autor (relación de causalidad) 92
8.5. Tipo subjetivo 92
8.6. *Iter criminis*. Consumación 93
8.7. Comunicabilidad 94
8.8. Concursos y circunstancias modificatorias de responsabilidad 94

9. EL ABORTO 95
9.1. Antecedentes estadísticos 95
9.2. Ubicación del delito de aborto en el Código Penal 96
9.3. Bien jurídico protegido. Desde qué momento se ampara la vida en formación. Conflicto de intereses 96
9.4. Concepto del aborto como delito 103
9.5. Tipos objetivo y subjetivo del delito de aborto 103
9.6. Sujeto pasivo, objeto material de la acción 104
9.7. Sujeto activo del delito 106
A. Aborto causado por tercero (no profesional de la salud) .. 106
a) Aborto realizado sin el consentimiento de la mujer ... 107
a.a) Con violencia 107
a.a.1. Situación del art. 343 108
a.a.2. Concurso. Aborto y muerte. Las lesiones causadas a la mujer embarazada a consecuencia de la violencia 109
a.b) Sin violencia 110
b) Aborto causado por tercero con consentimiento de la mujer 111
B. Aborto causado por la propia mujer (autoaborto) o con su consentimiento 112
b.1. La mujer permite que un tercero le cause el aborto .. 113
b.2. El autoaborto 114
b.3. Aborto honoris causa 114
C. Aborto con intervención de facultativo 115
c.1. El aborto terapéutico 117
9.8. *Iter criminis* 118

10. EL HOMICIDIO EN RIÑA 119
10.1. Conceptos generales 119
10.2. Naturaleza del delito 119
10.3. Elementos objetivos de la figura 121
a) El homicidio de una persona sin que se conozca a su autor 121
b) Que el homicidio haya tenido lugar en una riña o pelea .. 122
c) Que en la riña se ejerza violencia en contra de la víctima o se le causen lesiones graves 123

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

10.4. El tipo subjetivo de la figura 124
10.5. Sujetos activo y pasivo 125
10.6. Consumación, *iter criminis* 125

11. AUXILIO AL SUICIDIO 126
11.1. Definición y naturaleza del delito. El tipo objetivo 126
11.2. Tipo subjetivo 130
11.3. Autoría, participación, *iter criminis* 131

12. LA EUTANASIA 132
Noción de eutanasia y su clasificación 132
a) Eutanasia pasiva 134
b) Eutanasia activa 135

13. EL DUELO 136
13.1. Antecedentes históricos 136
13.2. Características del duelo como delito 137
13.3. El delito básico de duelo 138
13.4. Duelo irregular 139
13.5. Duelo regular 140
13.6. Tipos secundarios 141
a) Intervención de padrinos 141
b) Provocación a duelo 142
c) Incitación a provocar o aceptar el duelo 142
d) Desacreditar por rehusar el duelo 142

14. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE HOMICIDIO, LESIONES Y DUELO 143

15. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD INDIVIDUAL 144
15.1. Ubicación de estos delitos. Antecedentes generales 144
15.2. Bien jurídico protegido 145
15.3. Clasificación de las figuras descritas en el Código Penal bajo la denominación de "lesiones" 146
15.4. Mutilaciones 147
A. Castración 149
B. Mutilación de un miembro importante 151
C. Mutilación de miembros menos importantes 153
15.5. Delito de lesiones propiamente tales 153
A. Conceptos generales 153
B. Formas de presentación del tipo objetivo del delito de lesiones 154
C. Tres problemas que plantean estos tipos penales 154
a) ¿Constituyen delitos de lesiones los simples maltratos de hecho? 155
b) ¿Es posible cometer estos delitos por omisión? 155
c) Modalidad de la acción de lesionar 156
D. Lesiones gravísimas 157
a) Demente 158
b) Inútil para el trabajo 159

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

c) Impotente 159
d) Impedido de un miembro importante 160
e) Notablemente deforme 162
E. Lesiones simplemente graves 164
F. Lesiones causadas haciendo ingerir sustancias nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima (art. 398) 165
G. Lesiones menos graves y leves 166
H. El tipo subjetivo. Las lesiones culposas. La preterintención 169
15.6. Circunstancias especiales de agravación en los delitos de mutilaciones y de lesiones gravísimas, graves y menos graves . 171
a) Relación conyugal o de convivencia 172
b) Parentesco o padres de un hijo común 173
c) Persona menor de edad o discapacitada, bajo dependencia o cuidado 173
d) Modalidades de comisión de las lesiones 174
15.7. El consentimiento del afectado, la actividad médica, el deporte y las mutilaciones o lesiones. Su atipicidad o juridicidad... 175
A. Consentimiento. Autolesión 175
B. La actividad médica 177
C. La actividad deportiva y las lesiones 181
15.8. Lesiones causadas en riña o pelea 183
15.9. Remisión de cartas o encomiendas explosivas 184
a) Aspectos generales 184
b) Tipo objetivo de la figura 184
c) Tipo subjetivo 185
d) Participación e *iter criminis* 186
e) Concursos 186

16. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR 187
16.1. Ubicación de estos delitos en el Código 187
16.2. Bien jurídico protegido (el honor y su noción. Honor e intimidad) 188
A. Honor interno (o subjetivo) 192
B. Honor externo (u objetivo) 192
C. Honor e intimidad 193
16.3. Honor y presunción de inocencia 194
16.4. El honor y la libertad de expresión e información 195
16.5. La injuria 197
A. Concepto del delito. Tipo objetivo 197
B. Tipo subjetivo 199
C. Clases de injurias atendida su gravedad 202
D. Injurias graves 202
E. Injurias leves y livianas 205
F. Los sujetos activo y pasivo en la injuria 206
16.6. La antijuridicidad y la injuria 206
16.7. La calumnia 206
A. Noción del delito 206
B. Tipo objetivo 207

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

a) Atribución de un delito determinado 208
b) Falsedad del delito..... 208
c) Delito actualmente pesquisable de oficio 210
C. El tipo subjetivo 211
D. Clasificación de las calumnias y su penalidad 212
16.8. La antijuridicidad en la injuria y la calumnia 213
16.9. La *exceptio veritatis* en la injuria y la calumnia..... 214
16.10. *Iter criminis* 218
16.11. Reglas comunes a la injuria y la calumnia 219
A. Ofensas encubiertas o equívocas 219
B. Ofensas recíprocas..... 220
C. Calumnia o injuria causada en juicio..... 221
D. Calumnias o injurias en periódicos extranjeros..... 222
E. Ofensas consignadas en un documento oficial 223
16.12. Reglas relativas a la acción penal que tiene su origen en la calumnia o injuria 224
A. El perdón del ofendido..... 225
B. Prescripción de la acción penal 225
16.13. La acción civil derivada de los agravios al honor..... 227

17. DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y LA MORALIDAD PÚBLICA 229
17.1. Ubicación de estos delitos en el Código Penal. Su forma de agruparlos 229

18. DELITOS DE PELIGRO CONTRA LAS PERSONAS..... 230
18.1. Antecedentes generales..... 230
18.2. El delito de abandono de niños 231
A. Noción del delito..... 231
B. Figura simple de abandono de niños..... 233
C. El delito de abandono calificado 234
18.3. El abandono de personas desvalidas..... 236
A. El tipo penal y sus modalidades 236
18.4. Omisión de socorro..... 237
A. Aspectos generales..... 237
B. Elementos y características del tipo penal 238
C. El tipo subjetivo 240
D. *Iter criminis*. Participación. Concursos..... 240

19. DELITOS CONTRA EL ORDEN LEGAL DE LA FAMILIA 241
19.1. Aspectos generales..... 241
19.2. Delitos contra el estado civil de las personas 242
A. Figuras que se comprenden en este párrafo 242
B. Los delitos de suposición de parto y la sustitución de niños 243
a) La suposición de parto 243
b) Sustitución de un niño por otro 244
C. Usurpación de estado civil y ocultamiento o exposición de un niño 245
D. No presentación de un menor por el encargado de su persona 246

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY Nº 17.336

E. Inducir a abandonar el hogar a un menor 248
F. Encargado de un menor que lo entrega a un establecimiento público o a terceros 248
19.3. Matrimonios ilegales 249
A. Antecedentes generales 249
19.4. El delito de bigamia 250
A. Concepto del delito 250
B. Tipo objetivo 251
C. Sujetos activo y pasivo del delito 252
D. Tipo subjetivo 253
E. *Iter criminis* 254
19.5. Delitos en que se infringen las formalidades del matrimonio 254
A. Características de estos delitos 254
B. Celebración de matrimonio por funcionario engañado o forzado 254
C. Autorización o inscripción de matrimonio prohibido ... 255
D. Simulación de matrimonio 257
E. Impedir que se inscriba un matrimonio religioso ante oficial de registro civil 258

20. LOS DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD 258
20.1. Ordenamiento de las distintas figuras 259
20.2. El rapto 260
A. Consideraciones generales 260
B. Concepto del delito y sus características 261
C. El tipo objetivo 262
D. El tipo subjetivo 262
E. Sujetos activo y pasivo 263
F. Consumación del delito. Concursos 264
G. Clases de rapto 265
G.1. Rapto propio o sin la voluntad de la mujer 265
G.2. Rapto impropio o por seducción (por engaño) 267
H. Circunstancia especial de calificación 269
20.3. El delito de violación 270
A. Aspectos generales. Bien jurídico protegido 270
B. Tipo objetivo 273
C. Los sujetos activo y pasivo 275
D. Ausencia de la voluntad de la víctima 276
E. Violación propia (con fuerza o intimidación) 277
F. Violación de prevalimiento 279
G. Tipo subjetivo en el delito de violación 281
H. *Iter criminis* 282
I. Muerte de la víctima con motivo u ocasión de la violación. Concurso. Delito continuado 284
J. Pena que corresponde al delito de violación 286
20.4. El delito de estupro 287
A. Noción y antecedentes de la figura penal 287
B. El tipo objetivo 288

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

C. El tipo subjetivo 290
D. Características del tipo 291
E. Sanción del delito 291
20.5. El incesto 292
A. Noción del delito 292
B. Tipo objetivo en el incesto 293
C. El tipo subjetivo en el incesto 295
20.6. El delito de sodomía 297
A. Antecedentes del delito 297
B. Noción del delito de sodomía propiamente tal 298
C. Sanción de la sodomía simple 300
D. Violación sodomítica 300
E. Pena que corresponde a la violación sodomítica 302
20.7. Los abusos deshonestos 302
A. Concepto de abuso deshonesto y su tipicidad 302
B. Sujetos activo y pasivo. Circunstancia de agravación. Sanción del delito 304
20.8. Promoción de la prostitución de menores 306
A. Noción del delito 306
B. El tipo penal 308
C. *Iter criminis* 310
20.9. Corrupción de menores (proxenetismo) 310
A. Noción del delito 310
20.10. Facilitar la entrada o salida del país para ejercer la prostitución 312
A. Noción del delito 312
20.11. Disposiciones comunes a los delitos de rapto, violación, estupro, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos 315
A. Disposiciones sobre los sujetos activos 315
B. Disposiciones sobre indemnizaciones civiles 316
C. La acción penal 316
20.12. El resultado muerte en los delitos de violación y sodomía ... 317
20.13. Ultrajes públicos a las buenas costumbres 319
A. Naturaleza de los bienes jurídicos protegidos por estas figuras 319
20.14. Ultrajes públicos 321
A. El tipo objetivo 321
B. El tipo subjetivo 322
C. Características del delito y su sanción 322
20.15. Promoción pornográfica 322
A. Descripción del delito y su sanción 322

COMPLEMENTO

21. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL 325
21.1. Presentación 325
21.2. Bien jurídico: libertad e indemnidad sexual 326
A. Antecedentes generales 326

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY N° 17.336

B. Libertad de autodeterminación sexual 329
C. Indemnidad o intangibilidad sexual 332
D. Análisis esquemático 334
21.3. El delito de violación 335
A. Bien jurídico 335
B. Antecedentes históricos 336
C. Tipo objetivo 338
C.1. Conducta prohibida 338
C.2. *Iter Criminis* de la violación 341
C.3. Sujetos activo y pasivo en la violación 342
D. Modalidades de comisión de la violación 343
D.1. Violación propia 346
D.2. Violación impropia 348
a) Privación de sentido 349
b) Abuso de la incapacidad de resistencia 350
c) Abuso de la enajenación o trastorno mental ... 352
d) Víctima menor de 14 años 354
e) Prevalimiento 356
E. Faz subjetiva del delito de violación 358
F. *Iter criminis* 359
F.1. El principio de ejecución 359
G. La "violación conyugal" 360
G.1. Convivientes 362
G.2. Abusos sexuales entre cónyuges 363
H. Concurso, reiteración y unidad de la violación 363
H.1. Violación y lesiones 363
H.2. Violación y homicidio 364
H.3. Delito continuado 365
I. Pena del delito de violación 366
21.4. El estupro 366
A. Antecedentes 366
B. Sujetos activo y pasivo 368
C. Tipo objetivo 369
D. La conducta prohibida 370
D.1. Circunstancias de comisión: prevalimiento y engaño 370
D.2. Estupro de prevalimiento 370
a) Anomalía o perturbación mental 371
b) Relación de dependencia 372
c) Grave desamparo 374
D.3. Estupro por engaño 375
E. Faz subjetiva del delito. *Iter criminis* 378
F. Penalidad del estupro 378
21.5. Los abusos sexuales 379
A. Antecedentes generales 379
B. Faz objetiva del delitio de abusos sexuales 379
B.1. Actividad prohibida 379
a) Carácter sexual 380

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

b) Contacto corporal directo 381
c) Afectación vaginal, anal o bucal 382
B.2. Modalidades de comisión 383
a) Con un menor de catorce años 384
b) Abusos sexuales con persona mayor de catorce años 384
c) Abuso sexual con persona mayor de catorce y menor de dieciocho años 385
C. Faz subjetiva del delito de abusos sexuales 385
D. Sujetos activo y pasivo 387
E. Concurso de delitos 387
F. Penalidad del delito de abuso sexual 388
21.6. Delito de corrupción de menores 389
A. Análisis general del delito 389
B. Antecedentes históricos de la figura 390
C. La corrupción de menores en el Código Penal 391
D. Figuras de corrupción de menores 392
21.7. Exhibicionismo 392
A. Antecedentes 392
B. La conducta prohibida 393
C. Sujetos activo y pasivo 394
D. Delito de peligro 395
E. Faz subjetiva 396
F. Penalidad del exhibicionismo 396
21.8. Provocación sexual 396
A. Antecedentes generales 397
B. Conceptos de pornografía 397
21.9. El tipo y los sujetos en la provocación sexual 398
A. El tipo objetivo 398
B. Sujeto pasivo 400
C. Faz subjetiva 400
21.10. Que el menor realice actos de significación sexual 400
A. Comentarios generales 400
B. El comportamiento prohibido en la realización de actos de significación sexual 401
C. Sujeto pasivo en el delito de realización de actos de significación sexual 402
21.11. Utilización del menor en la producción de material pornográfico 402
A. Comentarios generales 403
B. Tipo objetivo 403
B.1. La conducta sancionada 403
B.2. Sujeto activo 404
B.3. Sujeto pasivo 404
B.4. Concursos 404
B.5. Penalidad del delito 405
21.11. bis Comercialización, adquisición o almacenamiento de material pornográfico infantil 405

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

21.12. Delitos sobre la prostitución 407
A. Concepto de prostitución 407
B. Promoción de la prostitución infantil 407
B.1. Bien jurídico 408
B.2. Límites de la conducta incriminada 409
B.3. Faz subjetiva de la promoción de la prostitución ... 410
B.4. Sujetos activo y pasivo 410
B.5. *Iter criminis* 411
B.6. Penalidad del delito 411
B.7. Obtención de servicios sexuales 411
C. Trata de blancas 412
C.1. Conceptos generales 412
C.2. El tipo subjetivo 414
C.3. Sujetos activo y pasivo 414
C.4. Calificantes 414
C.5. Penalidad del delito 415
21.13. Figuras adicionales 415
21.14. La sodomía 415
A. Bien jurídico 416
B. La acción prohibida 417
C. Consentimiento de la víctima 420
21.15. El delito de incesto (art. 375) 420
A. Antecedentes generales y bien jurídico 420
B. Conducta prohibida 421
C. Consentimiento 422
D. Relación parental de los intervinientes 423
E. Sujeto pasivo 424
F. El tipo subjetivo en el delito de incesto 425
G. Pena del delito 425

22. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL 425
22.1. Normas penales 426
a) Agravante especial (art. 368) 426
b) Regla especial de penalidad de partícipes (art. 371 inciso 1°) 428
c) Forma de computar el tiempo de prescripción de la acción penal si la víctima es menor (art. 369 quáter) 428
d) Medidas alternativas a la privación de libertad (Ley N° 18.216) 429
e) Libertad condicional 429
f) Penas accesorias (art. 371 inciso 2° y 372) 430
g) Clausura (artículo 368 bis) 431
22.2. Normas procesales 431
a) Acción penal (art. 369) 431
b) Apreciación de la prueba (art. 369 bis) 433
c) Medidas de protección (art. 372 ter) 433

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO - LEY N° 17.336

d) Técnicas de investigación (art. 369 ter) 434
22.3. Efectos civiles del delito 435
a) Alimentos (art. 370) 435
b) Pérdida de derechos de familia (art. 370 bis) 435
c) Inhabilidades civiles (art. 372) 436

Bibliografía 437

LA FOTOCOPIA DE LIBROS ES UN DELITO LEY Nº 17.336

ISBN 978-956-10-1821-1
9 789561 018211

El tercer tomo de *Derecho Penal* inicia el estudio de la parte especial, que trata de los delitos en particular.

Se ha pretendido, siguiendo la senda abierta por autores como Raimundo del Río, Gustavo Labatut, Eduardo Novoa M. y Alfredo Etcheberry, preparar un texto completo que abarque la parte general y los diversos tipos penales del Código del ramo. Es una tarea ardua que el autor anunció cuando presentó el primer tomo. Con este volumen inicia su cumplimiento. Aquí se estudian varios grupos de figuras: aquellas que tienen por objeto la protección de la vida, las que amparan la integridad corporal y la salud, las que se ocupan del honor, de delitos vinculados con la familia y, finalmente, las que se refieren a la libertad sexual. Se comprenden todos los tipos penales descritos en los Títulos VII y VIII del Libro Segundo del Código Penal.

La exposición busca describir en forma breve y sencilla sus diversas características y las modalidades que presentan, sin descuidar la alusión a los problemas doctrinarios que plantean y, cuando es útil a la explicación, se agrega información jurisprudencial.

En esta obra se incorporaron las últimas modificaciones introducidas al anticuado texto penal vigente en el país. Si bien el autor no hace un análisis crítico del mismo, en más de una ocasión representa la apremiante necesidad que existe de abocarse a la labor de preparar un nuevo Código, pues Chile es uno de los pocos países de Sudamérica que mantienen un mismo texto desde el siglo XIX, cuya obsolescencia cada día se hace más patente.

Esta tercera edición contiene el análisis de las últimas modificaciones legales introducidas al Código y demás disposiciones de carácter penal, junto con el examen de la más reciente jurisprudencia.

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

www.editorialjuridica.cl