



Universidad de Chile.

Facultad de Derecho.

Departamento de Ciencias Penales.

EL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL: ANÁLISIS CRÍTICO DEL DELITO.

Proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia

del Código Penal y sus Leyes Complementarias.

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: FRANCISCA ZAPATA GONZÁLEZ.

PROFESOR GUÍA: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA

Santiago, Chile

2012

A mis queridos padres, mi infinita gratitud y a mi abuela, que está en mi corazón.

TABLA DE CONTENIDOS:

	Página
INTRODUCCIÓN.	
1. Génesis del proyecto	1
2. Metodología del proyecto	1
3. Descripción de la materia monográfica e importancia	2
CAPITULO I: EL DELITO DE SODOMÍA. HISTORIA DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY.	
1. Historia fidedigna desde las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal	6
2. Reformas al artículo 365 en la segunda mitad del siglo XX	10
2.1. Ley 17.727	10
2.2. La Reforma de 1999	11
2.2.1. Primer Trámite Constitucional	14
2.2.2. Segundo Trámite Constitucional	18
2.2.3. Tercer Trámite Constitucional	19
2.2.4. La Reducción Final	21

CAPÍTULO II: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

1. Nociones en torno al bien jurídico.	23
2. El Bien Jurídico protegido, en el caso particular del artículo 365.	26
2. 1. Delito contra la moralidad pública y la libertad sexual.	26
2. 2. Delito contra la indemnidad sexual del menor.	28
2. 3. Delito de corrupción de menores.	31
3. Clasificación del delito según la noción de Bien Jurídico.	33
3.1. Artículo 365 como delito de mera actividad.	33
3.2. Artículo 365 como delito de peligro.	34
3.3. Artículo 365 como delito de tendencia.	35

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DESDE LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO.

1. El Tipo Penal.	37
1.1. La Acción.	38
1.2. El artículo 365 describe un delito simple, instantáneo y formal.	40
1. 3. Sujetos del delito.	41
1. 3. 1. El sujeto activo.	41

1. 3. 2. El sujeto pasivo.	42
1. 3. 3. Excurso: la sanción al lesbianismo.	43
1.4. Clasificación del delito según los sujetos involucrados.	45
1. 4. 1. El artículo 365 describe un delito especial.	45
1. 4. 2. El artículo 365 describe un delito de propia mano.47	
1. 4. 3. El artículo 365 describe un delito plurisubjetivo, de encuentro y de Participaciónnecesaria.	48
2. Tipo y tipicidad.	49
3. Circunstancias típicas y los elementos subjetivos del tipo penal.49	
4. Antijuridicidad.50	
4. 1. Causales legales de justificación.	51
4. 1. 1. El consentimiento de la víctima.	52
5. Culpabilidad.	52
5. 1. El dolo.	53
5. 2. Error de tipo.	54
5. 3. Error de prohibición y objeción de conciencia.	56

CAPITULO IV: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

1. Concepto.	58
1.1. El concepto de autor inmediato o material.	59
1.2. Autor mediato.	60

1. 2.1. ¿es posible la autoría mediata en el artículo 365?.	61
1.2.2. ¿es posible que una mujer sea autor mediato.	63
1.3. Coautoría.	64
2. Partícipes.	67
2.1. Inducción, complicidad y encubrimiento.	67

CAPITULO V: ITERCRIMINIS.

1. Conceptualización.	69
1.1. Delito en grado de consumado.	71
1.2. Delito en grado de tentativa.	72
1. 2. 1. Delito putativo y tentativa inidónea.	73
1.3. Delito en grado de frustrado.	75

CAPÍTULO VI: CONCURSO DE DELITOS.

1. Definiciones generales.	77
1.1. Concurso real.	78
1.2. Concurso ideal o formal.	78
1.3. Concurso medial.	78
2. Aplicaciones prácticas.	
3. Análisis de casos particulares: la unidad natural de acción, el delito continuado y el delito reiterado.	81

CAPITULO VII: PRECISIONES CRÍTICAS. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL.

1. La decisión del Tribunal Constitucional.	91
---------------------------------------------	----

1. 1. Los argumentos del requirente.	91
1. 2. Las consideraciones del Tribunal Constitucional.	95
2. Crítica desde la Constitución Política.	100
2. 1. El artículo 365 como atentado contra la autodeterminación sexual de los sujetos.	101
2. 2. El artículo 365 atenta contra la igualdad de las personas y constituye una discriminación arbitraria.	102
2. 3. El artículo 365: pugna entre la vida privada de las personas y la moral social.	106.
.4. Propuesta de solución.	107
CONCLUSIONES FINALES	110
ANEXO: FICHAS DE SENTENCIAS PARA EL REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA DEL CÓDIGO PENAL	114
BIBLIOGRAFIA.	160

INTRODUCCIÓN:

1. Génesis del proyecto:

El proyecto de análisis de jurisprudencia, del Departamento de Ciencias Penales, nace a partir de la necesidad de dar una debida actualización y complementación al Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Penal y sus Leyes Complementarias, en tanto éste constituye una importante herramienta para la interpretación y aplicación de las leyes, siendo de gran utilidad para el ejercicio de la profesión legal y el análisis crítico de las normas.

Así, lo que se busca con la revisión de jurisprudencia es una correcta actualización de las discusiones legales que se dan en nuestros tribunales de justicia con el fin de contribuir al debate legal y enriquecer las controversias que ocurren en sede judicial. Con ello, se tiene una visión amplia del devenir jurídico en el siglo XXI, considerando aquellas controversias de importancia en cuanto a la trascendencia de la sanción, el efecto de las modificaciones legales sufridas por un gran número de artículos del Código Penal, así como la aplicación práctica de una serie de normas.

2. Metodología del proyecto:

Para lograr el fin de revisar la jurisprudencia de los tribunales, se estableció un grupo de trabajo en coordinación con el profesor guía, dividiéndose el trabajo en temas relevantes, títulos del Código Penal o bien, por espacio de tiempo en determinadas fuentes de jurisprudencia.

Posterior a la revisión de las sentencias, se procedió a extraer aquellos considerandos de la decisión judicial, que se estimaron más relevantes, en consideración al aporte jurídico que implican, a la novedad de la argumentación y a la trascendencia de la discusión que contienen, y con ello, se elaboraron las fichas de jurisprudencia que se enmarcan en el determinado delito al que aluden. Con esta labor, se logra que a partir de cada artículo del Código Penal y sus leyes complementarias, se pueda conocer la discusión que se da respecto de ellos en los Tribunales de Justicia del país, así como su aplicación práctica y todas las discusiones y debates que puedan suscitarse, de manera ordenada y sistemática.

3. Descripción de la materia monográfica e importancia:

Una vez realizada la revisión de las sentencias y elaboradas las fichas, la siguiente fase consistió en la determinación de un tema jurídico relevante en particular para un análisis más acabado y amplio, dentro del catálogo de delitos de la Parte Especial del Código Penal. Dicho tema es el fundamento de una memoria, consistente en una monografía, elaborada en forma individual.

En cuanto a la elección del tema, es pertinente señalar que esto ocurre teniendo en cuenta criterios de novedad de la materia, discusión jurisprudencial, alcance de la discusión doctrinaria, relevancia en la práctica jurídica actual y contenido de su justificación dentro del ámbito legal.

A partir de lo anterior, esta memoria tiene como objeto de investigación el llamado delito de Sodomía, consagrado en el artículo 365 del Código Penal.

Si bien presenta una discusión jurisprudencial breve, dado que son muy pocos los casos que se presentan en sede judicial, ésta es importante desde la perspectiva del fundamento de la existencia del delito, su necesidad, vigencia y relativa importancia en las construcciones jurídicas modernas.

Para una acabada comprensión del tema que tratamos, es principal hacer una referencia a lo que entendemos por sodomía propiamente tal en cuanto concepto, más allá de la preceptiva legal a modo de introducción en la materia.

Corresponde señalar *prima facie*, que el Diccionario de la Real Academia Española (de aquí en adelante R.A.E.), señala que la palabra “sodomía”, proviene de Sodoma, antigua ciudad Palestina donde se practicaba todo género de actos deshonestos, y significa, práctica del coito anal; sodomizar es someter a penetración anal y coito es la cópula sexual. Corresponde decir que sólo se trata de una aproximación preliminar al concepto del delito que abordamos en este trabajo, dado que en el desarrollo del mismo iremos desentramando el significado jurídico que el delito tiene; más allá del habla cotidiana y las definiciones comunes, aun teniendo en cuenta que el concepto de la R.A.E nos sirve plenamente, como elemento de interpretación, en tanto es aceptado

por el propio Código Civil el definir los conceptos por su sentido natural y obvio; sentido que se nos es dado por la definición antedicha.

A mayor abundamiento, es útil conocer lo que la doctrina nacional ha definido como sodomía: “(...) la expresión ha de entenderse en su sentido vulgar, a saber concubito entre varones, se trata de una manifestación de la homosexualidad entre hombres (...)”¹. También se ha dicho que;

“La verdad es que la expresión sodomía, puede ser tomada en uno de los siguientes sentidos:1) prácticas homosexuales entre varones. Es el sentido más tradicional y antiguo, y alude precisamente al vicio de Sodoma según el relato bíblico; 2) práctica del coito anal, sea entre varones, sea de varón con mujer; 3) prácticas sexuales entre individuos humanos y animales (bestialidad), y 4) prácticas sexuales varias, que no llegan al coito, entre personas del mismo o distinto sexo (masturbación, fellatio in ore, etc.)(...)”²

Luego, la propia Historia de la Ley n° 19.617 define sodomía como: “el coito entre varones adultos, capaces que voluntariamente tienen relaciones homosexuales”³.

Dicho esto, según veremos en el primer capítulo de esta memoria, la Ley n° 19.617 vino a modificar el antiguo artículo 365 de nuestro código Penal suprimiéndose la palabra “sodomía” a la que aludía el antiguo texto penal.

Es importante señalar que el antiguo precepto era denominado en doctrina “sodomía simple” consistente en el acceso carnal mutuamente consentido entre varones adultos. Luego, en el inciso segundo del mismo artículo se sancionaba la denominada “sodomía calificada” o “violación sodomítica” en donde el acceso carnal no se producía mediante el consentimiento, sino que por medio de la fuerza o la intimidación (presupuestos de concurrencia de la violación).

Luego, con la modificación de la Ley n° 19.617 la denominada “violación sodomítica” fue eliminada del artículo 365 en tanto que con las modificaciones que se hicieron en

¹ GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edición, Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005, 311p. Tomo III.

² ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, 3ª edición, Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 71p. tomo IV,

³ Historia de la ley 19.617, Primer Informe de la Comisión Constitución, Legislación y Justicia, 31p, disponible en www.bcn.cl .

los artículos 361 y 363, relativos al estupro y la violación respectivamente, el hombre fue reconocido también como sujeto pasivo de estos delitos no siendo necesaria la sanción del artículo 365, por encontrarse ya contenida sanción penal en los artículos 361 y 363. Con todo, el legislador optó por mantener una forma de punición al acceso carnal homosexual consentido, delimitando el delito con el baremo de la minoría de edad del sujeto pasivo⁴, es decir, el legislador suprimió la alocución sodomía y optó por hacer una descripción de la conducta penalmente sancionada

Una vez señaladas las definiciones, de modo preliminar, corresponde decir que en el desarrollo de esta memoria, veremos que este tipo penal presenta importantes discusiones doctrinarias mirado desde la perspectiva de la Teoría del Delito, especialmente en relación a los sujetos que pueden cometerlo y a la acción típica que sanciona, en tanto ambos tópicos son de una controversial existencia y justificación hoy en día. Lo anterior, porque el tipo penalsancionado actualmente en el Código Penal, tras las modificaciones que ya esbozamos, castiga al que accediere carnalmente a un menor de 18 años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de la violación o estupro. Siendo así, son discutibles los criterios bajo los cuales se castiga la homosexualidad que ocurra sólo entre hombres, dado que no se castiga el lesbianismo; luego, ¿es “justa” dicha diferenciación?, ¿Cuál es su fundamento?.

Por otra parte, es importante analizar la discusión relativa al Bien Jurídico que protege este delito (y que por tanto sustenta su existencia); ¿es la moral sexual?, ¿es la honestidad e indemnidad sexual?, ¿es la libertad sexual?; todas estas dudas requieren ser zanjadas para la adecuada fundamentación del tipo.

Por último es relevante resolver preguntas sobre el Itercriminis, la clasificación del delito, algunos relativos al tipo y la tipicidad, como la culpa y el dolo, etc. Todo ello, para terminar con un análisis en sede constitucional que permita poner en el marco de

⁴ Ver más en; RODRÍGUEZ Collao, Luis. Delitos Sexuales, (de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley n°19.617 de 1999), Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 2000, 28p.

análisis central la justificación racional del delito hoy en día, tras haber transcurrido más de 10 años desde la última reforma a este tipo penal.

Luego, toda la discusión y el análisis crítico, (a la luz de la legislación vigente, con elementos tanto jurisprudenciales como doctrinarios) que se logre hacer en esta memoria, busca entregar una revisión crítica del delito en comento, con el afán de comprender su justificación hoy en día y su real (o no) importancia en el catálogo de delitos de nuestro Código Penal, desde la perspectiva de los bienes jurídicos en juego y su trascendencia desde el punto de vista de la moral sexual y las libertades de las personas.

Todo lo anterior, como ya se señaló, utilizando los elementos disponibles tanto en la doctrina nacional (como alguna extranjera) y en la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, lo cual permite apreciar la verdadera aplicación y alcance del delito a analizar en esta memoria.

CAPÍTULO I.

ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL. HISTORIA DE SU ESTABLECIMIENTO EN LA LEY.

1. Historia fidedigna desde las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal:

Un punto de partida clave para poder conocer el verdadero sentido y alcance de un precepto legal, es el análisis de su Historia Fidedigna, dado que a partir de la información histórica relativa a la discusión parlamentaria que el precepto suscita, podemos obtener conceptos, significados y justificaciones relevantes y determinantes a la hora de saber las implicancias de tal o cual norma.

En este primer capítulo, se abordará en particular la Historia Fidedigna del establecimiento en la Ley del delito de sodomía, el cual se encontraba sancionado en el Código Penal desde la fecha de su dictación en 1874. Desde esa época, el artículo 365 preceptuaba lo siguiente: *“el que se hiciere reo de sodomía, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados i multa”*.

A partir de esta redacción originaria, hay que abordar el delito desde las siguientes perspectivas: discusión en la Comisión Redactora del Código Penal respecto al delito en comento y, fuentes legales del Código Penal Chileno, porque a partir de ambas aristas podremos obtener definiciones más acabadas de lo que para el legislador de la época significaba la sodomía.

Pues bien, como dijimos, lo primero es adentrarnos en las actas de la Comisión Redactora del Código Penal. El delito de sodomía se trata únicamente en la sesión 71 del día 10 de abril de 1872 y sólo a propósito del delito de bestialidad. Dicen las actas lo siguiente, transcribiendo los dichos del comisionado Ibáñez:

“Se suscitó dudas sobre si debía o no pensarse el delito de bestialidad, i el señor Ibáñez manifestó que en su concepto convenía no tomarlo en cuenta en el presente código, tanto por la rareza de su perpetración, cuanto porque no hai peligro de que se estienda su contajio i llegue a ser una plaga en la sociedad, como sucede con la sodomía”⁵(sic).

⁵Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno, sesión 71, de 10 de Abril de 1872, Santiago, 1873, Imprenta de la República.

Luego, al estudiar las siguientes sesiones de la Comisión Redactora, vemos que no se discute posteriormente el delito que estamos viendo, de manera que sólo de esta sesión podemos obtener alguna información relevante.

A mayor abundamiento en la materia, es útil analizar los comentarios de Alejandro Fuensalida en su obra “Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno”, quien sostiene que:

“La sodomía y la bestialidad eran grandes crímenes en las legislaciones antiguas(...). Estos gravísimos pecados, en efecto, se verifican privadamente, sin escándalo de terceros, sin violación de un derecho, sin alarma ni daño social punible; y para perseguirlos es menester penetrar en la vida íntima de las personas y descorder el velo que cubre estas miserias humanas, causando escándalo, alarma i un daño verdadero. Por esta causa la bestialidad ha sido borrada aun del Código Penal de esta nación chilena que tanto se distingue por su carácter conservador; i la sodomía se mantiene como crimen en algunas legislaciones, en otras o no tiene penas o sólo se castiga cuando concurren las circunstancias especiales que por sí solas son punibles”⁶.

A partir de dichos comentarios y en conjunto con lo señalado en la Comisión Redactora, es posible sostener que la sodomía se castigó en el entendido de que su propagación o “contagio” eran vistos como peligrosos, en tanto se le consideraba incluso como “una plaga” cuya extensión era conveniente frenar mediante su sanción, fundándose ello, principalmente, en motivos morales; aun cuando ésta se desarrollara en privado y sin causar daños a terceros. Todo ello, contrariamente a la percepción que se tenía de la bestialidad, conducta que no es temida como potencial plaga, dada la poca ocurrencia que ésta tenía en la época. De este modo, el legislador entendió que la sanción penal funcionaba como un desincentivo a la comisión de conductas sodomíticas.

La otra vertiente a analizar, según ya dijimos, es el origen de esta norma; lo que nos lleva a adentrarnos en las fuentes del Código Penal Chileno.

Recurriendo una vez más a las actas de la Comisión Redactora del Código Punitivo, en la sesión primera preparatoria del 8 de marzo de 1870, (estando presentes los comisionados Reyes, Fábres, Gandarillas, Altamirano, Renjifo y el señor Ábalos y

⁶FUENSALIDA, Alejandro. Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno, tomo III, Lima-Perú, Imprenta Comercial, 1888, 41p.

siendo presidida la Comisión por el Ministro de Justicia de la época, el señor Joaquín Blest Gana), se discutió acerca de las fuentes que se tendrían a la vista y que serían consideradas para redactar el Código Penal Chileno, discurrendo entre el Código Penal Belga y el Código Penal Español. Se lee así en las actas:

“El señor ministro hizo presente que ha adoptado como base de la discusión el Código Penal Belga porque, aún un tanto deficiente, su precisión, claridad y sencillez lo hacían superior a cualquiera otro para servir como base o punto de partida en la reforma de nuestra legislación penal”⁷(sic).

Como contrapunto a lo anterior; otros comisionados, sostienen que es mejor fuente para la redacción, el Código Penal Español. A estos efectos es clarificadora la opinión del comisionado señor Reyes:

“Opinó porque ella versara sobre el Código Español, cuya división mas lógica que la del Belga era más adecuada al objeto, agregó entre otras razones, que sería hasta cierto punto más natural la adopción del Código Español, por cuanto era una reforma verdadera de nuestra legislación vijente, ventaja de que carecía el Código Belga”⁸ (sic).

En la sesión siguiente, (2ª sesión de 26 de abril de 1870) se discutió acerca del mismo punto y los comisionados llegaron a la conclusión de que era mejor fuente para la redacción, el Código Penal Español. Así se colige del decir del comisionado Reyes:

“Tanto por nuestras costumbres, más en relación con las del pueblo español que con las del belga, como por ser más completo, debía adoptarse el Código Español como punto de partida para los debates. No siendo pequeña razón para esta preferencia también, la de tener un comentador como el señor Pacheco, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis códigos distintos, que servirían inmensamente para ilustrar la materia”⁹

No obstante quedar demostrado, a partir de la información recién citada, que la fuente principal del Código Penal Chileno es el Código Penal Español, vemos que el artículo relativo a la sodomía no encuentra parangón en este cuerpo normativo, como tampoco en el Código Penal Belga. Ello, porque ninguno sanciona la sodomía en cuanto tal. Así lo podemos verificar en el análisis de los Comentarios y Concordancias del propio

⁷ACTAS de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno, sesión 1ª preparatoria, de 8 de marzo de 1870, Santiago, Imprenta de la República, 1873, 3p.

⁸ Ibídem, 3p.

⁹Ibídem, 4p.

cuerpo punitivo español en la obra de Joaquín Francisco Pacheco¹⁰, donde no encontramos a la sodomía propiamente tal sancionada; sólo se encuentra sancionada la violación perpetrada contra una mujer. En cambio, sí encontramos la sanción a los abusos deshonestos cuando éstos se ejecutan con las circunstancias de la violación; esto es, fuerza violencia o intimidación y es independiente si se comete contra un hombre o una mujer. Para clarificar lo señalado, el artículo 365 del Código Penal Español de la época versaba del siguiente modo: *“el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, será castigado según la gravedad del hecho, con la pena de prisión correccional a prisión menor”*.

Señala este mismo autor;

“El artículo 363 (relativo a la violación) habla de las fuerzas o violaciones que se consuman yaciendo el violador con la violada; éste (el 365) habla de los mismos géneros de violencia, pero sin esa consumación completa: abusando deshonestamente de persona de uno u otro sexo. Comprende pues, al hombre que abusa de una mujer, pero que no yace con ella; al que abusa de otro hombre, y, por último a la mujer que también abusa de este último”¹¹

Así podemos concluir, que el Código Penal Español del siglo XIX y fuente del Código Penal Chileno, no sanciona la sodomía en cuanto tal, pero si se refiere de modo tangencial a ella, al sancionar las conductas homosexuales, en tanto se sancionaba el delito de abusos deshonestos, cuando éste se cometía por un hombre que abusaba de otro hombre (considerando que no se sancionaba la sodomía como acto sexual consumado, al excluirse a las conductas homosexuales del delito de violación).

Aun a pesar de lo anterior, los comisionados de todas formas deciden incluir una sanción a esta conducta, buscando su fuente en el Código Penal Austríaco. Así lo hace patente el autor Fuensalida en su libro de “Concordancias y Comentarios”, al mencionar como concordancia del artículo 365, el artículo 113 del Código Penal

¹⁰ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Comentado y Concordado, tomo III, 6ª edición, Madrid-España, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1888., 428, 429 y 430p.

¹¹ Ibídem, pág. 430.

Austríaco, el cual señala: “*serán castigados como delitos las siguientes especies de atentados al pudor: 1° el delito contra la naturaleza*”.¹²

Luego, se entendía que el delito “contra la naturaleza”, implicaba aquellas conductas comprendidas como *contra natura*; por ejemplo, la sodomía.

El artículo 365, por lo tanto, quedó redactado de la manera que se propone en la Comisión, sin aparecer modificaciones en discusiones posteriores de los legisladores del Código Penal de 1874: “*el que se hiciere reo de sodomía, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados i multa*”.

Tras la revisión de la actas de redacción del Código, y a partir de la información que podemos obtener del propio Código Penal y de la Doctrina Nacional, vemos que éste no tuvo modificaciones en el delito que analizamos en aproximadamente, cien años, teniendo plena vigencia a partir de su redacción original.

Sin embargo, según la necesidad de que la legislación se adecúe a los tiempos y al cambio en las percepciones colectivas respecto de lo que es moral o inmoral y en relación a las nociones que se tengan de los bienes jurídicos en juego, el delito que comentamos sufre dos importantes reformas que analizaremos y que constituyen bases esenciales de su Historia Fidedigna.

2. Reformas al artículo 365 en la segunda mitad del siglo XX.

La primera, es la reforma de la Ley n° 17.727 del año 1972 y la segunda gran reforma es la de la Ley n° 19.617 en el año 1999.

2.1.Ley n° 17.727.

Esta reforma, consistió en agregar dos incisos al primitivo artículo 365, para sancionar la conducta de violación sodomítica; esto es, la violación de un hombre hacia otro hombre, concurriendo las circunstancias señaladas en los dos incisos agregados. De ese modo, el artículo 365 quedó redactado de la forma que sigue:

¹² FUENSALIDA, Alejandro, ob. cit. 40p.

“El procesado por el delito de sodomía sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

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 14 años cumplidos, aun cuando no concurra ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números del inciso anterior”.

Al decir de la doctrina, “la Ley 17.727, más que establecer circunstancias agravantes de la sodomía creó una figura, de naturaleza distinta de la anterior (...), a la que pudiéramos denominar sodomía calificada o mejor todavía, violación sodomítica”¹³

Con dicha modificación por lo tanto, se generaron algunos problemas interpretativos, porque se introdujeron circunstancias agravantes que impedían aplicar las que el Código Penal establece en el artículo 12 de su Libro Primero. Por lo tanto, la Ley n° 17.727 viene a complicar un delito que en sí mismo ya es controversial. Además, dicha modificación no alude al fondo del delito de sodomía, sino que sanciona sus formas de comisión y en ese momento (año 1972), no se genera una discusión en torno a su necesidad y justificación dentro del Código Punitivo.

2.2. La reforma de 1999.

Tuvieron que transcurrir 20 años, con el retorno de la democracia formal y la reapertura del Parlamento, para que se iniciaran las primeras discusiones en torno a posibles reformas de fondo al articulado del Código Penal en materia de delitos sexuales, las cuales tocan tangencialmente el tema de la sodomía, según veremos a continuación.

La primera iniciativa de reforma en la materia nace por moción parlamentaria de la diputada María Angélica Cristi, de la bancada de la Unión Demócrata Independiente, en el año 1992. La diputada Cristi proponía una necesaria modificación a las normas relativas a la violación, atendiendo a que este delito presentaba condiciones de ejecución que no tenían relación con el delito descrito en el Código Penal. Ello, especialmente considerando que según el antiguo precepto, este sólo sancionaba la

¹³ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV, 3ª Edición, Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 72p.

violación de un hombre hacia una mujer, y dejaba fuera la violación de un varón, tema especialmente sensible dada la alta ocurrencia de este delito en niños muy pequeños, (aun teniendo en consideración que ya existía el delito de violación sodomítica, que comprendía la violación cuando la víctima era un hombre, tras la reforma de la Ley n° 17.727). En su intervención dentro de la discusión en sala de la Cámara de Diputados, boletín 871-07, del año 1992, sostiene:

“En ese sentido, no cabe dudas de que existe un vacío legal en la materia, cuando figuras delictivas como la violación de niños varones no constituye violación, de acuerdo con la ley actual, por faltar algunos de los elementos mencionados. Frente a tan aberrante conducta sólo se pueden aplicar las sanciones contempladas en las normas sobre sodomía, penas leves que no responden a la magnitud del hecho”¹⁴

Aun cuando dicha moción no llegó a concretarse en un Proyecto de Ley que fuese discutido formal y ampliamente y, finalmente, terminó en la lista de proyectos que no llegan a cristalizar en un precepto legal, sembró la simiente para posteriores propuestas al respecto, en tanto que pone en la palestra legislativa el tema de los delitos sexuales y su necesaria reforma, para adecuar la legislación penal a los modos de comisión actuales de estos delitos.

Siguiendo ese primer camino, el Ejecutivo por vía de Mensaje Presidencial de fecha 3 de agosto de 1993, en el Gobierno del Presidente Patricio Aylwin Azócar, envía al Congreso Nacional un Proyecto de Ley en el que propone la reforma al articulado de los delitos sexuales; en especial, en lo relativo al delito de violación, dados los problemas jurídico-penales que hasta ese momento presentaba la legislación respectiva en el terreno práctico.

El Mensaje del Ejecutivo rezaba del siguiente modo: “Aun cuando esta problemática tiene un origen histórico, sus negativos efectos se han agudizado en las últimas décadas, situación de extrema gravedad que ha sido percibida por la ciudadanía como una materia que debe abordar prontamente el Estado”¹⁵.

¹⁴ Historia de la Ley n° 19.617, discusión en Sala Cámara de Diputados, 71p. Disponible en www.bcn.cl.

¹⁵ Historia de la Ley n° 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Mensaje del Ejecutivo, pág. 5. Disponible en www.bcn.cl.

Luego, para lograr el propósito de modernizar la Legislación y hacerla concordar con la realidad, es que el Mensaje Presidencial propone una reforma al sistema penal y de paso al sistema procesal penal y civil, en todo lo que tenga relación con el delito de violación en particular y, en general, con los delitos sexuales, basándose en cifras, estudios y estadísticas realizadas por diferentes organismos y entidades públicas y privadas¹⁶. Además el proyecto de Ley considera anteriores aportes de parlamentarios en la materia, según ya dijimos; “el presente proyecto de ley ha recogido los aportes que sobre la materia se han formulado a través de la Moción (Boletín 871-07) de la H. Diputada Sra. María Angélica Cristi Marfil, en conjunto con el H. Senador Sr. Sergio Diez Urzúa (Boletín 689-07) cuyas ideas fundamentales hemos contemplado”¹⁷.

Tras esta labor de estudio, como ya dijimos, el Proyecto del Ejecutivo tiene como principal fin modificar el delito de violación proponiendo el texto que sigue:

"ARTICULO 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1.- Sustitúyase el artículo 361 por el siguiente:

“Artículo 361.- La violación de una persona será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Comete violación el que tuviere acceso carnal sin la voluntad de la otra persona sea por vía vaginal anal o bucal. En especial, se comete violación en alguno de los siguientes casos:

1°. Cuando se usare fuerza o intimidación.

2°. Cuando la persona se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa, y se abusa de su enajenación.

3° Cuando por enfermedad o cualquiera otra causa no pudiera resistir.

4° Cuando la víctima sea menor de doce años cumplidos, aun cuando sea con su voluntad.

El juez podrá aplicar la pena inferior en un grado en el caso del cónyuge que comete el delito mediante la circunstancia primera, segunda o tercera".

Es decir que, mediante esta propuesta normativa se establece como sujeto pasivo tanto a una mujer como a un hombre (al establecerse el vocablo “persona”, como el sujeto pasivo, inclusivo tanto del hombre como de la mujer), además de determinar las circunstancias bajo las cuales se comete la violación y no hacer distinciones en las condiciones de comisión cuando la víctima es menor de 12 años (violación impropia).

¹⁶ Historia de la Ley n° 19.617, véase el Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, Mensaje del Ejecutivo, en lo que dice relación con los estudios y estadísticas respecto de la realidad de los delitos sexuales que constituyen la justificación de la reforma que se propone. Página 5 y siguientes. Disponible en www.bcn.cl .

¹⁷ Historia de la Ley n°19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Mensaje del Ejecutivo, 8p. Disponible en www.bcn.cl .

Esto, en relación con el delito de violación, pero como dijimos, nuestro trabajo se enfoca en el delito de sodomía, y siendo ésta una reforma que trasciende todo el catálogo de delitos sexuales para hacerlo concordante, también abarca el delito del artículo 365. En esta materia entonces, el Mensaje propone la siguiente reforma:

“Art 1°

3.- Deróguense los incisos segundo y tercero del artículo 365”. Es decir;

“Asimismo, se derogan los incisos segundo y tercero del artículo 365, que regulaban el delito de violación sodomítica, toda vez que se ha incluido esta figura en la nueva redacción que se propone para el artículo 361 haciendo, como se dijo, al delito de violación comprensivo tanto cuando la víctima de la violación es mujer, como cuando es hombre”¹⁸.

Dicho esto, queda de manifiesto que el Mensaje del Ejecutivo, al reformar el delito de violación del artículo 361 y hacerlo extensivo a conductas homosexuales, propone solamente derogar los incisos segundo y tercero del artículo 365, en cuanto dichas conductas se encontraban ya sancionadas en la propuesta de reforma del artículo 361. Dicho en otras palabras, la supresión de los incisos segundo y tercero del artículo 365, sólo buscaba hacer armónico y concordante el catálogo de delitos sexuales, no proponiendo reforma alguna al inciso primero del artículo 365.

2.2.1. Primer Trámite Constitucional:

Con esta propuesta se inicia la Tramitación Constitucional ordenada por la Ley, dando paso a la discusión en el Congreso Nacional.

Desde el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, contenido en el Boletín 1048-07, podemos estudiar una extensa discusión sobre el delito que analizamos, especialmente sobre su contenido, alcance y justificación, que trasciende a la discusión del delito de violación, cuya reforma era uno de los propósitos originales del proyecto.

La discusión se aborda a partir de la idea de que al ampliarse el artículo 361 sancionando la violación tanto contra un hombre como contra una mujer, ya no son necesarios los incisos segundo y tercero del artículo 365, en tanto la violación

¹⁸Historia de la Ley n° 19.617, Primer Trámite Constitucional, Mensaje del Ejecutivo, 9p. Disponible en www.bcn.cl.

sodomítica queda contenida en la nueva redacción del artículo 361, (además, en el proyecto, se prevé el estupro de varones en el artículo 363), quedando igual de protegidos desde la perspectiva jurídico penal, tanto hombres como mujeres¹⁹.

Y es aquí donde empieza el debate de fondo respecto del delito de sodomía, que si bien como dijimos es un delito tratado incidentalmente, suscita una ardua discusión en el Congreso Nacional. Diferentes perspectivas se alzan y se resumen prácticamente desde el Primer Informe que analizamos (boletín 1048-07)²⁰, en dos discursos: el primero por despenalizar la conducta y el segundo por mantener la sanción.

La primera propuesta puede resumirse en la siguiente afirmación, (siendo el Diputado Informante, el señor Ignacio Walker):

“la más radical (...) se funda en la necesidad de descriminalizar aquellas conductas cuya lesividad social es inexistente, en que no existe propiamente un bien jurídico protegido o en que no se alcanza la gravedad suficiente que justifique recurrir al sistema represivo penal.

Se argumentó que en el Derecho Penal Contemporáneo los criterios culturales, sociales o morales prevalecientes en un momento determinado no pueden ser el único fundamento para incriminar determinadas conductas, menos aún cuando no existe una víctima afectada en algún bien jurídico, en cuanto supone más bien la participación voluntaria de dos o más sujetos capaces”²¹

Por la vereda opuesta y a propósito de la discusión que suscita la homosexualidad, vemos muy bien resumido el fundamento de persistir con una sanción penal a la conducta sodomítica en una conclusión recogida del debate parlamentario en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, (también informando el Diputado Walker):

“El sentido común aconseja, sin embargo, que esto que no es normal no es conveniente que se haga en forma pública, porque puede repercutir en la sociedad de diversas maneras. Impacta presenciar actos de homosexuales y puede producir daño en las personas; en los menores puede producir corrupción, llevar a una deformación y a un conflicto. De modo que la práctica de esta homosexualidad

¹⁹Historia de la Ley n°19.617. Esta afirmación la podemos encontrar en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (redacta este informe el secretario de la comisión, Adrián Álvarez, Boletín 1048-07, página 32 y siguientes. Disponible en www.bcn.cl .

²⁰Historia de la Ley n° 19.617, Primer Trámite Constitucional, Mensaje del Ejecutivo, pág. 33 y siguientes. Disponible en www.bcn.cl

²¹Historia de la Ley n° 19.617, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín 1048-07, pág. 33. Disponible en www.bcn.cl.

genuina debe ser privada, para que no sea un elemento perturbador en la sociedad”²²

Establecidos los dos puntos de vista de la discusión, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, decide innovar respecto del proyecto del Ejecutivo introduciéndole una modificación a la propuesta de derogación de los incisos segundo y tercero del artículo 365. Se propone, por mayoría de votos, suprimir la disposición del inciso primero del artículo 365 y establecer, en su remplazo, una disposición nueva que sanciona al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, con una penalidad de presidio menor en sus grados mínimo a medio (61 días a 3 años). De este modo el nuevo artículo propuesto por la Comisión queda como sigue:

“Artículo 365.- El adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio.”

Esto, conjuntamente con no sancionar la homosexualidad entre varones mayores de edad, busca castigar al adulto que tenga relaciones sexuales con un menor de su mismo sexo, bajo criterios de protección a la indemnidad sexual y de evitación de la corrupción de menores. Además, al suprimir la palabra “sodomía”, podría interpretarse que se buscaba sancionar las conductas homosexuales con menores de edad, fueran entre hombres o mujeres.

Una vez hecha esta propuesta, el proyecto pasa al siguiente Trámite Constitucional, que es la discusión en Sala en la Cámara de Diputados (que se inicia con fecha 6 de junio de 1995), volviendo a discutirse la redacción del artículo 365, siendo

²² Historia de la Ley 19.21, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín 1048-07, página 35. Disponible en www.bcn.cl

esgrimidos más o menos los mismos argumentos respecto a la despenalización o no, de la conducta sodomítica²³

Luego, tras la votación respectiva se decide aprobar el texto propuesto por la Comisión, el cual ya fue señalado anteriormente.

Posterior a ello, se realiza el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, con fecha 5 de julio de 1995, (legislatura 331, cuenta en Sesión 17, contenido en el boletín 1048-07-2). Allí se analiza la propuesta ya aprobada por la Sala desde la perspectiva Constitucional y se tiene por aprobada también, con una innovación. Dicha innovación, se refiere a la propuesta de suprimir la palabra “adulto” que se encontraba en la propuesta anterior, para ampliar el sujeto activo a cualquier persona, según se consigna en este segundo informe: “se ha acogido, por unanimidad, una indicación que suprime la palabra “adulto”, con el fin de configurar el tipo sin más exigencias respecto del sujeto activo que las dimanantes de que sea una persona humana”²⁴. Con ello, el artículo propuesto, sanciona “al que”, en vez de señalar “al adulto”, de manera que amplía el precepto al concepto de persona (y no ya sólo al adulto), aun cuando dicha amplitud queda restringida por las modificaciones en torno a la conducta exigida que más tarde se harán, según veremos.

Posteriormente, tras este Segundo Informe, el proyecto pasa al trámite siguiente que es la discusión en Sala por segunda vez, en donde resulta muy ilustradora la opinión del Diputado Walker quien aclara:

“Aquí no se despenaliza el delito de sodomía, sino que se modifica el artículo 365, ¿en qué sentido?; se despenalizan las relaciones sexuales entre homosexuales mayores de 18 años, es decir, mayores de edad, libremente consentidas, porque, ¿quién sería victimario o víctima en una relación sexual libremente consentida y, además, en privado?. Si es en público, si se causa escándalo o si se ofende el pudor, rige el artículo 373 del Código Penal”²⁵

²³ Historia de la Ley n° 19.216, Discusión en Sala, Legislatura 331, sesión 05, fecha 6 de junio de 1995. Ver discusión planteada al respecto por el Diputado Informante Ignacio Walker, página 59 y siguientes. Disponible en www.bcn.cl

²⁴ Historia de la Ley n° 19.617, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, boletín 1048-07-2, 120p. Disponible en www.bcn.cl .

²⁵ Historia de la Ley n° 19.617. Segunda Discusión en Sala del proyecto, sesión 20, legislatura 331, 19 de julio de 1995, 144p, opinión del diputado Ignacio Walker. Disponible en www.bcn.cl .

También ilustrativa a este efecto y como contrapunto de la discusión en veredas opuestas que hasta aquí se viene desarrollando, el Diputado Moreira, contrario a la “pseudodespenalización” de la sodomía, sostiene:

“La sodomía es una conducta anormal y antinatural. Aquí radica la razón de fondo para oponerse a su despenalización, que se traduce en una serie de consideraciones. La Ley no le puede dar patente de normalidad a una relación que naturalmente no lo es. Se produce una evidente relajación de los criterios morales en la sociedad cuando, en la práctica, se le da el mismo valor legal a las relaciones homosexuales que a las naturales entre un hombre y una mujer. La gente común tiende a pensar que cuando algo se despenaliza, se legitima²⁶”.

Terminada estadiscusión, el artículo 365 queda planteado en el proyecto de la forma en que lo propuso la Cámara de Diputados en sus Comisiones, sancionando al que tuviere relaciones sexuales con un menor de 18 años, de su mismo sexo.

Con ello, esta propuesta es oficiada (oficio de Ley) a la Cámara Revisora, que en este caso es el Senado, con fecha 2 de agosto de 1995, para que sea ésta quien revise ahora el proyecto.

2.2.2. Segundo Trámite Constitucional:

El texto a estudiar por el Senado, (en conjunto con el proyecto íntegro relativo a la violación y a los delitos sexuales en general) es el siguiente:

“Artículo 365.- El que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio”.

En este segundo Trámite Constitucional, en la Cámara Alta, se produce la misma discusión en torno a la conveniencia de mantener o no la sodomía como una conducta sancionada en el Código Penal Chileno. En el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, contenida en el boletín 1048-07, (en la legislatura 334, en la cuenta en sesión 31, de fecha 22 de enero de 1997), se discute del mismo modo desde dos veredas que se contraponen; por un lado se propone la despenalización completa, basándose en criterios de igualdad y de protección de la

²⁶ Historia de la Ley n° 19.617. Segunda Discusión en Sala, sesión 22, 1 de agosto de 1995, Legislatura 331, 177p. Disponible en www.bcn.cl.

libertad sexual de los individuos y por otro se sostiene que en la sociedad chilena es preferible mantener la sanción a estas conductas, en aras de una moral social que es preciso proteger, en el entendido de que no es conveniente despenalizar conductas, dado que la despenalización tiende a generar una percepción de normalidad en torno a conductas que se quieren evitar²⁷.

Finalmente en esta Comisión, tras suscitarse la discusión antes mencionada, se decide mantener la propuesta hecha por la Cámara de Diputados en torno a la redacción del artículo 365; el sujeto activo es “el que”.

Posterior a esta debate, se realiza el respectivo Boletín de Indicaciones en donde se propone básicamente la misma redacción que había señalado la Cámara de Diputados, sin modificación alguna. Dicho Boletín pasa a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado y se prepara a partir de él el Segundo Informe por esta Comisión. Llegados a este punto y del análisis de la Historia de la Ley, vemos que el Proyecto en lo que respecta a la sodomía, no presenta innovaciones en la discusión y se tiende a repetir la misma modificación. Así, a partir del Segundo Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia en el Senado, el Proyecto pasa a discutirse por segunda vez en sala en el Senado.

Luego, se oficia de la Cámara Revisora a la Cámara de Origen, señalando que se aprueba el Proyecto que se presentó, con algunas modificaciones (que no son relativas a la redacción de la sodomía), con fecha 9 de septiembre de 1997, cuenta en sesión n° 01 legislatura 336, a la Cámara de Diputados.

2.2.3. Tercer Trámite Constitucional:

Posteriormente, se inicia el tercer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, con fecha 19 de mayo de 1998, legislatura 338, cuenta en sesión 01, contenida en el Boletín, 1048-07-3. Y aquí se prepara el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

²⁷ Historia de la Ley n° 19.617, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, aportes de los Honorables Diputados en torno al tema. 261p y siguientes, disponible en www.bcn.cl.

Se inicia la discusión en Sala en la Cámara de Diputados, con fecha 16 de junio de 1998, legislatura 338, sesión 08, en donde se rechazan algunas modificaciones que había planteado el Senado (que no dicen relación con el delito que comentamos), de modo que el Proyecto debe pasar a Comisión Mixta, y se oficia de la Cámara de Origen a la Cámara Revisora.

Consecuencialmente, se constituye la Comisión Mixta Senado-Cámara, con fecha 05 de noviembre de 1998, cuenta en sesión 19, legislatura 338 y en el boletín 1048-07 se contiene también el informe de la Comisión Mixta, en donde se propone restringir la sodomía al acceso carnal a un varón menor de dieciocho años, sin que medien las circunstancias constitutivas de violación o estupro.

Así, “sobre la base de los acuerdos adoptados por la Comisión Mixta se sustituyó el concepto de “tener relaciones sexuales” contenido en el texto de la Honorable Cámara de Diputados, por el de “acceder carnalmente, para guardar concordancia con las normas ya aprobadas en materia de violación y estupro, y en general, con el contexto del proyecto, en que la alternativa es el acceso carnal u otra acción sexual. Al mismo tiempo, con ello se deja en claro que el sujeto activo del acceso carnal, solo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho de el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado²⁸”.

Lo anterior quiere decir, que se reemplaza el término “relaciones sexuales”, por el de “acceso carnal”, por unanimidad en la votación, sólo en la medida en que se tiene como necesaria dicha modificación a efectos de hacer concordante la reforma del articulado relativo a los delitos sexuales, pues como vimos a propósito de la violación; se suprime el termino “yacer” por la voz acceso carnal, en tanto se entiende más expresa y correcta a la hora de definir la conducta sancionada. De este modo, es concordante la redacción del artículo 365, con el catálogo de delitos relativo a conductas sexuales.

Así mismo, se deja en claro, como importante innovación en la materia, que el delito es sólo susceptible de ser cometido por un hombre, dado que sólo él puede realizar la conducta de “acceder carnalmente”, quedando exenta de sanción la práctica del

²⁸ Historia de la Ley n° 18.216, Informe de la Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados, 5 de noviembre de 1998, cuenta en sesión 19, legislatura 339. (integrantes comisión mixta: diputadas Guzmán y Soto, diputados Bartolucci, Elgueta y Walker y Senadores Diez, Larraín y Viera-Gallo), 646p.

lesbianismo y consecuentemente, la mujer no puede ser sujeto activo del delito, según históricamente ha sucedido, en el decir de los comisionados.

El Informe de la Comisión Mixta se discute en la Sala, de la Cámara de Diputados, el 15 de diciembre de 1998, en la sesión 27 de la legislatura 339, contenida también en el Boletín 1048-07²⁹.

Luego, se oficia (oficio n° 2211) de la Cámara de Origen a la Revisora en torno a la aprobación del informe de la Comisión Mixta, y en el Senado se aprueba también el informe de la Comisión Mixta, con fecha 22 de diciembre de 1998, sesión 13 de la legislatura 339 y se oficia de ello a la Cámara de Origen (oficio n° 13.302).

2.2.4. La Redacción Final:

Finalmente, el proyecto totalmente tramitado en el Congreso, retorna al Ejecutivo mediante oficio n° 2220, de fecha 30 de diciembre de 1998, para que lo tenga por aprobado y posteriormente sea promulgado, (tras pasar por las etapas de veto y discusión del mismo, en materias que no son relativas al delito que comentamos).

El texto final se publica el 2 de junio de 1997 y se promulga el 2 de julio del mismo año, quedando el artículo 365 establecido del modo siguiente, que es el que rige hasta nuestros días, por medio de la Ley n° 19.617:

Art. 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 o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

Termina aquí entonces el análisis relativo a la historia fidedigna del artículo 365 del Código Penal.

²⁹ En esta sesión (1048-07) es relevante nuevamente la opinión del Diputado Walker en torno a la justificación final de la propuesta de redacción del art. 365:

“Su sanción cuando la víctima fuere menor de 18 años, justamente, para protegerlo, por suponer que muchas veces es una persona que no es lo bastante madura ni tiene el suficiente discernimiento para decidir algún tipo de relación sexual, en especial si es homosexual. Por lo tanto, lo único que se despenalizó efectivamente es la relación sexual libremente consentida entre homosexuales mayores de edad, porque estimamos que si bien eso puede ser objeto de un reproche moral, mal puede ser constitutivo de delito, en consideración a que el derecho penal es última ratio, por lo que entra a funcionar cuando todo lo demás ha fracasado”. (Historia de la Ley n° 19.617, Tercer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, discusión en sala, boletín 1049-07, 693p, disponible en www.bcn.cl).

CAPÍTULO II.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

1. Nociones en torno al Bien Jurídico:

En este apartado, corresponde analizar cuál es el bien jurídico protegido en la norma del artículo 365 del Código Penal y es preciso señalar, primero, los motivos que se tienen para emprender esta tarea, antes de realizar cualquier intento de definición y conceptualización.

- El conocimiento del bien jurídico protegido en una norma (sea ésta del orden penal, civil, constitucional o de cualquier ordenamiento), otorga elementos interpretativos de la misma. Ello, porque a partir del bien jurídico en juego, se puede conocer el sentido y alcance de la misma y reconocer si es que la conducta es reprochable jurídico-penalmente. Así lo sostiene Bustos:

“el proceso de interpretación de una norma penal, ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma, de este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate³⁰”. En este mismo sentido Maurach ha dicho: “el bien jurídico es el núcleo material de toda norma de conducta y de todo tipo construido sobre ella. La interpretación de la ley penal- y con ella su conocimiento-, sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, es simplemente imposible³¹”

- Por otra parte, los bienes jurídicos son de cierto modo una limitación a la función legislativa de sancionar conductas jurídico-penalmente; esto es así porque una sanción penal sólo tiene justificación y sustento legal en la medida que proteja un bien jurídico socialmente reconocible y aceptado como merecedor de tutela jurídica. Así lo afirma Bustos: “desde luego, está la función político-criminal de límite al poder de definición del Estado. Este sólo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales³²”.
- Los bienes jurídicos aparecen como un criterio de clasificación de los delitos, según la correspondencia del tipo penal con algún bien jurídico en particular. Así lo señala Jescheck:

“el bien jurídico es, además, el diverso criterio de clasificación para la agrupación de los tipos (v.g. delitos contra la vida, contra el patrimonio, o

³⁰ BUSTOS Ramírez, Juan. Obras Completas, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Lima Perú, Ara Editores, 2004, 541-542p.

³¹ MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, traducción de la 7ª edición alemana, Buenos Aires-Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma S.A., 1994, 339p.

³² BUSTOS, Ramírez Juan. Ob. Cit., 541p.

contra la seguridad del tráfico viario (...). También las propias Secciones de la Parte Especial se estructuran conforme al criterio del bien jurídico considerado en cada caso³³.

Esto lo podemos ver en nuestro propio Código Penal, en tanto la Parte Especial, agrupa los delitos según el bien jurídico involucrado, por ejemplo: el título VII del libro II, que agrupa los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y contra la integridad sexual, o el título VIII del libro II que se refiere a los crímenes y simples delitos contra las personas y así otros.

- Por último, podemos sostener que los bienes jurídicos sirven como elementos de revisión de la legislación, porque su evolución (de la mano del progreso social) debe, necesariamente reflejarse en una política criminal conforme a dichos progresos y cambios. Así, “sólo puede regir como bien jurídico un interés reconocido por la totalidad, o al menos, por una relevante mayoría del conglomerado social. Por ello, el reconocimiento y el rango de los bienes, no sólo depende de la estructura social, sino también de las cambiantes corrientes de cada época³⁴”

Expuesta ya la importancia de analizar la noción de bien jurídico, es preciso saber de qué hablamos cuando decimos que una norma penal protege tal o cual bien jurídico. Aquí, nuevamente nos ayuda la doctrina con algunas esclarecedoras definiciones, ello siempre teniendo en cuenta que los intentos por conceptualizar han sido desde siempre abundantes y han evolucionado conforme avanza el conocimiento en las ciencias penales.

La doctrina nacional ha sostenido que:

³³ JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, parte general, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, 3ª edición Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s.a., 1978. 234p. tomo II.

³⁴ MAURACH, Reinhart. Ob. cit., 330p.

- “Se denomina bien jurídico al interés, relación o derecho valioso que con la creación del delito se trata de proteger, como la propiedad, la libertad sexual, la vida y los demás análogos³⁵”
- “Los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos, pues están en permanente discusión y revisión.³⁶”

Y la doctrina extranjera ha sostenido:

- “Bien jurídico es el *valor* que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo. Este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. La cualidad de bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo preexistente a ella misma³⁷”
- “Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad a los que el Derecho Penal otorga su protección (...). El bien jurídico ha de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés³⁸”

Podemos decir entonces, que bien jurídico es un interés jurídicamente relevante para la comunidad, de manera que debe ser protegido por el Derecho Penal, dado que su preservación y cuidado, otorga sentido a la vigencia de las normas jurídicas y consecuencial y principalmente, paz social.

Luego, una vez hechas las precisiones conceptuales en cuanto a la función de bien jurídico y sus definiciones, y con las herramientas que dicho análisis nos otorga es preciso entonces, conducirnos hacia el delito contemplado en el artículo 365, del Código Penal, objeto de este trabajo, por este mismo camino, especialmente teniendo

³⁵ GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 60p. Tomo II.

³⁶ BUSTOS Ramírez Juan. Ob. cit., 539p.

³⁷ MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito, 4ª edición, Valencia-España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007. 64p

³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., 231p.

en cuenta que la noción de bien jurídico nos permite interpretar el delito y en razón de lo mismo, continuar con el análisis crítico que en lo sucesivo nos convoca.

El artículo 365 se encuentra dentro del Título “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. A partir de dicha información podemos colegir que el delito que estudiamos responde a uno de estos tres determinados bienes jurídicos o también, puede que resulte que el delito responde a todos los bienes jurídicos señalados en el título o a alguno no mencionado expresamente, y esta es una cuestión que pretendemos desentrañar aquí.

2. El Bien Jurídico protegido en el caso particular del delito del artículo 365.

2.1. Delito contra la moralidad pública y la libertad sexual.

En principio, es preciso hacer un poco de historia. En la doctrina nacional se ha dicho que el delito de sodomía que contenía el antiguo precepto del artículo 365, (antes de la dictación de la Ley n° 19.617), era un delito contra la moralidad pública, “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 social³⁹”. Esto se puede sostener especialmente considerando que el legislador decimonónico veía una cierta peligrosidad de propagación de las conductas sodomíticas lo cual era preciso evitar por su presunta dañosidad⁴⁰.

De esta manera, la sodomía era entendida como un atentado contra la moral pública, lo que se puede concluir a partir de la idea de “peligro social”, dado que lo que la sociedad entiende como peligroso, es algo que se relaciona con la subjetividad de los individuos y las concepciones morales que se tengan en torno a determinadas conductas. Así, su sanción penal era considerada como un desincentivo a la ejecución de tales conductas.

Por otra parte, el inciso segundo del antiguo artículo 365, agregado por la Ley n° 17.727 de 1972, sancionaba lo que en doctrina se denominaba “violación sodomítica”,

³⁹ GARRIDO Montt, Mario (2005), tomo III, 309p.

⁴⁰ Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno, sesión 71, de 10 de Abril de 1872, Santiago, 1873, Imprenta de la República.

al tipificar esta acción sexual cuando se obtenía con fuerza o intimidación. Respecto a este delito, es posible decir que constituía un atentado a la integridad sexual en tanto que los elementos de fuerza y/o intimidación coartan la libertad en ese aspecto.

Sin embargo, con la Ley n°19.617 el delito adquiere una nueva redacción y con ello, una nueva significación en torno a los bienes jurídicos en juego. Esto ocurre principalmente por la supresión del vocablo sodomía (el que era preciso interpretar porque no era definido en la ley) y ante la descripción de modalidades de ejecución como requisitos de configuración del tipo (edad y homosexualidad de los involucrados).

Dicho cambio se justifica porque, al poner un límite de edad es posible sostener que la actividad homosexual de dos personas mayores de edad libremente consentida no tiene ninguna sanción penal, de modo que en principio podemos descartar a la moral pública como bien jurídico en juego, preliminarmente, ya que de ser así, mantendríamos el criterio anterior de sancionar la homosexualidad en todo evento y no sólo cuando existe un menor de edad involucrado.

Por otra parte, el tipo penal del artículo 365 sanciona una conducta libremente consentida, y como se derogaron los incisos segundo y tercero que se referían a la violación sodomítica, podemos sostener que el bien jurídico protegido no es ya la libertad sexual, porque al ser una conducta consentida por los sujetos del delito no hay libertad que se vulnere, al no condicionarse la conducta a los requisitos de fuerza o intimidación, lo cual sí dice relación con la libertad sexual, dado que el sujeto coaccionado física o psicológicamente, ve truncada su libertad.

Sin embargo, con la Ley n° 19.617, se mantuvo la sanción cuando el sujeto pasivo del delito es un menor de 18 años, y ello es porque “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)⁴¹”

De ahí que, podríamos decir, de modo preliminar, que el artículo 365 actual no tiene como bien jurídico angular y principal a la moral o a la libertad sexual, sin perjuicio de

⁴¹ GARRIDO Montt, Mario (2005). Ob. cit., 430p.

que operen de cierto modo, en carácter subsidiario, más allá de las intenciones del legislador.

2.2. Delito contra la indemnidad sexual del menor.

En relación a este bien jurídico es escaso encontrar precisiones conceptuales que puedan satisfacer ampliamente la pretensión de una noción unívoca. Ello especialmente considerando que el texto legal del artículo 365 no se refiere a tal bien jurídico de forma expresa (como en ninguna otra parte del Código) y que la normativa constitucional cuando habla de los derechos de las personas (desde donde se pueden, eventualmente, extraer algunas precisiones argumentativas en torno a bienes jurídicos), tampoco entrega una definición de lo que podamos entender por indemnidad sexual, como tampoco lo hace respecto de otros bienes jurídicos como la libertad, la honra, la intimidad, etc.

Ante esta ausencia de preceptos normativos que esclarezcan el análisis, se hace preciso entonces recurrir a la doctrina y a la jurisprudencia. Así, se sostiene que la noción de indemnidad sexual:

“Alude a un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales y sus experiencias vitales previas. En estas circunstancias no es más que una parte del conjunto de condiciones que la doctrina suele englobar bajo el concepto de integridad personal o de incolumidad personal, o por decirlo con otras palabras, alude a todo el cuadro de condiciones físicas, psíquicas y emocionales que forman parte de aquel concepto, pero referido a un aspecto concreto de la vida de relación, cual es el ejercicio de la actividad sexual.”^{42,}

En el mismo sentido, Tobar Sala señala que por indemnidad sexual entendemos “el derecho del menor de edad a desarrollar su sexualidad en forma normal y natural sin interferencia de hechos que por su naturaleza anormal o desviada tengan la capacidad real o potencial para pervertir, corromper o impedir dicho desarrollo”⁴³

Luego, el mismo autor sostiene que el bien jurídico protegido; “es por una parte y fundamentalmente, la indemnidad sexual del menor de 18 años, y por otra, la

⁴² RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 127p.

⁴³ TOBAR Sala, Juan Carlos. Violencia Sexual, análisis de la nueva ley, Temuco-Chile, Editorial Pehuén, 1999, 20p.

protección al patrimonio fisiológico, biológico e higiénico de la nación toda. Ello ante el eventual peligro de que se extienda socialmente su práctica⁴⁴.

A propósito de lo que discutimos, existe una sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, referida a una acusación por el artículo 365 en contra de un hombre de 33 años que accedió carnalmente a un menor de 14 años, seguido ante el Tribunal de Garantía de la comuna de Cañete en la octava región, el cual recurrió al Tribunal Constitucional para reclamar respecto de la inconstitucionalidad del artículo 365, mientras su proceso se ventilaba en la justicia ordinaria⁴⁵, indicando que el artículo 365 está en pugna con la Carta Fundamental, en tanto violenta el derecho a la dignidad humana, a la igualdad a la autodeterminación sexual, y constituye una discriminación arbitraria. Dicho tribunal en sentencia de 6 de julio de 2011, señala que el legislador buscaba:

“la protección de la integridad física y psíquica y de la indemnidad sexual de los menores de edad, entendida como la necesidad de precaver daños o perjuicios al desarrollo psicosocial de quien, por las propias circunstancias de su madurez física y emocional no está en plenas condiciones de comprender el alcance de sus actos, sino hasta llegar a la etapa adulta⁴⁶”.

Entendiendo entonces a la indemnidad sexual como un estado en donde el sujeto no debe ser “interferido” en el desarrollo de su sexualidad, dada la intangibilidad de la que precisa gozar para poder desenvolverse normalmente y crecer con absoluta prescindencia de factores modeladores de su vida sexual, ajenos a su propia voluntad, podemos señalar que esta noción de bien jurídico goza de vigencia hoy, en tanto que en el delito que comentamos lo que se protege es precisamente la indemnidad sexual del menor que se ve involucrado en el acto sexual como sujeto pasivo, aun cuando es presupuesto del artículo 365 que el menor consienta plenamente en la actividad sexual

⁴⁴ Ibidem. 66p. (Citando a ETCHEBERRY Alfredo, ob., cit., tomo IV, 76p.)

⁴⁵ Señala dicha sentencia: “durante el mes de diciembre de 2005, en el domicilio que se indica de la comuna de Cañete, el imputado señor Sepúlveda Álvarez, habría accedido carnalmente por vía anal al sujeto de sexo masculino, de iniciales A.M.M.A., nacido el año 1991 y menor de 18 años de edad a esa fecha. En virtud de estos hechos, la Fiscalía dedujo acusación en contra del imputado como autor del delito contemplado en el mencionado artículo 365, en grado de consumado, solicitando que se le impusiera la pena de 540 días de reclusión menor en su grado mínimo, más las accesorias legales. Atendida la pena solicitada, el juez ordenó tener la acusación como requerimiento y continuar el proceso en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado, (Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765, disponible en www.microjuris.cl

⁴⁶ Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765. Disponible en www.microjuris.cl

(ya que de haber fuerza o intimidación o cuando se aprovecha el hechor de su superioridad o poder sobre la víctima o del desvalimiento de ésta, hay estupro o violación y no ya el delito del artículo 365).

Con todo, la ventaja de este concepto, es su potencialidad para adaptarse a la evolución en las concepciones sociales en relación al tema y más aun, es ventajoso al prescindir de consideraciones morales o religiosas que lo harían carecer de la necesaria aquiescencia de la comunidad, que requiere un bien jurídico para tener valor y vigencia en el mundo de las normas:

“La noción de indemnidad sexual, permite dar una respuesta coherente a semejante mutación de las actitudes sociales, porque actúa sobre la base de parámetros perfectamente graduables. (...) Permite ponderar los distintos comportamientos sin tener que acudir a parámetros morales o culturales, sino sobre la base de criterios empíricos conforme el aporte de las ciencias humanas. Porque, por ejemplo, sólo el valor de la indemnidad sexual permite explicar el delito de sodomía que contempla el artículo 365 del Código Penal Chileno como una forma de reprimir la potencialidad de una acción corruptiva y no como el simple castigo de la condición de homosexual que ostenta una persona, solución esta última a la que indefectiblemente llevan otros criterios como el de la libertad y el de la intimidad sexuales⁴⁷”.

Entonces, a partir de todo lo anterior podemos considerar al delito del artículo 365 como uno contra la indemnidad sexual del menor que participa en él, lo que consecuentemente, nos lleva a concluir que el delito que tratamos es un delito de corrupción de menores. Una de las primeras afirmaciones que sostuvimos en esta memoria, al hablar de bienes jurídicos, es que el artículo 365 describe un delito que tiene como justificación de su existencia, la protección del bien jurídico “indemnidad sexual”, que en síntesis sostiene la consideración del delito como un delito de “corrupción de menores”.

“En los delitos de corrupción de menores el objeto de protección principal es la indemnidad sexual y también la honestidad, pero no la libertad sexual, lo que se refleja en el castigo, sin consideración a la voluntad del menor, de hechos donde intervienen menores de dieciocho años pero mayores de catorce – en principio facultados para disponer de su sexualidad – (...)”⁴⁸

⁴⁷ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 129-130p.

⁴⁸ MATUS, JEAN PIERRE; POLITOFF, SERGIO y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General- Parte Especial, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 279p. Tomo II.

2.3. Delito de corrupción de menores:

Si bien dijimos que el concepto de indemnidad sexual como bien jurídico otorga la ventaja de prescindir de consideraciones morales, no deja de ser cierto que la argumentación del legislador para mantener la sanción cuando hay un menor de 18 años involucrado, tiene un sesgo moral que es pertinente analizar. Esta afirmación deriva de la constatación de que al castigarse el acceso carnal a un menor de edad se tuvieron a la vista criterios absolutamente morales; aun cuando no se percibió ya la conducta como una peligrosa plaga⁴⁹, se insistió en sancionar la conducta homosexual en el entendido de que ésta resulta lesiva para un menor de 18 años, al que es preciso proteger de la corrupción de su sexualidad y esa consideración de eventual lesividad, tiene obviamente, un sesgo moral, porque si no es desde esta perspectiva, ¿cómo podríamos entonces percibir a la homosexualidad como lesiva de la indemnidad sexual?, ello considerando también que el supuesto daño o lesión no se encuentra descrito y que no se trata de un delito que requiera el resultado dañoso para su configuración.

Aun así, respecto a lo anterior Rodríguez Collao sostiene:

“(…)Lo mismo cabe decir del tipo de sodomía del artículo 365, el cual, pese a que demanda la voluntad de ambos intervinientes, exige también que uno de ellos sea menor de edad, lo cual permite calificarlo como un tipo de corrupción, cuya razón de ser no es la inmoralidad que suele atribuirse a la realización de cualquier acto homosexual, y en especial al acceso carnal entre varones, sino el bienestar o la indemnidad sexual de la víctima⁵⁰”.

Luego, la percepción respecto del perjuicio que puede o no provocar la sodomía en un menor de edad, es una cuestión práctica que lleva a cuentas un elemento de carácter ético que es evidente ver aquí, sobre todo tratándose de un delito en que el menor debe consentir para que se configure. Aun así, la protección penal tiene sustento en la norma (protección respecto de la eventual corruptibilidad del menor), especialmente considerando la valoración que se tiene sobre el ámbito de intangibilidad de la sexualidad de una persona menor de 18 años. Todo lo dicho es con prescindencia de

⁴⁹ Según ya se vio en el capítulo relativo a la Historia de la Ley, en el análisis de la Ley n° 19.617.

⁵⁰ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. Cit. 131-132p.

la consideración acerca de lo acertado o incorrecto que es sancionar este tipo de conductas en la legislación actual.

Por último, cabe plantear aquí el problema que se suscita cuando el menor de edad ya está corrompido, entendiéndose así en el caso de que tenga una vida homosexual activa, antes de los 18 años, de manera que su indemnidad sexual no sea ya un bien jurídico que haya que preservar en tanto el menor ya dejó de ser indemne. Ello tiene relevancia para efectos de la comprensión del menor como una víctima en este delito; “un menor asumirá dicho papel cuando en razón de su edad y de su estado o experiencia personal, está en situación de poder ser afectado síquica o emocionalmente en un sentido que pueda alterar el normal desarrollo de su sexualidad⁵¹”. En principio, si el menor ya tiene una sexualidad desarrollada, no tiene sentido proteger su indemnidad sexual, en tanto la actividad sexual que realice no afectaría su normal desarrollo. Luego, si aplicamos la sanción penal bajo el prisma de la evitación de la corrupción del menor, y si este ya está corrompido, entonces no tendría sentido aplicar la sanción penal al que lo accede carnalmente cuando el menor tiene ya corrupta su intangibilidad. Lo anterior es discutible, porque el resultado dañoso no es exigido por el tipo penal (lo que desarrollaremos a continuación), de manera que no aplicar la sanción porque el resultado de dañar la indemnidad del menor no se pudo producir (por ser ya corrupto) escapa del sentido de la norma en análisis. Por lo anterior, podemos decir con mejor acierto que aun cuando el menor no sea indemne sexualmente, de todos modos se debe aplicar la norma (haciendo valer el ordenamiento jurídico), sin perjuicio de que el juez al determinar la pena decida aplicar una penalidad más benévola al autor, al producir un daño “menor” con la conducta.

3. Clasificaciones del delito, según la noción de Bien Jurídico protegido:

3.1. Artículo 365 como delito de mera actividad:

“Según se exija o no un resultado, se distingue entre delitos materiales o de resultado y de mera actividad. En estos últimos el tipo se satisface con la realización de la acción descrita. En el delito material o de resultado, es necesario que se produzca un efecto material, independiente de la acción realizada, pero vinculado causalmente con aquella⁵²”

⁵¹ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 253p.

⁵² Ibídem, 54-55p.

A partir de esta concepción doctrinaria, podemos afirmar que el precepto penal del artículo 365 es un delito de mera actividad, dado que la descripción típica no exige resultado alguno y la consumación del delito se produce con el acceso carnal de una persona a un menor de 18 del mismo sexo, sin otro presupuesto posterior que deba cumplirse, como en el caso del hurto en donde aparte de la sustracción de una cosa mueble ajena se exige un resultado de apropiación de dicho bien, con ánimo de lucro, lo que permite configurar a este delito como uno de resultado.

A mayor abundamiento, la doctrina señala:

“Sin embargo, puesto que el tipo no demanda una efectiva alteración en el normal desarrollo psíquico y emocional de la víctima, no es este el resultado exigible para la configuración del delito, de manera que la figura de corrupción de menores, desde un punto de vista material, corresponde a un delito de mera actividad⁵³”

El delito del artículo 365 no exige siquiera una alteración física en el sujeto pasivo, ni menos síquica, lo que ciertamente podría traer dificultades prácticas a la hora de comprobar el delito; por el contrario, éste se consuma con la sola configuración del verbo rector “acceder” carnalmente entendido en su sentido natural y obvio, en tanto que con esa acción se ve violentado el bien jurídico protegido, en este caso la “indemnidad sexual” configurándose por tanto un delito de corrupción de menores, con la sola actividad de acceder carnalmente al menor.

El profesor Garrido Montt, también se refirió a los delitos de mera actividad como delitos formales, según podemos ver en su obra Derecho Penal, Parte General, en donde el tipo se satisface con la ejecución de la conducta descrita⁵⁴, por lo tanto, en este punto, podemos sostener que el delito del artículo 365 es también un delito formal. Además, es importante anotar en relación al eventual daño que provoca la lesión del bien jurídico protegido por el artículo 365, lo siguiente:

“Discurre justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para este, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia indemnidad sexual⁵⁵.”

⁵³ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 254p.

⁵⁴ GARRIDO Montt, Mario (2003). Ob. cit., 60p.

⁵⁵ Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765, 26p. disponible en www.microjuris.cl

Es decir, aun tratándose el artículo 365 de un delito de mera actividad, se lesiona un bien jurídico (indemnidad sexual), de modo tal que la punición se encuentra justificada en la protección de dicho bien jurídico, aun cuando dicha lesión no se exteriorice en un resultado determinado, y ello no sea exigido en el tipo. El acceso carnal homosexual, de cierto modo condiciona el desarrollo de la sexualidad del sujeto, lo cual justificaría la protección penal. Esto, sin perjuicio de las críticas que se puedan hacer, en relación a la justificación efectiva del “daño” producido con la conducta, lo cual se verá más adelante.

3.2. Artículo 365 como delito de peligro:

Los delitos se pueden clasificar en delitos de lesión o de peligro concreto (o abstracto) en tanto exijan o no, la efectiva lesión de un bien jurídico al materializarse éste, en un resultado dañoso.

En el tipo penal que analizamos, según se sostuvo anteriormente, no se exige un resultado en particular y concreto. A partir de ello, podemos colegir que se trata de un delito de peligro y no ya de lesión.

Es un delito de peligro en tanto que “por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que, para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes y la posibilidad del mismo resulta obvia⁵⁶”. Como ya se señaló, en el delito de sodomía que analizamos lo protegido es la indemnidad sexual y el legislador estimó que el acceso carnal a un menor de 18 años por una persona del mismo sexo constituía un atentado a dicho bien jurídico; sin embargo, no se precisa un efectivo daño, dado que el sólo ejercicio de la conducta sancionada se ve como una puesta en peligro de la indemnidad. Ello considerando también, que el menor debe consentir en el acto sexual, es decir, aun cuando éste quiera la acción sexual y la permita, sin considerarla lesiva, la ley penal de todos modos sanciona la conducta, en tanto que con ello se supone puesto en peligro el normal desarrollo de la sexualidad del menor, mas allá de si ello efectivamente ocurre o no, pues como vimos el menor puede perfectamente consentir

⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., 238p.

en ello y desde su perspectiva puede no constituir ningún daño (concreto y real) para sí mismo, sancionándose de todos modos al autor con la pena señalada en el artículo 365 del Código Penal.

3.3 Artículo 365 como delito de tendencia:

Los delitos de tendencia, nacen por oposición a los delitos de intención trascendente y se caracterizan porque:

“es el ánimo del sujeto el que tiñe de sentido la conducta en cuanto peligrosa para el bien jurídico tutelado (de ahí que se hable de “intención determinante del sentido”). En estos casos el elemento subjetivo no es trascendente, sino en cuanto presupuesto psíquico parece situado más bien antes o detrás de la conducta objetiva, la cual sería susceptible de interpretarse de modos diversos y sólo mediante esa especial intención adquiere significación como hecho socialmente dañoso, tal como sucede con la intención lasciva o propósito voluptuoso en los abusos sexuales⁵⁷”

A partir de la afirmación anterior, podemos concluir que el delito del artículo 365 es un delito de tendencia, en tanto que lo determinante en la conducta del sujeto no es el acceso carnal para conseguir un objetivo diferente o que trascienda a la acción propiamente tal (como el secuestro de una persona, en donde luego se pide rescate); lo que determina la conducta del autor es el ánimo lascivo o el deseo sexual, y ello quiere decir que el delito del artículo 365 es un delito de tendencia, en donde el elemento subjetivo(deseo sexual por ejemplo) es lo que conduce al sujeto a actuar y no un resultado posterior.

Y ello es así, porque el bien jurídico que se pretende proteger con este delito (idea que será desarrollada en el capítulo siguiente) es la indemnidad sexual del menor, evitando su corrupción, consecuentemente, de modo que con el acceso carnal determinado por el ánimo sexual del autor, dichos bienes jurídicos corren riesgo o se ven derechamente afectados.

Por otro lado, reconociendo que en el catálogo de delitos de la parte especial existen relaciones internas y conexiones dadas especialmente por el bien jurídico protegido, cuando este es común a ciertos delitos, el tipo del artículo 365 es un delito autónomo,

⁵⁷ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., 193p.

“el cual muestra una conexión criminológica con otro delito, pero constituye una variante independizada, de modo que en el sistema legal se encuentra, por ello, desligada de ese otro delito⁵⁸”. Ello porque si bien el delito del artículo 365 tiene una directa relación con los tipos de la violación y el estupro, según se señala en su propia redacción, y conteniéndose todos en un mismo título, es posible sostener que es autónomo respecto de estas figuras penales, en tanto que para su configuración tiene exigencias particulares, como lo son, la edad y el idéntico sexo de los participantes; así, al concurrir los presupuestos, se configura un delito independiente de los demás.

Para resumir, sabemos ya que los bienes jurídicos son elementos vitales para la vigencia y justificación de la norma penal y que su conceptualización adquiere variables matices conforme evolucionan las consideraciones sociales acerca de lo que es necesario proteger en una sociedad, haciendo merecedor a dicho interés de una tutela jurídica. Siendo variables dichos bienes jurídicos, vemos como en principio con la sanción a la sodomía se tutelaba la moral pública, luego la libertad sexual y finalmente hoy en día la indemnidad sexual (dentro del esquema de delitos de corrupción de menores), variabilidad que deja abierta la puerta a que en lo sucesivo se protejan nuevos bienes jurídicos no tutelados antes y se despenalicen algunas conductas, por considerárseles no lesivas a bienes jurídicos en particular. Así mismo, pudimos comprobar el valor del bien jurídico a efectos de poder comprender mejor el tipo penal en análisis, en tanto sirve para clasificar el delito en distintas categorías, y así, conocer mejor sus características.

CAPÍTULO III:

ANÁLISIS DESDE LOS PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO.

Para analizar de mejor forma y comprender en amplitud el delito del artículo 365, es útil utilizar los presupuestos de la Teoría del Delito, otorgados por la doctrina nacional (principalmente) y la doctrina extranjera. Así, corresponde mirar la conducta sancionada y sus elementos, desde las categorías del Tipo Penal y la Tipicidad, la

⁵⁸ *Ibidem*, 242p.

Antijuridicidad y la Culpabilidad, ya que un estudio enfocado de esa forma, permite conocer todas las aristas relevantes que conforman el delito que nos ocupa.

Pues bien, dicho lo anterior, corresponde que revisemos la primera categoría relativa a los elementos básicos que permiten describir el delito a partir de la base y fundamento que otorgan los conceptos doctrinales de tipo y tipicidad.

1.El tipo penal:

- Podemos decir que “tipo”: “es la descripción hecha por la ley penal del comportamiento humano socialmente relevante y prohibido (acción u omisión), en su fase subjetiva y objetiva⁵⁹”
- “El tipo está constituido por la descripción legal del conjunto de las características objetivas y subjetivas (externas o psíquicas) que constituyen la materia de la prohibición dada para cada delito”⁶⁰
- “Por tipo se entiende el conjunto de elementos que describen un delito determinado⁶¹”
- Luego, “el tipo penal comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito. La tipicidad es la adecuación de una conducta del mundo real a esa descripción legal. Luego, a través del concepto de tipicidad se expresa la relevancia de que una determinada conducta pueda ser subsumida en una descripción o tipo legal⁶²”.

Así, el tipo penal es la descripción que ofrece el Código del ramo, en relación con un delito determinado, exponiendo los elementos integrantes de la conducta prohibida; generalmente, la descripción de la acción, los sujetos involucrados y algún otro elemento relevante, como algún resultado exigido por ejemplo.

⁵⁹ GARRIDO Montt, Mario (2003). Ob. cit., 45p.

⁶⁰ CURY Urzúa, Enrique. Derecho Penal, Parte General, tomo I, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 268p.

⁶¹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 164p.

⁶² Ibídem, 183p.

1.1. La acción:

La acción, es el primer elemento a analizar en un delito; así, en un tipo penal ésta se encuentra en la descripción de una conducta determinada, (ya sea positiva u omisiva).

Esta necesaria descripción de la conducta prohibida dice relación con el principio de tipicidad de la ley penal consagrado en la Constitución Política de la República, al cual se refiere Enrique Cury:

“Mucho más importante es el concepto de tipo de garantía, compuesto por la descripción legal del hecho al que la ley asocia una pena (...). A este tipo de garantía se refiere el principio *nulla poena sine lege*, pues los ciudadanos tienen derecho a saber exactamente qué circunstancias deben concurrir para que su conducta sea sancionada (...)”⁶³.

En concordancia con lo anterior, podemos decir que el tipo penal tiene una triple función: a) de garantía, b) sistemática, c) motivadora.

En cuanto a la función de garantía: “el tipo particulariza el principio de legalidad, en cuanto la ley no sólo debe establecer cuál es el delito, sino que por mandato constitucional (art. 19 n° 3), la conducta en que consiste debe estar expresamente descrita en ella.”⁶⁴

Dicho lo anterior y considerando al principio de tipicidad como un elemento clave y básico de todo tipo penal en cuanto descripción legal, para determinar la acción sancionada, en general los Códigos Penales utilizan un “verbo rector”, que en definitiva singulariza la acción y el delito y ello porque “la acción desde un punto de vista objetivo, es el movimiento corporal en que se manifiesta la voluntad final de realización. Gramaticalmente, la acción es aludida mediante un verbo rector que ocupa el núcleo de la descripción.”⁶⁵. Y ello es así, porque una acción, entendida como movimiento corporal, se construye y determina en palabras mediante la utilización de un verbo rector.

⁶³ CURY Urzúa, Enrique. Ob. cit., 264p.

⁶⁴ GARRIDO Montt, Mario. Ob. cit., 50p.

⁶⁵ CURY Urzúa, Enrique. Ob. cit., 279p.

Así, “la operación en este plano, es muy simple: se trata de determinar si la acción llevada a cabo por el sujeto activo es o no la misma que el legislador prohíbe⁶⁶”.

Luego, en el artículo 365 la acción descrita es “acceder carnalmente” y el verbo rector es “acceder”. Según la R.A.E. acceder es “entrar a un lugar y alcanzar o tener acceso a algo inmaterial”⁶⁷. Al hacer la conexión de los términos; “acceder” y “carnalmente” y sostener el concepto de sodomía tradicionalmente usado, sabemos que acceder carnalmente quedaría circunscrito e implicaría la penetración o ingreso del pene en el ano de otro hombre, no concurriendo las circunstancias de la violación y el estupro. Reafirma lo anterior, la jurisprudencia nacional, al señalar que el tipo se refiere a: “penetración sexual rectal, que consiguientemente satisface la exigencia de “acceso carnal.”⁶⁸

Sin embargo, y aun dicho lo anterior, es preciso señalar que el acceso carnal según las modificaciones hechas al Código Penal en la Ley n° 19.617, ya vistas en el capítulo primero de esta memoria, quedaría (eventualmente) sancionado en términos aun más amplios que el concepto tradicional de sodomía, dado que según señalan los artículos 361, 362 y 363 del Código Penal, éste se sanciona tanto por vía vaginal, anal o bucal y siendo estos artículos anteriores en su enumeración al artículo 365 y encontrándose todos en el mismo párrafo del Código Penal, no se ve porqué no pueda ampliarse la comprensión del término “acceso carnal” o al menos discutir su precisión. A esto se refiere la doctrina nacional al señalar:

“el legislador tanto en los artículos 361, 362 y 363 especifica que el acceso carnal comprende el realizado por vía anal, bucal o vaginal, en tanto que el 365 no lo hace, pero es obvio que por el contexto de las disposiciones se refiere a todas estas alternativas y que su repetición puede haberse considerado redundante (...)”⁶⁹.

Sin embargo, podemos descartar en principio, la idea de sancionar el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, de un hombre hacia una mujer, dado que estos casos de

⁶⁶ BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 25p.

⁶⁷ Disponible en la web de la Real Academia Española en <http://buscon.rae.es/dpd/>, (consultado el 10 de marzo de 2012).

⁶⁸ Corte Suprema, rol 3608/99, 16 de marzo de 2000, RDJ244, MJJ244. Disponible en www.microjuris.cl

⁶⁹GARRIDO Montt, Mario (2005). Ob. cit., 432p.

conductas heterosexuales (cuando ocurren por la fuerza, la intimidación, etc.), se encuentran descritos en el artículo 361 y siguientes, con límites de edad determinados que escapan y difieren de la sanción del artículo 365 y bajo circunstancias muy distintas, en tanto que el artículo 365 precisa el consentimiento.

Luego, queda por discutir el acceso carnal por vía bucal y por vía anal entre personas del mismo sexo. Para clarificar la duda anterior, si aceptamos el concepto tradicional de sodomía que es el usado por los legisladores en la discusión de la Ley n° 19.617 que reformó el artículo que comentamos, “el coito entre varones adultos, capaces que voluntariamente tienen relaciones homosexuales”⁷⁰, sólo nos restaría entender que la conducta sancionada en el artículo 365 queda circunscrita a la penetración anal de un hombre hacia otro hombre, excluyendo, en principio cualquiera otra posibilidad de entender el concepto de sodomizar (aun cuando sigue siendo discutible que el acceso carnal por vía oral entre hombres también implicaría sodomía), y excluyendo al mismo tiempo el lesbianismo como se verá en otro apartado de este capítulo.

Luego a partir de la acción que prohíbe el artículo 365, podemos clasificar el delito de la siguiente forma:

1.2. El artículo 365, describe un delito simple, instantáneo y formal:

“Por el número de acciones (los delitos) se clasifican en tipo simple y compuesto. Es simple cuando su descripción alude a una sola acción; es compuesto, cuando comprende dos o más acciones, cada una punible independientemente.”⁷¹

A partir de esta noción, podemos decir que el delito que tratamos es un delito simple, dado que el precepto penal alude a una sola acción, esto es el “acceso carnal”; no hay otro verbo rector dentro del tipo, que permita afirmar que se trata de un delito complejo, por configurarse la exigencia de dos o más acciones. Así, el acceso carnal entendido como una sola y única acción exigida, al sujeto activo mayor de 18 respecto de otro menor de 18, permite clasificar al delito del artículo 365, como un delito de carácter simple.

⁷⁰Historia de la Ley n° 19.617, Primer Informe de la Comisión Constitución, legislación y Justicia, 31p. Disponible en www.bcn.cl.

⁷¹GARRIDO Montt, Mario. (2003). Ob. cit., 54-55p.

Cabe también señalar, que según la conducta descrita en el tipo penal, el delito del artículo 365 es un delito instantáneo dado que “el hecho punible se perfecciona con una acción y en su caso, un resultado, cuya entera realización es inmediata⁷²”. Además, se trata de un delito formal, en cuanto la conducta descrita no requiere un resultado externo a ella; dado que el delito no requiere de un resultado (por lo cual es también un delito de mera actividad).

1.3. Sujetos del delito:

Conjuntamente con la acción, otro de los elementos del tipo es el sujeto, tanto activo como pasivo, ya que entendemos que la acción requiere de un sujeto que realice la actividad y de otro que sea titular de un bien jurídico que sea afectado por el injusto típico. Así: “los tipos penales que se encuentran de preferencia en los libros II y III del Código Penal y en las leyes penales especiales, tienen todos en común una estructura que responde a la necesidad de describir una conducta (...) que se refiere siempre a un sujeto (activo) que realiza una conducta que se considera lesiva para un bien jurídico⁷³”.

1.3.1 El sujeto activo:

“Es tal quien realiza toda o una parte de la acción descrita por el tipo”⁷⁴.

En el mismo sentido, podemos decir que “el sujeto activo de la acción es el que incurre en el delito (...); si sólo algunas personas que poseen una calidad especial jurídica pueden incurrir en un delito se trata de un sujeto activo calificado⁷⁵”.

En el artículo 365 no encontramos mayor problema para identificar al sujeto activo y según lo ya dicho anteriormente, se trataría de un hombre, mayor de 18 años que accede carnalmente por vía anal a otro sujeto de su mismo sexo. Por existir la exigencia de que el sujeto activo sea un hombre mayor de 18 años y según la doctrina que ya mencionamos, podemos decir que el delito en comento, es un delito especial

⁷² MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 188p.

⁷³ Ibidem, 185p.

⁷⁴ GARRIDO Montt, Mario. Ob. cit., 55p.

⁷⁵ BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 26p.

propio, dado que exige una especial calidad jurídica del sujeto, que lo convierte en sujeto calificado (sexo masculino y mayoría de edad).

1. 3. 2. Sujeto pasivo:

Como dijimos antes, sujeto pasivo es el titular de un bien jurídico que resulta afectado por el injusto; “es la persona sobre la que recae la actividad típica⁷⁶”, o en otras palabras, “sujeto pasivo, es el ofendido por el delito, quien padece sus efectos, concepto que parece corresponder al de víctima en el sentido del art. 108 del Código Procesal Penal”⁷⁷.

Generalmente, el sujeto pasivo no presenta mayor relevancia, dado que los tipos penales no exigen mayores características para que un sujeto sea víctima y se establecen víctimas, por así decirlo “genéricas”. Sin embargo, en el delito del artículo 365, se requiere la exigencia especial de que el sujeto pasivo sea mayor de 14 años y menor de 18, que sea del mismo sexo que el autor y que haya consentido en la realización de la acción sexual. Ello es así, porque siendo el sujeto pasivo mayor de 18 años y el activo también, la conducta no se encuentra sancionada, dado que con la reforma del año 1999 se despenalizó la relación homosexual entre varones mayores de 18 edad; “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)⁷⁸”. Luego, los sujetos deben estar en los rangos de edad de 14 y 18 años y ser personas del mismo sexo (hombres, según dijimos), además de encontrarse presente el consentimiento del menor, dado que sin éste se está en presencia de un caso de violación o estupro, considerando que sin haber aceptación de la conducta, ésta se realizaría entonces por la fuerza, la intimidación o el engaño.

⁷⁶ GARRIDO Montt, Mario. (2003) Ob. cit., 58p.

⁷⁷ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit. 189p.

⁷⁸ GARRIDO Montt, Mario. (2005). Ob. cit., 430p.

Además, cabe señalar que el artículo 365 no establece especiales exigencias en relación al objeto jurídico, no exige un resultado (en tanto se trata de un delito de mera actividad), no tiene exigencias en relación con el lugar de ocurrencia, ni tampoco requiere de especiales formas de comisión, de manera tal que el análisis de esos elementos objetivos, no corresponde a este capítulo, por no presentar mayor relevancia.

1. 3. 3. Excurso:La Sanción al lesbianismo:

A propósito de los sujetos activos, corresponde que discutamos la sanción al lesbianismo. Según la doctrina nacional señala “el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado⁷⁹”

Luego, otro autor sostiene que con la reforma del año 1999, al suprimirse la palabra “sodomía” (que restringe la conducta al coito anal entre varones), el artículo 365 se hace extensivo a las conductas homosexuales entre 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(...)”⁸⁰.

En esta diferencia de criterios respecto a que si se sanciona o no el lesbianismo, cabe hacer una precisión en relación a la posibilidad material que tiene una mujer de acceder carnalmente y, a estos efectos, es muy clarificador el comentario del abogado Francisco Maldonado, quien:

“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 e instrumento para ejecutar el acto de invasión vaginal o anal, lo que privaría a dicha invasión del carácter carnal exigido”⁸¹.

⁷⁹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 282p.

⁸⁰ GARRIDO Montt, Mario. Ob cit., 431p.

⁸¹ MALDONADO, Francisco. Citado en pie de página en GARRIDO Montt, Mario. Ob. cit., 432 y 433p.

En este mismo sentido, Tobar Sala sostiene que el sujeto activo del delito es sólo el varón; “la exigencia de acceso carnal excluye de la sede penal las relaciones de homosexualidad femenina (lesbianismo)⁸²”. Y en este mismo sentido el Tribunal Constitucional sostiene:

“Durante la discusión de la Ley n° 19.617, el argumento que se sostuvo en la elaboración del segundo Informe del Senado era que el término “acceso carnal” se refiere a la penetración genital o coito. Por tanto, sólo puede “acceder carnalmente” aquel agente que posea un órgano genital masculino, esto es, el varón⁸³”.

En esta memoria, compartimos este último criterio, dado que la mujer por su configuración física no puede acceder carnalmente a otra mujer o a un hombre, y de hacerlo con algún instrumento, la conducta caería en otros supuestos como el abuso sexual, contenido en el artículo 365 bis que sanciona la introducción de objetos, por vía anal, bucal o vaginal. Entonces, carente la mujer de la posibilidad material de cometer la acción sancionada, el lesbianismo queda excluido de sanción, aun cuando el legislador quitase la palabra “sodomía” (restringida sólo a hombres) y la sustituyese por “personas del mismo sexo”, lo que en principio podría entenderse como comprensivo de conductas lésbicas. En esta memoria, estamos por la idea de sostener que el artículo 365 sólo sanciona al acceso carnal entre varones, aun cuando esto sea discutible desde diferentes perspectivas que serán abordadas posteriormente, y ello se reafirma por la caracterización que hicimos del delito, como un delito especial, sólo susceptible de ser cometido por varones.

1.4. Clasificación del delito según los sujetos involucrados:

1. 4. 1. El artículo 365 describe un delito especial:

Según el sujeto activo descrito en cada delito, la doctrina hace algunas diferenciaciones. Excepcionalmente, existen delitos que exigen ciertas características a los sujetos involucrados en calidad de autores, de manera que se configuran sólo en la medida en que concurran dichas exigencias. Así, los delitos se pueden clasificar en

⁸² TOBAR Sala, Juan Carlos. Ob. cit. 66p.

⁸³ Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765, 31p. disponible en www.microjuris.cl

delitos comunes o especiales y estos a su vez en delitos especiales propios o impropios. Desde luego, en los delitos comunes cualquiera puede ser el autor, no exigiéndose a su respecto ninguna característica especial.

En el caso del artículo 365, podemos decir que se trata de un delito especial, dado que estos; “exigen del sujeto activo ciertas características específicas, de modo que en ellos no pueden incurrir sino ciertas personas determinadas. Ahora bien, son delitos especiales propios aquellos en los que la calidad del sujeto activo es el fundamento mismo de la penalidad o punibilidad de la conducta⁸⁴”.

A partir de esta definición, podemos señalar que se trata de un delito especial, porque a su respecto operan requisitos de edad y sexo que determinan cualidades especiales en el sujeto activo. Es decir, el delito de sodomía sólo pueden cometerlo hombres, mayores de 18 años. Y además, es un delito especial propio, porque el fundamento de la punición radica en la edad de la víctima y el autor y en el mismo sexo que ambos comparten; ello es así, porque lo que se busca con la punición de la conducta, es precisamente evitar la corrupción del menor, amparando su indemnidad. La afirmación anterior se reafirma en la idea de que, siendo dos menores de edad del sexo masculino, no hay delito (a menos que operen la fuerza o la intimidación, caso en el cual estamos hablando de otro delito) o bien, si se trata de dos mujeres, tampoco existe delito (como ya lo señalamos en el excurso recién presentado).

⁸⁴ BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 18p.

1. 4. 2. El artículo 365 describe un delito de propia mano:

Además, podemos caracterizar al delito del artículo 365 como un delito de propia mano; dado que “el tipo presupone un acto de ejecución corporal o, al menos personal, que debe realizar el propio autor, porque en otro caso faltaría el específico injusto de la acción de la correspondiente clase de delito⁸⁵”.

La sodomía del artículo 365 es un delito de propia mano en la medida que el autor del injusto debe ejecutar corporalmente (doctrinariamente, conocido como ejecución de propia mano), la acción del acceso carnal, dado que no cabe otra forma de ejecución del delito, mas allá de los alcances respecto a la autoría y la participación que se verán en el capítulo relativo a la autoría en este trabajo. En estos delitos, “se exige la realización de una acción determinada y sólo el que se encuentre en posición de ejecutarla inmediata y corporalmente, por sí mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo legal (por ejemplo, el acceso carnal en la violación)⁸⁶”. Esta última cita es clara en el sentido de confirmar que la sodomía requiere de la realización de la conducta personal y corporalmente por el autor.

Por último, corresponde decir que se trata de los delitos denominados “de encuentro”. Los delitos de encuentro “presuponen una pluralidad de partícipes activos, en los que las acciones, ya con coincidente dirección volitiva, ya sin esa coincidencia, se impelen recíprocamente entre sí, de suerte que el “encuentro” de las distintas actuaciones volitivas produce el efecto de constituir el tipo⁸⁷”. Luego, es posible afirmar que la sodomía es un delito de encuentro, principalmente por el consentimiento que debe estar presente en los sujetos que incurren en la conducta tipificada. Luego, ese consentimiento en el acceso carnal es el que finalmente configura el tipo penal del artículo 365. De no ser así, es decir, de no encontrarse las voluntades de acuerdo en llevar a cabo la misma acción de connotación sexual, y en cambio, ser ésta forzada o por vía de intimidación, entonces se configura otro delito (como dijimos, violación o estupro) y no ya “sodomía”.

⁸⁵ JESCHECK Hans-Heinrich. Ob. cit., 237p.

⁸⁶ MUÑOZ Conde, Francisco. Ob. cit., 63p.

⁸⁷ MAURACH, Reinhart. Ob. cit., 352p.

1. 4. 3. El artículo 365 describe un delito plurisubjetivo, de encuentro y de participación necesaria.

“Están los delitos plurisubjetivos, en los que el tipo exige la concurrencia de varias personas, bien concurriendo uniformemente para la consecución del mismo objeto, como sucede en los delitos de convergencia; bien autónomamente como partes de una misma relación delictiva, como en los delitos de encuentro⁸⁸”. En este punto, podemos decir que el delito de sodomía es un delito plurisubjetivo, en tanto que exige la concurrencia consentida de dos personas, una de ellas menor de 18 años y del mismo sexo. Ello, porque si uno de los involucrados no consiente, en este caso, el menor de edad, se está frente al delito de violación o estupro de los artículos 361 y 363 respectivamente, y no ya frente al delito del artículo 365 que excluye estas formas de comisión.

De la mano de la conceptualización de la plurisubjetividad, podemos afirmar que se trata de un delito de participación necesaria, en tanto que “intervienen también varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido por el tipo⁸⁹”.

En el delito del artículo 365, es el menor de edad el titular del bien jurídico protegido y a quien el legislador consideró necesario proteger en su indemnidad sexual. Siendo así, ante la realización del tipo del artículo 365, el sujeto pasivo queda impune, aún cuando concurra su consentimiento, porque como veremos, el bien jurídico no es ya su libertad sexual (ejerciéndola a través del consentimiento en la realización del acto sexual tipificado), sino que su indemnidad. Sólo se sanciona penalmente al sujeto activo del delito, y se considera como “participación necesaria” la concurrencia del menor porque sólo a través de su consentimiento se puede configurar este delito, ya que como dijimos, de no participar voluntariamente el menor, se trataría de violación o estupro.

⁸⁸ MUÑOZ Conde, Francisco. Ob. cit., 62p.

⁸⁹ Ibídem.

2. Tipo y tipicidad:

En este punto, analizados ya los elementos del tipo; acción y sujetos, cabe hacer un enlace con la tipicidad y su relación con la conducta descrita y prohibida, que veníamos analizando.

Una conducta para ser sancionada por la vía penal debe subsumirse o adecuarse a los supuestos descritos en el tipo penal:

“La adecuación típica está referida al hecho de subsumirse la conducta en la descripción abstracta realizada por el legislador. En rigor, no son los delitos los que se adecúan típicamente, sino las conductas concretas realizadas por los particulares, en cuanto se corresponden con el tipo penal. Este último, es la descripción hecha por el legislador; la adecuación típica o tipicidad es la cualidad del hecho concreto de subsumirse en el tipo⁹⁰”.

Luego, “a través del concepto de tipicidad se expresa la relevancia de una determinada conducta para el derecho penal, en el sentido de que una determinada conducta pueda ser *subsumida* en una descripción o *tipo legal*⁹¹”.

De lo anterior, podemos decir que el tipo del artículo 365, consiste en acceder carnalmente a otra persona del mismo sexo; se trata por tanto de una descripción abstracta, y la conducta que calza en aquel tipo es el comportamiento real de que Juan acceda carnalmente a Pedro, siendo éste menor de 18 años (y no concurriendo fuerza ni intimidación); así, en esta alternativa, se dirá que la conducta es típica.

3. Circunstancias típicas y los elementos subjetivos del tipo penal.

Una vez expuestos los elementos objetivos del tipo, cuyo análisis es trascendente para este trabajo (acción y sujetos del delito), corresponde analizar los denominados elementos subjetivos; los cuales “hacen referencia a las especiales motivaciones o finalidades del autor que deben comprobarse antes de afirmar la tipicidad del hecho⁹²”.

En esta parte, debemos recordar, que los delitos se clasifican en delitos de intención trascendente o de tendencia. El delito del 365, es un delito de tendencia, lo cual ya

⁹⁰ BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 23p.

⁹¹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 183p.

⁹² Ibídem, 191p.

analizamos en otra parte de este trabajo, pero es pertinente mencionarlo acá, en cuanto podemos afirmar que en el delito que comentamos, el elemento subjetivo indica una voluntad especial del sujeto de saber y querer la conducta que está realizando, excluyendo así, a la culpa o a la imprudencia. Es decir, el sujeto sabe y quiere acceder carnalmente al menor; es esa su tendencia interna y la exterioriza en la acción.

Debemos decir también, que el delito excluye las hipótesis de culpa o negligencia, dado que hay “imposibilidad lógica de concebir el acceso carnal ejecutado por negligencia o imprudencia⁹³”; así queda excluido el castigo a título de culpa. Siendo así, sólo nos queda el resultado de que estamos frente a un delito doloso y como tal, corresponde analizar su eje central; el dolo. Para los efectos sistemáticos, “la apreciación de la existencia de un elemento subjetivo en el tipo penal conducirá por regla general, a la exclusión del castigo de esa figura a título de dolo eventual o culpa, pues tales posiciones anímicas son incompatibles con la intención claramente manifestada con el elemento subjetivo⁹⁴”. Así, al estar en presencia de un elemento subjetivo, podemos afirmar que el artículo 365 se refiere a un delito doloso, lo cual será profundizado en el capítulo relativo a la culpabilidad.

4. Antijuridicidad:

Corresponde ahora analizar, la categoría de la antijuridicidad dentro de la teoría del delito y hacer la respectiva correspondencia con el tipo que analizamos. Al respecto, podemos decir que:

“Antijurídica es la conducta típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y no se encuentra autorizada por la ley. Aunque por regla general la tipicidad de una conducta es indiciaria de su antijuridicidad (...) ello no implica que deba obviarse la investigación independiente acerca de la antijuridicidad del hecho típico, pues puede ser que este no sea, en el caso particular, contrario a derecho⁹⁵”.

De lo anterior podemos concluir que, la conducta descrita en el artículo 365 es antijurídica en tanto materialmente pone en peligro el bien jurídico protegido (indemnidad sexual). Y en sentido formal, es antijurídica, porque el acceso carnal homosexual, según los presupuestos del artículo 365, contradice la conducta que

⁹³ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 158p.

⁹⁴ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 194p.

⁹⁵ Ibídem, 209p.

precisamente se prohíbe y sanciona por la norma, al considerársele socialmente dañina, teniendo en consideración el que no existan causales de justificación de la conducta según veremos en las páginas sucesivas. Para que una conducta no sea punible, aun cuando sea antijurídica, debe encuadrarse en una causal de justificación.

4. 1. Causales legales de justificación.

Afirmada la antijuridicidad material y formal de una conducta, “todavía debe comprobarse que el daño social causado no se encuentre permitido por la ley, esto es, amparado por una causal de justificación. El fundamento de este “permiso” puede ser la ausencia de interés (por ejemplo, el consentimiento de la supuesta víctima cuando se trata de bienes jurídicos disponibles (...) o la existencia de un interés preponderante⁹⁶”. A este mismo respecto; “el término causales de justificación está bien empleado, porque la concurrencia de alguna de ellas hace que el acto sea objetivamente lícito para todo el derecho, y no solo para el derecho penal⁹⁷”

Algunas de las causales de justificación según la doctrina son, el cumplimiento de un deber, actuar en estado de necesidad, la legítima defensa y el consentimiento.

Como podremos concluir, las causales de justificación no operan en los supuestos del artículo 365, dado que no podríamos argumentar que se comete el delito del artículo 365, por estado de necesidad o por cumplimiento de un deber o por legítima defensa. En este sentido, y a propósito del delito de violación (comentarios que son aplicables al delito que analizamos), Rodríguez Collao sostiene; “ante la imposibilidad lógica de compatibilizar las restantes causales de justificación con el delito que ahora nos ocupa, solo cabe afirmar que respecto de éste, no opera con efecto justificante ninguna de las causales excluyentes de la ilicitud que contempla el ordenamiento jurídico chileno⁹⁸”. Aun así, cabe analizar el consentimiento en particular, dada la relevancia que éste tiene para el delito del artículo 365.

⁹⁶ *Ibíd*em, 212p.

⁹⁷ ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo. Ob. cit. 239p, tomo II.

⁹⁸ RODRIGUEZ Collao, Luis. Ob cit. 161p.

4. 1. 1. El consentimiento de la víctima:

“El consentimiento consiste en la aceptación o permiso libre y consciente por parte del particular afectado por la acción típica, para que otro realice esa conducta. Para consentir en este sentido, no es necesaria una capacidad en sentido civil, sino sólo la necesaria materialmente para la comprensión del sentido del acto⁹⁹”.

Luego, como ya dijimos, en el caso del artículo 365 del Código Penal, la víctima debe consentir en todo momento en el acceso carnal (a diferencia de la violación, en donde no debe mediar consentimiento), dado que de otro modo se estaría frente a hipótesis de violación o estupro si es que la acción se ejecuta mediante la intimidación, el engaño, etc. Sin embargo, aun constando dicho consentimiento, el legislador de todas formas sanciona la conducta en el entendido de que, “en un contexto de excepción respecto de la autonomía para consentir sexualmente, la protección especial que brinda la figura tipificada en el artículo 365 del Código Penal, se justifica desde que la voluntad de la víctima no es garantía suficiente de eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta¹⁰⁰”.

Ello porque el legislador entiende que aun cuando el menor consienta, por el sólo hecho de ser menor de edad, debe ser protegido en su interés superior, dado que salvaguardar su indemnidad sexual es primordial, más allá de toda consideración volitiva, sobre todo si se consideró que un menor de edad no era un sujeto aún maduro para decidir sobre sus inclinaciones y conductas sexuales.

5. Culpabilidad:

Una vez que analizamos ya los presupuestos de la tipicidad y la antijuridicidad, corresponde referirnos a la categoría de la culpabilidad.

Al revisar la teoría del delito, pudimos revelar que la conducta descrita en el artículo 365, es típica y antijurídica; y por lo tanto, injusta. Sin embargo, nos falta dilucidar si es que dicha conducta puede o no ser atribuida en sede de responsabilidad penal a quien la comete, haciéndolo responder a un proceso e imponiéndole una sanción penal. Lo anterior, corresponde a la esfera de la culpabilidad, que analizaremos a continuación.

⁹⁹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 239p.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765. Disponible en www.microjuris.cl

Tras la indagación sobre la tipicidad y la antijuridicidad, es posible afirmar que el hecho era injusto. Con ello no hemos afirmado sin embargo, que ese hecho pueda ser reprochado al que lo realizó, esto es, al autor. “La exigencia de culpabilidad significa que ese hecho puede atribuirse subjetivamente a su autor, porque él estaba en condiciones de obrar diversamente¹⁰¹”.

Luego;

“Al autor del hecho no se le reprocha sin más el resultado objetivo, sino la circunstancia de que ese resultado haya sido el efecto, ya sea de su dolo o malicia, ya sea de su culpa (...) en el primer caso se habla de delitos, en el segundo de cuasidelitos. De ahí que se denomine formas o especies de culpabilidad al dolo o malicia y a la culpa (imprudencia o negligencia)¹⁰²”.

Así, la conducta no puede ser atribuida “porque sí” a su autor y por ello sancionársele con la pena establecida en la ley. Es necesario establecer si el autor obró con culpa o dolo; categorías que analizaremos a continuación.

5. 1. El dolo.

“Existe *dolo* - base del reproche respecto de los *hechos dolosos* (que en nuestro sistema legal corresponden a la mayoría de las figuras delictivas) - si el hechor *sabía* y también *quería* lo que hacía”¹⁰³. Asimismo, *dolo* en sede penal puede definirse como “el conocimiento de los elementos subjetivos del tipo y la voluntad de realización del mismo. Es decir, sencillamente, conocimiento y voluntad de realización¹⁰⁴”.

Además, cabe hacer mención a la clasificación del dolo aplicable al delito que comentamos; el dolo directo, sin perjuicio de que sea discutible la existencia de dolo eventual en la figura en comento:

“esta clase de dolo, su forma “normal” existe cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el hechor quiere lograr. Lo que persigue el autor es la acción típica (si se trata de un delito de mera actividad) o también el resultado previsto en el tipo (si se trata de un delito de resultado)¹⁰⁵”.

¹⁰¹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 166-167p.

¹⁰² *Ibidem*, 167p.

¹⁰³ *Ibidem*, 168p.

¹⁰⁴ BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 41p.

¹⁰⁵ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 275p.

En el caso del tipo penal del artículo 365, podemos sostener en base a la definición anterior, que se trata de un delito doloso, en tanto el autor quiere y sabe lo que hace (acceder carnalmente al menor) y aquí es importante decir que no hay acceso carnal por mera imprudencia o culpa; el autor conoce la acción y la ejecuta porque es ésa su intención, al tratarse de un delito de mera actividad. Ése es, en definitiva, el argumento que sostiene al tipo del artículo 365, como un delito doloso, y ello es así, porque la acción conocida y querida por el autor, es precisamente la conducta prohibida por el legislador. En el mismo sentido; “el delito de corrupción de menores exige la concurrencia del dolo directo, porque el sujeto activo tendrá que actuar con la conciencia de que el acceso carnal tiene la virtualidad corruptora que el tipo requiere y el propósito de que tal cosa ocurra tendrá que quedar comprendido en la faz volitiva del dolo¹⁰⁶”. Luego, sólo al operar el dolo, podemos hacer el reproche de culpabilidad y por ello, imponer la sanción que el tipo penal señala.

En cuanto al conocimiento que el autor debe tener respecto del delito “este debe ser completo, extenderse tanto a los elementos del tipo objetivo como a las circunstancias modificatorias de responsabilidad¹⁰⁷”; (así, el autor debe saber la edad y el sexo de la víctima) y ello es importante a efectos de configurar el delito, dado que si falta el conocimiento o el elemento cognitivo no es completo o encuentra dificultades, podríamos estar frente a una hipótesis sobre error de tipo, que desarrollaremos a continuación.

5. 2. Error de tipo:

Si bien el artículo 8° del Código Civil chileno, señala el presupuesto de que una vez que una ley entre en vigencia, nadie podrá alegar ignorancia del derecho, estableciendo que el error de derecho no es óbice al cumplimiento de una obligación; en el ámbito penal la situación es distinta, dado que el artículo 19 n°3 inciso sexto de la Constitución Política establece la exclusión de las presunciones de derecho en materia penal, de manera tal que, si bien no es posible excluir el dolo a priori, indicando que la ley penal no era conocida por el sujeto activo, si es posible configurar una causal de

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 253p.

¹⁰⁷ BULLEMORE Vivian. Ob. cit., 41p.

exclusión de la responsabilidad por esarazón, mediante la construcción de un motivo de exculpación.

De este modo, estamos ante la doctrina del error de tipo, que se explica porque;

“para actuar dolosamente el sujeto debe saber que está realizando el hecho típico, esto es, conocer los elementos del tipo. Quien desconoce las circunstancias concretas y el objeto de su acción “actúa involuntariamente”, esto es, sin dolo. Este desconocimiento o falsa representación de los elementos del tipo penal que se realiza, se llama error de tipo (...), esto no significa que en todos los actos quien actúa en error de tipo será impune, pues si el resultado era previsible y evitable – y bastaba para ello con “abrir un poco más los ojos” – el carácter vencible de este error permite la imputación del resultado a título culposo, en los casos en que la ley admite estas figuras¹⁰⁸”.

Asimismo, podemos definir el error de tipo como, “el error en un elemento objetivo del tipo penal, en términos tales que cree que no concurre un elemento objetivo del tipo que sí se encuentra presente¹⁰⁹”. Siendo así, podemos decir que en el delito del artículo 365, habría error de tipo en el caso de que el sujeto activo desconozca la edad del sujeto pasivo (como elemento objetivo del tipo); por ejemplo, si cree que es mayor de edad porque el menor se identifica como tal con algún instrumento identificatorio, que resulta ser falso.

Ratifica lo anterior la siguiente afirmación;

“el elemento intelectual del dolo debe abarcar todas las circunstancias que integran la descripción del delito, aunque únicamente en sus rasgos esenciales, pues es imposible para el hombre común conocer todos los detalles de la realidad (...), para cometer la violación impropia del 362 Cp., basta con saber que se accede carnalmente a una niña notoriamente impúber, no la fecha de nacimiento de ésta¹¹⁰”.

Luego, la consecuencia que el error de tipo tenga sobre la respuesta penal al delito, está dada según si el error era o no evitable. A este efecto podemos decir que:

“el desconocimiento o la equivocación acerca de cualquiera de los supuestos de hecho que contemplan los artículos 361 y 362 (por ejemplo, que la víctima esté efectivamente intimidada o que es menor de 14 años) y, en general la creencia equivocada de que se cuenta con la anuencia del sujeto pasivo, son situaciones de

¹⁰⁸ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 256p.

¹⁰⁹ BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 42p.

¹¹⁰ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 256p.

error de tipo que en caso de ser invencibles, excluyen el dolo y por ende el castigo¹¹¹”.

Así, aun cuando la cita anterior habla sobre la violación, sus supuestos son reconducibles al artículo 365 y por ello, podemos decir que en la situación anterior el que el autor yerre en relación con la edad de la víctima, siendo invencible dicho error, porque la víctima ofrece una identificación falsa que no tiene como ser descubierta, aun con la suficiente diligencia, implica que el autor quede exento de sanción al quedar excluido el dolo.

Luego, si el error era vencible y ocurre sólo por negligencia del autor, (quién no se cerciora efectivamente respecto de la edad de la víctima y lo cree mayor de edad, siendo que en verdad no lo es), entonces “se eliminará el dolo, pero subsistirá la culpa y se castigará a este título en los casos excepcionales en que la ley admite el castigo por conductas culposas”¹¹². De modo que, el autor sería castigado según las reglas relativas a los delitos culposos, en carácter excepcional, dado que como dijimos, este delito en principio no admite la categoría de culposo, de modo, que la excepción sólo está dada si se prueba que concurre el error de tipo, pero en carácter evitable.

5. 3. Error de prohibición y objeción de conciencia:

“existe error de prohibición si el hechor piensa que su conducta no es antijurídica, pero si la reconoce como en conflicto con su deber moral, por ejemplo, un holandés, en cuyo país la relación incestuosa entre adultos que consienten en ella no está prevista como delito en la ley penal, puede creer que su relación sexual con un pariente consanguíneo no es tampoco ilícita en Chile, aunque tenga el sentimiento de que realiza un acto moralmente reprochable¹¹³”.

Lo mismo es aplicable al delito del artículo 365, cuya conducta sancionada no lo es en otras legislaciones, como en Argentina o Uruguay; así, un hombre puede tener cierto resquemor en sentido moral, respecto a tener relaciones homosexuales con un menor de 18 años, aun cuando ello no sea sancionado en su país natal, Argentina; si de todos modos tiene relaciones homosexuales con un hombre menor de 18 en Chile, se le sanciona; aun cuando erróneamente crea que dicha conducta no se sanciona en nuestro país (así como no se sanciona en el suyo). El error de prohibición no lo exime

¹¹¹ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 159p.

¹¹² BULLEMORE, Vivian. Ob. cit., 45p.

¹¹³ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 334.

de culpa, aun cuando moralmente comparta el sentido de la sanción. En Chile, dicha conducta es delito, y como el desconocimiento de la norma no es considerado como algo “inevitable”, corresponde aplicar la sanción contenida en el tipo.

CAPÍTULO IV:

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

1. Concepto:

En primera instancia, podríamos sostener que lo relativo a la autoría y la participación podría ser visto en el capítulo sobre tipo y tipicidad, dada su estrecha conexión con el ámbito relativo a los sujetos intervinientes del delito; sin embargo, por la importancia del tema y algunos problemas en relación a su comprensión en el delito que nos convoca, se hace necesario para su mejor entendimiento, el análisis por separado de la autoría y la participación, justificándose también dicha separación en motivos de mejor metodología y didáctica para los efectos de esta memoria de prueba.

Es importante analizar los conceptos de autoría y participación en tanto se encargan de determinar a los sujetos intervinientes en los delitos, el rol que ocupan dentro de la conducta típica, la responsabilidad penal que a cada uno le alcanza y la pena a la cual se exponen según los preceptos penales que sancionan cada delito; en este capítulo en particular, nos interesa hacer la conexión con el delito del artículo 365 del Código Penal y determinar las distintas formas de participación criminal en que puede incurrir un sujeto.

Podemos decir que, “la autoría y la participación identifican a los sujetos que intervienen en la ejecución de una conducta típica y antijurídica, ya sea porque realizan la conducta punible o porque colaboran a su ejecución de algún modo relevante para el tipo penal¹¹⁴”. Dicho esto, corresponde reconducirnos al Código Penal, el cual se refiere a la autoría y la participación en los artículos 15, 16 y 17.

El artículo 15 señala que se consideran autores “1° los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite. 2° los que fuercen o inducen a otro ejecutarlo, 3° los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleve a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

¹¹⁴ VARGAS Pinto Tatiana, Manual del Derecho Penal Práctico, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2011, 261p.

Corresponde entonces, analizar cada uno de los estadios de autoría descritos por el artículo 15, y luego estudiar las formas de participación de los artículos 16 y 17 del Código Penal.

1.1. El concepto de autor inmediato o material.

Según la definición legal de autor del artículo 15 del Código Penal, podemos distinguir entre autor material, autor mediato y coautor.

Es autor material “quien realiza materialmente los hechos descritos por el tipo-de propia mano-. Son ellos quienes cumplen los tipos penales¹¹⁵”.En ese mismo sentido, “en todo delito comisivo doloso, autor inmediato es quien realiza materialmente (“de propia mano”) los presupuestos del tipo penal, siéndole objetiva y subjetivamente imputable el hecho punible¹¹⁶.”

Siendo así, en el delito del artículo 365 es autor “el que” accediere carnalmente a un menor de 18 años; es decir, en principio y en concordancia con el artículo 15 n° 1 del Código Penal, el que toma parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa, en tanto el artículo 365 es claro al identificar como sujeto activo de la acción al que accediere carnalmente a un menor; esto es, el que realice la acción descrita en el tipo penal de un modo personal y directo, de propia mano, teniendo siempre el dominio de la acción; es decir,actuando de modo libre y no siendo condicionado por factores externos que de uno u otro modo entorpezcan y obstaculicen el dominio que debe tener sobre la acción de acceder carnalmente. Luego, al autor se le sanciona porqueactúa con dolo; y ello porque la “autoría es una figura jurídica, caracterizada fundamentalmente por la concurrencia del dolo dirigido contra el bien jurídico de que se trata, que la ley protege¹¹⁷”.

Por último, cabe hacer referencia a que el sujeto activo del delito debe ser un hombre,ya que la mujer se encuentra físicamente imposibilitada de acceder carnalmente; lo que le otorga la característica de delito especial (y no común) al delito

¹¹⁵ VARGAS Pinto, Tatiana. Ob. cit., 265p.

¹¹⁶MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 400p.

¹¹⁷ C. Suprema, rol n° 31.030, 27 de octubre de 1995, F.M. n° 443, fallo n° 14, sección criminal, 1529p.

que comentamos, de lo cual resulta que la mujer no puede ser autora material e inmediata.

Lo anterior podemos corroborarlo en la afirmación que hace al autor Rodríguez Collao si bien en relación con el delito de violación, es aplicable al artículo 365:

“En efecto, si la conducta consiste en acceder carnalmente a la víctima, y este comportamiento ha de ser entendido como penetración del miembro viril en la vagina, el ano o la boca del sujeto pasivo, resulta que sólo una persona de sexo masculino se encuentra materialmente capacitada para “tomar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa”¹¹⁸;

Lo dicho recién, es tal como lo exige el artículo 15 n° 1, al caracterizar la figura del autor material y sin perjuicio de las otras clasificaciones de autor y de las formas de participación, según veremos a continuación.¹¹⁹

En este punto entonces, nos corresponde analizar si las otras hipótesis de autoría son admitidas dentro del artículo 365, esto es, autor mediato y coautor.

1.2. Autor mediato:

El artículo 15 n° 2 señala que se consideran autores a “los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”. A este respecto, la doctrina señala que “(...) la imputación de la conducta de una persona, puede hacerse directamente al tipo penal respectivo, pero no por su realización inmediata, sino por haberlo realizado mediante otro, que ha sido utilizado como instrumento de su obrar. Son los casos de la llamada autoría mediata (...)”¹²⁰

Siguiendo la definición anterior y según lo preceptuado en el n° 2 del artículo 15 del Código Penal, podemos decir que “se consideran autores mediatos los sujetos que no realizan directa ni inmediatamente hechos descritos en el tipo, pero se valen o se

¹¹⁸ RODRÍGUEZ Collao, Luis, Ob. Cit., 167p.

¹¹⁹ Dicha afirmación puede ser discutida en tanto admitamos la autoría mediata en la sodomía, siendo “el sujeto de atrás” una mujer, quien coaccione la voluntad del autor para que acceda carnalmente a la víctima, por lo cual sería sancionable la mujer por vía de autoría mediata, pero nunca por autoría material (en RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 168p.)

¹²⁰ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 402p.

sirven de otro como para su realización. “Ejecutan” el tipo utilizando a otro como instrumento o lo realizan a través de otro¹²¹”

De este modo, para el artículo 365 tendríamos la hipótesis de que un sujeto utilice a otra persona como instrumento para la realización del delito; como si un sujeto utiliza a otro para acceder carnalmente a un menor. Luego;

“el instrumento actúa antijurídicamente y con dolo, pero su culpabilidad aparece excluida por la presencia de una causal de exculpación, sea ella la ausencia de capacidad para ser culpable (inimputabilidad: minoría de edad, enajenación mental) o la inexigibilidad de otra conducta (miedo insuperable o fuerza moral irresistible (artículo 10 n°9 Cp.), producida a través de la coacción del autor mediato, caso que según nuestra doctrina mayoritaria aparece recogida en el n° 2 del artículo 15”¹²².

Así, podemos decir que el sujeto utilizado como instrumento queda excluido de culpabilidad, según se den los supuestos de la inimputabilidad o inexigibilidad de otra conducta.

Según hemos dicho anteriormente, la conducta tipificada es el acceso carnal; es decir que un sujeto de sexo masculino penetre por vía anal a otro sujeto también de sexo masculino. Dicho lo anterior entonces, cabe analizar dos situaciones: ¿es posible la autoría mediata en la sodomía? A lo que podemos responder desde dos veredas de razonamiento; la primera señala que ello no es posible y la segunda, admite la autoría mediata. A propósito de lo anterior, la segunda situación a analizar, está determinada por la primera, a saber ¿es posible la autoría mediata de una mujer?.

A continuación se exponen los argumentos en uno y otro sentido:

1. 2. 1. ¿Es posible la autoría mediata en el artículo 365?.

En primer término, es “imaginable” dicha situación, en tanto un sujeto utilice a otro para los efectos de que éste, utilizado como instrumento, acceda carnalmente a otra persona. Sin embargo, desde una primera perspectiva, podemos decir que, para el delito del artículo 365 esto no es posible. Ello porque, el delito que comentamos, se caracteriza por ser un delito de “propia mano”, es decir; requiere de la ejecución

¹²¹ VARGAS Pinto, Tatiana. Ob. cit. 267p.

¹²² MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 409p.

material como ya dijimos antes y dicha ejecución material está dada por el acceso carnal, que como tal, no es “instrumentalizable” o ejecutable por otro, ya que se trata, por así decirlo, de un “acto personalísimo” que requiere condiciones físicas y psicológicas que hagan materialmente posible la penetración por vía anal.

Lo anterior queda corroborado, según la caracterización del delito, como un delito de “propia mano”, definición que se incluye a continuación a fin de aclarar la discusión:

Sodomía como delito de propia mano: Según los define Matus, Politoff y Ramírez: “se entiende por delitos de propia mano aquellos que requieren un acto corporal o al menos, personal que debe realizar el propio autor del delito, (p. ej. El delito de incesto del 375 C.P.)¹²³”. Esta característica en el delito del artículo 365, (igualable en este caso al tipo del incesto, en tanto comparten el carácter de “delito sexual”), implica la necesidad de un acto corporal (esto es, la penetración anal), que debe ser realizado por el propio autor del delito, mayor de 18 y del mismo sexo que la víctima. Dicho requisito de un acto corporal, se explica porque el contacto sexual no es transferible o realizable a través de otro, de ahí la expresión “de propia mano”, lo que viene a significar que el sujeto debe realizar la conducta por sí mismo.

En el mismo sentido y reafirmando lo dicho anteriormente, los delitos de propia mano:

“también implican una restricción de la esfera de sujetos idóneos los delitos de propia mano, que exigen contacto corporal (como se suele afirmar respecto a los delitos sexuales) o la realización personal del tipo (como en la bigamia). En ambos casos se cierra el paso a la posibilidad de comisión del delito utilizando a otro como instrumento (autoría mediata)¹²⁴”.

Por lo tanto, el tipo penal del artículo 365 no es realizable a través de otro y se excluye la posibilidad de que concurra la autoría mediata.

Luego, y como ya adelantamos, desde una segunda perspectiva, se admite como posible la autoría mediata en el artículo 365, para cuya explicación resulta muy relevante la opinión del autor Rodríguez Collao, quien señala que “la intervención de un autor mediato, no excluye, sino que, todo lo contrario, presupone, la actuación de otro sujeto que realiza materialmente la acción que el tipo demanda. Si este último es una

¹²³ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 188p.

¹²⁴ MIR Puig, Santiago. Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Barcelona. Ed. Reppertor, s.l., 1998, 207- 208p.

persona física y jurídicamente habilitada para realizar el acceso carnal, en verdad no se divisa cual podría ser el inconveniente para responsabilizar a aquel que ha dominado la voluntad del ejecutor material de la penetración¹²⁵". Esta afirmación se refiere a la idea de que el dominio de la acción esté en manos de un tercero que actúa como autor mediato y que dirige la voluntad del autor; admitida esa posibilidad entonces, habría autoría mediata en el artículo 365; sobre todo, considerando la posibilidad de que el autor sea no sólo dominado psicológicamente, sino que coaccionado físicamente a realizar la penetración sexual.

1. 2. 2. ¿Es posible que una mujer sea autor mediato?.

Si aceptamos como posible que exista autoría mediata en el delito del artículo 365, entonces no existe obstáculo para que sea "el sujeto de atrás" una mujer, quien coaccione la voluntad del autor para que acceda carnalmente a la víctima, por lo cual sería sancionable la mujer por vía de autoría mediata, pero nunca por autoría material."¹²⁶

Ello, porque lo exigido por el artículo 15 n°2 es que se fuerce o induzca a la realización de la conducta y según la segunda perspectiva que analizamos, no habría impedimento para que dicha fuerza o inducción la realice una mujer.

Las dos afirmaciones anteriores, en relación con la posibilidad de la autoría mediata en el artículo 365 y en relación con que el sujeto autor mediato sea una mujer, admiten controversia y la discusión no es pacífica, dado que, como dijimos antes, la doctrina nacional encuentra obstáculo a admitir esa posibilidad, considerando el carácter de "propia mano" que tiene el delito que nos convoca.

En esta memoria, se opta por la tesis de considerar al delito del artículo 365 como un delito de propia mano, en tanto la acción de acceder carnalmente es personalísima y no es posible "realizarla" mediante otro, dado el requerimiento físico que implica la conducta (introducir el pene en erección en el ano de otra persona); ante ello, la autoría mediata queda descartada y consecuentemente, sucede lo mismo con la autoría mediata de la mujer.

¹²⁵RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 168p.

¹²⁶Ibídem, 168p.

Por último, y a propósito de la sanción que conlleva la autoría, es importante anotar, que para efectos de determinación de la pena, no existen diferencias entre el autor material y el mediato; “luego, a efectos de aplicación de la ley, no hay diferencias en el nivel de responsabilidad del autor inmediato con el del autor mediato: ambos son autores, esto es, realizan el hecho punible, mediante una conducta directamente subsumible en el tipo penal¹²⁷”.

1.3. Coautoría:

La coautoría, se encuentra descrita en el artículo 15 n° 3, el cual señala que se consideran autores: “los que, concertados para su ejecución facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. La doctrina sostiene que “son coautores todos los sujetos que intervienen conjuntamente y concertados o con mutuo acuerdo en la realización de un hecho punible. Todos ejecutan el hecho típico y antijurídico. Todos comparten el dominio del hecho¹²⁸.” Esto es lo que la doctrina llama, cooperación necesaria.

Luego, “objetivamente, tomar parte en la ejecución de un hecho no significa realizar parte de un tipo penal (...) sino contribuir a la ejecución de un hecho de tal manera que ni el coautor ni el resto de los intervinientes puedan ejecutar por sí solos el delito¹²⁹”.

Las hipótesis de co-autoría, presuponen el acuerdo de voluntades en torno a participar en la ejecución (de propia mano) en un hecho común, de modo que todos son sancionados por el mismo delito y en las mismas condiciones. En este sentido la jurisprudencia ha fallado al señalar “aun cuando en la comisión de un delito participen diversos individuos, es condición esencial para condenarlos por el resultado producido, que exista convergencia en el elemento subjetivo, esto es, identidad en la voluntad de concretar el tipo delictivo¹³⁰”. Es decir, que la voluntad común esta dirigida a un mismo objetivo; el actuar doloso contenido en el tipo delictivo.

¹²⁷ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 403p.

¹²⁸ VARGAS Tatiana. Ob. cit., 272p.

¹²⁹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 417p.

¹³⁰ Corte Suprema, rol n° 3004-96, 17 de septiembre de 1996, F.M. n° 454, fallo n° 2, sección criminal, 1916p.

Al trasladar estas hipótesis al delito del 365, tenemos la posibilidad de que varios sujetos cooperen en la realización del hecho; como si un tercero sabe que entre A y C se producirá un encuentro sexual y presencia el hecho (el acceso carnal) sin tomar parte en el mismo, o bien, como si A y B acceden carnalmente a C; primero A y luego B, en todo momento consintiendo C. Y se les sanciona como autores, porque existe un acuerdo de voluntades en donde los roles se distribuyen, a fin de realizar un plan que les corresponde a todos los que intervienen, todos toman parte en la ejecución, (aunque no sea de forma material, como si sólo se presencia el hecho), pero se encuentran concertados, de modo que el delito los alcanza a todos del mismo modo, por ello debe acreditarse el concierto en forma clara y precisa.

A propósito de la posibilidad de la coautoría en el delito del artículo 365, existen ciertas precisiones en torno a la clasificación del delito que comentamos que vale la pena mencionar:

Artículo 365 como delito de encuentro: “En atención a la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo, se habla de delito de encuentro, caracterizado por la necesidad de que el sujeto pasivo colabore con el sujeto activo¹³¹”. En la sodomía del artículo 365, si la víctima se opone al acceso carnal concurriría una agresión sexual más grave, como la violación (grave en cuanto a la mayor penalidad asociada).

De ahí que con propiedad podemos decir que se trata de un delito de encuentro, en tanto el consentimiento de la víctima en la acción sexual es requisito clave y determinante de este delito; la voluntad de víctima y autor deben encontrarse en un mismo sentido y, más aun, el sujeto pasivo debe colaborar con el autor porque de otro modo, la conducta se realizaría por la fuerza, la intimidación o el engaño, lo que reconduce la acción a otra clase de delito, con una penalidad asociada superior.

Artículo 365 como delito de participación necesaria: Se trata también, como dijimos, de un delito de participación necesaria; “Se da participación necesaria cuando un tipo se

¹³¹ MIR Puig, Santiago. Ob. cit., 207 y 208p.

halla de tal forma concebido que para su realización resulta necesaria conceptualmente la intervención de más de una persona (...) ¹³².

En el caso del artículo 365, la definición antedicha es ilustrativa en tanto que para su realización, se requiere la participación cooperadora de la víctima; en todo evento la víctima debe consentir no siendo coaccionada ni engañada para que se produzca el contacto sexual.

Ambas precisiones conceptuales se hacen a propósito de que la intervención de la víctima en tanto partícipe necesario, no debe ser entendida como una forma de coautoría ni menos como una forma de inducción (aun cuando sea la víctima quien induzca al sujeto a realizar el acceso carnal). Esto es así, porque la víctima; esto es, el menor de 18 años de sexo masculino, es titular del bien jurídico protegido "indemnidad sexual" y por ello, no puede ser considerado autor, dado que en caso de serlo, llegaríamos al absurdo de sancionar penalmente al titular del bien jurídico que la norma ampara. La siguiente cita demuestra lo anterior: "existe acuerdo (también con la jurisprudencia) acerca de que el interviniente necesario siempre debe quedar impune en la medida en la que el precepto penal persiga precisamente su protección ¹³³", y en el mismo sentido: "si el sujeto pasivo constituye *siempre* el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar en todo caso *impune*" ¹³⁴. Y ello por las razones recién anotadas.

De lo anterior tenemos que el único sancionado por la conducta realizada según el 365 es el autor, esto es, el hombre mayor de 18 años que accede carnalmente a un menor. Este último considerando que como víctima y titular del bien jurídico cautelado por la norma queda, en todo caso, impune, aun cuando se precise de su consentimiento para realizar la conducta jurídico-penalmente sancionada.

2.Participes:

¹³² JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob.cit. 968-969p.

¹³³ *Ibíd*em, 970p.

¹³⁴ MIR Puig, Santiago. Ob. cit., 207-208p.

“Partícipes serían, en este caso, los terceros que colaboran en el hecho del autor, sin que a ellos mismos pueda atribuírsele su realización “de propia mano”¹³⁵. Así, mientras los autores de un delito realizan un hecho que es considerable como propio, los partícipes de ese delito, ocupan un rol secundario que puede tenerse como participación en un *hecho ajeno*.

Según los artículos 15, 16 y 17, podemos decir que; “nuestro código conoce tres formas de participación punible en un hecho ajeno: *inducción* (art. 15 n° 2), complicidad (art. 15 n° 3 y 16) y encubrimiento (art. n° 17)¹³⁶”

2.1.Inducción, complicidad y encubrimiento.

Según el artículo 15 n° 2, son inductores de un delito los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo, y la ley los considera como autores (y los castiga como tales, y no ya como meros partícipes), por consideraciones de política criminal.

Luego, en el caso del artículo 365 del Código Penal, ocurre la situación particular de que tratándose de un delito de encuentro y de participación necesaria, autor y víctima deben estar de acuerdo en la comisión del ilícito. Si aplicamos a la situación, el artículo 15 n° 2, debemos ponernos ante el supuesto de que estando de acuerdo la víctima en ser accedida carnalmente por un sujeto mayor de 18 años, éste último podría ser inducido a la realización del ilícito, mediante alguna forma de doblegamiento de su libertad de decidir, lo cual determine la voluntad del sujeto activo a realizar el acceso carnal al menor (que en todo caso debe consentir en la acción). Esta hipótesis es discutible, según ya señalamos antes, dado que no concurre la voluntad libre de ambos sujetos, en tanto uno es inducido a la realización, o más aun, forzado a la conducta penada. Ello, también considerando que el delito de sodomía es un delito de propia mano. Siendo así, si bien es discutible, como ya esbozamos antes, que el delito sea de propia mano, dado que; el que un sujeto sea inducido a realizar la conducta o forzado a la misma, supone un “sujeto de atrás”, que coacciona y que actúa como autor

¹³⁵ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 400p

¹³⁶ *Ibidem*, 421p.

mediato¹³⁷. Luego, dicha discusión ya fue desarrollada en la parte relativa a la autoría mediata.

Consecuencialmente, son cómplices, según el artículo 16, los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. “son quienes, sin ser inductores, participan en un hecho ajeno, por actos anteriores o simultáneos¹³⁸”. Según la jurisprudencia “complicidad es la ayuda, auxilio o cooperación, accesoria o secundaria que se presta a otro para la ejecución de un delito por actos anteriores o simultáneos a su ejecución”¹³⁹.

Así, en el caso de la sodomía podría operar la complicidad en tanto, por ejemplo, existan sujetos que a sabiendas de la relación homosexual entre dos personas, conciertan una cita o facilitan su morada para que se realicen encuentros sexuales entre los sujetos, quienes están de acuerdo en esa situación, o más aun, solicitan la ayuda de este cómplice; dándose el supuesto de “cooperar a la ejecución del hecho” por actor anteriores o simultáneos a su ejecución.

Y finalmente, son encubridores, según el artículo 17, los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en el como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución según alguna de las modalidades siguientes; conocidas bajo los nombres comunes de *aprovechamiento* (17 n°1), *favorecimiento real* (17 n°2), *favorecimiento personal ocasional* (17 n°3) y *favorecimiento personal habitual* (17 n° 4).

Luego, todas estas hipótesis de encubrimiento operarían en la comisión del artículo 365, en tanto que la conducta homosexual entre varones, una vez ejecutado el acceso carnal, sea oculta por terceros.

Por ejemplo, podría darse el caso del sujeto que sabe de la relación homosexual que se acaba de producir entre dos varones (uno mayor de 18 y el otro menor), y que a

¹³⁷ Sobre la discusión, ver RODRÍGUEZ, Collao, Luis, Ob. cit., 168p

¹³⁸ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ María Cecilia. Ob. cit., 430p.

¹³⁹ Corte Suprema, rol n° 31.030, 27 de octubre de 1995, F.M. n° 443, fallo n° 14, sección criminal, 1529p.

sabiendas de ello, procura su ocultamiento albergando al autor y a la víctima en su morada, buscando impedir que se descubra la realización de la conducta punible.

Vistos los supuestos de la autoría y la participación y las formas posibles en que esto ocurra, corresponde entonces pasar a desarrollar el análisis relativo al itercriminis en el capítulo siguiente.

CAPITULO V.

ITERCRIMINIS.

1. Conceptualización:

“Cuando la ley describe los delitos, normalmente lo hace en la hipótesis en que el sujeto activo o agente, realiza completamente sus actividades y se produce el resultado típico si es que forma parte de la descripción¹⁴⁰”

Esta cita nos resulta muy útil para iniciar el capítulo relativo al itercriminis; ello, porque al detenernos en el artículo 365 del Código Penal, vemos que se describe una conducta típica en que el sujeto activo realiza completamente su actividad (el acceso carnal), sin contemplarse etapas alternativas o incompletas de desarrollo; es decir, el delito se describe desde la perspectiva de un desarrollo consumado.

Sin embargo, del estudio de nuestro Código Punitivo tenemos que los delitos admiten distintas etapas de comisión o desarrollo, dado que si entendemos la conducta prohibida como una acción, preliminarmente sabemos que las acciones tienen diferentes grados de desarrollo según factores externos e internos que condicionan y determinan la actividad humana. Así, las normas que nos demarcan las etapas en que puede desarrollarse un delito y ser sancionado por la vía penal, son el artículo 7, 8 y 9 del Código Penal.

El artículo 7 señala que es punible, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa. Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad, hay tentativa, cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

Es así entonces, que a partir de esta disposición, se distingue el delito consumado, frustrado y tentado, y sobre ello podemos decir que “el conjunto de acontecimientos

¹⁴⁰ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 367p.

desde que se verifica la primera acción ejecutiva y la consumación o el posterior agotamiento del delito, es lo que se conoce como itercriminis¹⁴¹(...)”

Corresponde ahora entonces, definir cada una de estas etapas e identificarlas con el delito que nos convoca, desarrollando el itercriminis en el artículo 365 del Código Penal.

1.1.Delito en grado de consumado:

Decimos que:

“Un delito está consumado únicamente cuando el autor realizó con su actividad todas las exigencias del tipo delictivo, esto es, cuando el bien jurídico objeto de la tutela penal ha sido ya suficientemente afectado, con arreglo al alcance del respectivo tipo legal, por una lesión o puesta el peligro, aunque el agente no haya obtenido los eventuales propósitos ulteriores que perseguía con la perpetración del delito (agotamiento del delito)¹⁴²”.

Así, en el caso del artículo 365, cabe concluir que el delito se encuentra consumado, cuando el acceso carnal se realiza de modo completo, sin interrupción alguna en su curso causal, produciéndose efectivamente la penetración anal del sujeto activo al sujeto menor de 18 años. Así lo afirma Rodríguez Collao, quien señala que “el acceso carnal se consume cuando existe la penetración del miembro masculino, sin que sea necesaria una introducción completa del pene, ni la efectiva satisfacción del apetito sexual por parte del hechor¹⁴³”.

Esta etapa de desarrollo del delito es la que podemos verificar en un primer análisis del artículo 365, dado que como dijimos anteriormente, los delitos en el Código Penal, generalmente se encuentran descritos en grado de consumado. En este caso, al autor se le sanciona con una pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio, esto es; de 61 días a 3 años, sin considerar circunstancias agravantes o atenuantes que, en efecto, puedan concurrir.

En los grados de desarrollo siguientes, la pena asignada al delito debe determinarse según los artículos 51 y siguientes del Código Penal, según si se trata de un autor,

¹⁴¹ Ibidem., 367p.

¹⁴² Ibidem., 368p.

¹⁴³ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 162-163p.

cómplice o encubridor y según si el delito esta en grado de frustrado o tentado, rebajándose la pena en uno o dos grados, según el caso.

1.2. Delito en grado de tentativa:

“Se habla de tentativa en general o conato, cuando el autor que da principio de ejecución al delito, aunque se lo proponga, no logra consumarlo, bien porque no se produce el resultado punible, o bien porque, cuando la ley no exige un resultado material, como sucede en los llamados *delitos formales* o de *mera actividad* y en los *delitos de peligro*, la conducta punible es *fraccionable material e intelectualmente*, y habiéndose dado comienzo a la actividad, ésta no ha alcanzado el pleno desarrollo que la hace punible¹⁴⁴”.

A este respecto podemos señalar que el delito del artículo 365 admite desarrollo en etapa de tentativa, en tanto el sujeto activo principie la ejecución de alguna conducta tendiente al acceso carnal de un menor de 18 años, pero no se produce finalmente la puesta en peligro (en tanto se requiere la mera actividad solamente), por diferentes motivos, como si falta algún elemento o hecho para su consumación¹⁴⁵. Así, por ejemplo, se estima que es tentativa “incluso el llamado *coito vestibular*, es decir, el simple contacto del pene con las zonas externas de la cavidad a través de la cual se haya pretendido acceder carnalmente a la víctima¹⁴⁶”. A este respecto, son clarificadores los comentarios de Luis Rodríguez Collao, en relación con la tentativa en el delito de violación, asimilable al artículo 365, dado que es común a ambos el requisito del acceso carnal. Así, constituye tentativa “la imposibilidad física de realizar la cópula, como la desproporción de los órganos genitales, falta de erección sobreviniente, fimosis y eyaculación¹⁴⁷”. La determinación del momento en que podemos entender el delito como tentado o no, corresponde a una análisis en sede de tipicidad, porque según dijimos, el que una conducta sea congruente con la descripción del tipo penal determina la tipicidad de la misma.

A mayor abundamiento, cabe decir que siendo esencial para comprender el desarrollo del itercriminis el que la conducta sea fraccionable, la conducta exigida por el delito en análisis admite dicha división, “de manera que nada obsta a que un individuo ejecute

¹⁴⁴ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 369p.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit. 164p.

¹⁴⁶ *Ibidem*, 165p.

¹⁴⁷ *Ibidem*, 164p-165p

sólo una parte de los actos concretos que el tipo demanda, caso en el cual se darían cabalmente las condiciones que el inciso tercero del artículo 7 exige para la existencia de la tentativa¹⁴⁸”

1. 2. 1. Delito putativo y tentativa inidónea.

En este mismo sentido existe un caso en que la tentativa no es punible en tanto que el autor crea cometer como delito, una acción que no es tal; como ocurre en el caso del delito putativo; “hay delito putativo, cuando el autor cree punible una acción que no está prevista en la ley como delito (p.ej. una mujer practica actos de lesbianismo, creyéndolos punibles)”¹⁴⁹. Y ello es “fácil” que pueda suceder en el delito que comentamos, porque como desarrollamos en el capítulo relativo a tipicidad, tanto sujeto activo como pasivo deben ser hombres, lo que no siempre es pacífico, en tanto que la exigencia de que los sujetos sean del mismo sexo induce a pensar que las mujeres también pueden incurrir en este delito ya que la propia ley habla de “personas del mismo sexo”, no refiriéndose al sexo masculino en particular. Siendo así, en principio, una mujer que realiza actos lésbicos puede llegar a pensar que comete un delito, aun cuando ello no es así como ya quedó demostrado, dado que el delito del artículo 365 es un delito especial que sólo puede ser cometido por hombres. De este modo, estamos más bien en presencia de un delito putativo, que se analiza en sede de tentativa dado que “su tratamiento es similar al de la tentativa inidónea o delito imposible, por cuanto en ningún caso el autor que cree cometer un delito inexistente pone en riesgo algún bien jurídico protegido”¹⁵⁰. Luego, en el lesbianismo no habría (eventualmente) riesgo para la indemnidad sexual del menor, lo que aun siendo discutible, determina que no haya sanción para estos actos y se les considere como tentativa inidónea.

Cabe también analizar el caso de que el autor del delito tenga relaciones sexuales con una persona que cree menor de 18 años, pero que en realidad es mayor de 18 años, según ya lo vimos en el apartado sobre error de tipo, pero a la inversa, dado que en el error de tipo analizamos el supuesto de que el autor cree que la víctima es mayor de

¹⁴⁸ *Ibidem*, 164p.

¹⁴⁹ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. *Ob. cit.*, 378p.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 378p.

edad, no menor. El sujeto, en la creencia de que se encuentra realizando la cópula sexual con un menor de 18 años (que cree que es menor), a sabiendas de que dicha conducta constituye un delito, en realidad no se encuentra realizando delito alguno, debido a que la relación homosexual entre mayores de 18 años no se encuentra contenida en el tipo. Luego, su falsa creencia respecto de la edad, no es causal de sanción penal; es decir “el creerse” estar cometiendo un delito, no implica cometerlo en la realidad.

A propósito de lo anterior, es preciso hacer referencia a la tentativa inidónea, la cual no lleva aparejada sanción, tal como el caso del delito putativo; “hay tentativa absolutamente inidónea, cuando (...) se concluye que respecto al hecho concreto de que se trata, falta o es inexistente el objeto de la acción, el medio empleado es absolutamente ineficaz para conseguir el final que se le destina, o falta en el sujeto activo una característica personal establecida en la ley¹⁵¹”. Así, si el sujeto pasivo, en realidad tiene más de 18 años, falta en el la característica personal exigida en la ley (la minoría de edad), de manera tal que la conducta no es punible, al constituir tentativa inidónea. Así, según lo señala la cita anterior hay tentativa inidónea también, por ejemplo en caso de impedimento físico para la realización de la cópula “como la desproporción entre los órganos genitales del autor y de la víctima e *impotenciaeundi*”¹⁵².

Luego, estos casos, de tentativa inidónea y delito imposible no llevan aparejada sanción penal, dado que no ponen en riesgo bien jurídico alguno; en tanto el tipo penal no puede realizarse, o bien si la conducta se realiza, esta no se encuentra en los supuestos del tipo penal.

Por último, en este punto, cabe hacer mención breve al caso del desistimiento. Según se señala en la obra de Matus, Politoff y Ramírez, el desistimiento constituye una “excusa legal absoluta”¹⁵³, lo que implica que si el autor de la sodomía se arrepiente (por voluntad propia) en el acto de seguir el curso de la acción que inicialmente se proponía, su conducta desistida no conlleva pena alguna; así, “el desistimiento en la

¹⁵¹ *Ibidem*, 378p.

¹⁵² RODRÍGUEZ Collao, Luis. *Ob. cit.*, 165p.

¹⁵³ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. *Ob. cit.*, 380p.

tentativa requiere que el agente no siga actuando cuando podía hacerlo¹⁵⁴. Como si el autor pretendía acceder carnalmente a un menor, y estando este de acuerdo, se desiste de la conducta sin dar paso alguno en el itercriminis.

1.3. Delito en grado de frustrado.

Un delito, según el artículo 7 del Código Penal, se encuentra frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consuma y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Luego, para que exista delito frustrado el agente debe haber realizado todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito.

Dicho lo anterior, tenemos que imaginarnos la hipótesis en que el autor realice todos los actos conducentes para que el delito del artículo 365 se consuma y por causas ajenas a su voluntad, esta no se verifica. Sin embargo, si el acceso carnal (que es el verbo rector del delito) no se consuma, podemos decir que el delito del 365 no admite etapa de frustración, porque el acceso carnal es lo determinante para que exista el delito; faltando el mismo, no hay delito o sólo hay tentativa. Y ello es así, porque se trata de un delito de mera actividad y no un delito de resultado.

Lo anterior quiere decir que en el artículo 365 lo que se persigue no es un resultado puntual con el acceso carnal (como en el homicidio, en que la exigencia de resultado radica en “matar a otro”, esto es, se requiere el resultado dañoso de dar muerte a otro), sino que por el sólo hecho de proceder a la actividad de la penetración se tiene por configurado el delito, al poner en peligro el bien jurídico protegido. La doctrina nacional se refiere a esto, a propósito de la violación, lo que es reconducible a la sodomía, dado que el verbo rector es el mismo;

“por ser un delito de mera actividad, la violación es incompatible con la figura del delito frustrado (...). En los delitos de mera actividad, que por propia definición no demandan un resultado, la ejecución de todos los actos que la ley pone de cargo del sujeto activo implica ya consumación, lo cual obsta a la posibilidad de aplicar respecto de ellos la figura del delito frustrado”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ *Ibidem*, 380p.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit. 163p.

Asimismo, se sostiene que “la frustración solo es concebible en los delitos materiales y en todos aquellos que exijan un resultado, entendido como un evento separado de los actos de ejecución, que pueda o no verificarse después de que el agente ha puesto todo lo necesario de su parte para que el delito se consuma¹⁵⁶”.

Con estas últimas citas doctrinarias queda de manifiesto que, en el delito que analizamos, por tratarse de un delito de mera actividad, no cabe la etapa de frustración que sólo se da en los delitos materiales y de resultado.

CAPÍTULO VI.

CONCURSO DE DELITOS.

¹⁵⁶ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 383p.

1. Definiciones generales:

Según dijimos en los capítulos relativos al itercriminis y a la autoría, el legislador establece los tipos penales en situaciones “ideales”; por ejemplo, establece sanciones penales a los delitos en grado de consumado, o bien, siendo cometidos por un autor material. En el análisis posterior, sabemos que los delitos admiten distintos grados de comisión (tentativa y delito frustrado) y al mismo tiempo, admiten distintas formas de participación (cómplice y encubridor).

Algo parecido sucede en relación al concurso de delitos, dado que los tipos penales describen generalmente la realización por una misma persona de un sólo hecho que constituye un sólo delito. Sin embargo, en el análisis práctico y concreto sabemos que un mismo hecho puede contener varias acciones que implican una secuencia de delitos o que un hecho es el medio para obtener otro, configurándose un delito distinto.

En este capítulo corresponde analizar el caso en que conjuntamente con el delito del acceso carnal homosexual con un menor, concurren otros delitos simultáneamente; esto es lo que en doctrina se llama “concurso de delitos”.

El concurso o pluralidad de delitos puede ocurrir porque “en un mismo proceso, se puede imputar a una persona la realización del supuesto de hecho de varios tipos penales o varias veces el de uno mismo¹⁵⁷”. Es decir; una misma persona comete varios delitos distintos al mismo tiempo, o bien, comete un mismo delito varias veces consecutivas o reiteradas en el tiempo.

Consecuencialmente, debemos señalar que esta situación se regula de acuerdo a los artículos 74 y 75 del Código Penal, los cuales se refieren a la forma en que la pena se determina y se cumple por el sentenciado. Así, según la primera de estas disposiciones, sabemos que al culpable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones. Esto es lo que se denomina “acumulación material de penas”. Asimismo, el artículo 75 se refiere al caso en que un sólo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro; en este caso no se produce la acumulación material de penas,

¹⁵⁷ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 445p.

sino que al autor se le impondrá la pena mayor asignada al delito más grave, (constituyéndose por tanto una excepción al principio de la acumulación material).

Dicho lo anterior, corresponde ahora detenernos brevemente en los concursos en particular, dado que tienen diferentes clasificaciones y características.

1.1. Concurso real:

“El llamado concurso real corresponde a la regla general de nuestro sistema concursal, esto es, la acumulación material, dispuesta por el artículo 74, bajo el supuesto de aplicar al culpable de varios delitos, *conjuntamente*, todas las penas correspondientes a cada delito cometido y juzgado en el mismo proceso”¹⁵⁸. Es decir, en este caso, existen varios hechos distintos y objeto de sanciones penales por separado, dado que son distinguibles entre ellos, como delitos diferentes.

1.2. Concurso ideal o formal:

Está dado por la regla del artículo 75 del Código Penal, es decir, que cuando un sólo hecho constituya dos o más delitos, se produce la imposición de la pena mayor del delito más grave aumentado en uno o dos grados.

1.3. Concurso medial:

Este concurso está dado por “una especie de concurso real a la que el artículo 75 le otorga el mismo tratamiento excepcional que al concurso ideal, en el supuesto de que un delito sea medio necesario para la comisión de otro”¹⁵⁹.

2. Aplicaciones prácticas:

Hechas las clasificaciones anteriores, corresponde ahora analizar si es que en el delito que nos ocupa pueden darse las hipótesis de concurso anteriormente referidas.

En primer término y en relación al concurso real, tenemos el caso en que ocurriendo la materialización de la conducta sancionada en el artículo 365, ocurre al mismo tiempo otro delito; y este caso es posible si la acción se ejecuta públicamente o de manera tal

¹⁵⁸ *Ibíd*em, 447p.

¹⁵⁹ *Ibíd*em, 448p.

que ofenda al pudor o las buenas costumbres. Dicha situación la encontramos en el artículo 373 del Código Penal, que sanciona el ultraje público a las buenas costumbres; luego, si los sujetos del artículo 365 “cometieren acciones de mayor gravedad u ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de gran escándalo o trascendencia, incurrirían en el delito de ultraje público a las buenas costumbres con una sanción desde 61 días a 3 años de reclusión menor¹⁶⁰”.

En el mismo sentido, podemos sostener que habría concurso real en el caso de que se cometiere el delito ofendiendo el pudor públicamente pero no ya con gran escándalo como en el presupuesto del artículo 373. En este caso, estaríamos frente a una ofensa al pudor, sancionable según el art. 495 n° 5, como una falta, (el que públicamente ofendiere el pudor con dichos o acciones deshonestas), con una multa de una unidad tributaria mensual.

Una hipótesis de concurso ideal, se encuentra dada en el caso de que dos hermanos de sexo masculino, tengan una relación homosexual consentida, en donde el mayor de 18 años, acceda carnalmente al menor de 18. Estamos ante el evento de que se lesionan dos bienes jurídicos al mismo tiempo; la indemnidad sexual del menor y el orden de las familias, concurriendo dos delitos en juego: el delito del artículo 365 y el incesto del artículo 375. Según la doctrina:

“Puede suceder también que un acto delictivo único, al lesionar un bien jurídico, al mismo tiempo e ineludiblemente afecte a otro de distinta naturaleza (la violación de la hermana, afecta a la libertad sexual y a la familia). Aquí existe una sola actividad material, que encuadra coetáneamente en distintos tipos penales (violación e incesto) situación que constituye un concurso ideal¹⁶¹”.

Para este caso, en que un sólo hecho constituye dos o más delitos, o cuando uno de ellos es el medio necesario para cometer el otro: el acceso carnal es el medio necesario para cometer el incesto. Aquí, el artículo 75 prescribe que sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. En concreto, el Código Penal, sostiene las mismas penas para ambos delitos; reclusión menor en sus grados mínimo a medio, de manera que al considerar el hecho como un sólo delito, se impone esta única pena.

¹⁶⁰ Tobar Sala, Juan Carlos, Ob. cit., 65p.

¹⁶¹ Garrido Montt, (2003), Ob. cit., 338p.

Por otra parte, corresponde analizar los presupuestos de la violación sodomítica. En principio, y según vimos en el capítulo relativo a la historia de la ley, hasta antes de la dictación de la Ley n° 19.617, el artículo 365, castigaba el hecho de sodomizar a una persona por la fuerza, o la intimidación.

Dicha disposición era denominada por la doctrina como “violación sodomítica”¹⁶². De esa manera se sancionaba al culpable de sodomizar a otra persona de su mismo sexo, por medio de la fuerza o la intimidación (concurrentes en la violación del 361; de ahí el concepto de violación sodomítica).

Luego, con la reforma impuesta por la referida Ley, se suprimió dicha disposición (contenida en los incisos segundo y tercero del antiguo artículo 365) y la violación sodomítica se entiende parte integrante del artículo 361 relativo a la violación, y del artículo 363 que comprende el estupro, el cual sanciona la posibilidad de que el acceso carnal se obtenga por engaño o aprovechándose el autor de la condición particular de desprotección de la víctima. Y ello ocurre así, porque ambas disposiciones, 361 y 363, fueron reformadas con el propósito de hacer sujeto pasivo al hombre también, dado que antes de la dictación de la Ley n° 19.617 eran comprensivas sólo de una víctima mujer y además, el acceso carnal era circunscrito a la vía vaginal. Luego, con la Ley n° 19.617 se entiende ahora, que acceso carnal es por vía anal, vaginal y bucal, de modo que el texto legal se hace comprensivo también de víctimas varones, siendo inútil ya la disposición del artículo 365 inciso segundo y tercero.

Con todo, aun cuando dicha disposición no esté ya vigente, corresponde analizarla desde la perspectiva del concurso, dado que se trataría de un concurso ideal, en donde una misma conducta era comprensiva de dos delitos; esto es, la sodomía por un lado y la violación en otro, siendo un sólo hecho (el acceso carnal con violencia o intimidación o engaño de un hombre hacia otro hombre), el que configura dos delitos diferentes, resumibles en uno sólo; el más grave, sancionado en los incisos segundo y tercero del artículo 365.

¹⁶² Dicho concepto es acuñado en la doctrina nacional por Don Alfredo Etcheberry, en su libro, Derecho Penal Parte Especial , Tomo IV, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, 71p.

Con todo, dicha disposición ya no existe por sí sola y en el caso de que un menor sea “sodomizado” por las modalidades de la violación, el autor será sancionado por el artículo 361 y no por el artículo 365 del Código Penal.

Por otro lado, en esta parte cabe analizar dos hipótesis, relevantes a efecto del concurso de delitos

3. Análisis de casos particulares: la unidad natural de acción, el delito continuado y el delito reiterado:

El caso de una noche en que se produzcan varias relaciones sexuales entre una pareja homosexual.

En esta parte, corresponde analizar cuantos delitos existen en el supuesto de que en una misma noche se produzcan varias relaciones homosexuales entre un hombre mayor de 18 años y un menor de 18 años, también de sexo masculino. La discusión radica en torno a determinar el número de delitos que existen y la eventual pena que se aplica.

Para dar respuesta a esta pregunta, corresponde analizar primero, lo que en doctrina se denomina unidad natural de acciones, la unidad jurídica de acciones y la hipótesis de delito continuado.

En cuanto a la unidad natural de acción; “se entiende que hay unidad natural cuando la conducta esta constituida objetivamente, en la materialidad, por varias actividades que valoradas desde el propósito o finalidad del autor, conforman una sola acción, (dar varias puñaladas a la victima para provocarle la muerte (...))¹⁶³”.

Luego, hay unidad jurídica cuando “una serie de actos son valorados como una unidad por el respectivo tipo penal¹⁶⁴”, en este caso nos encontramos en presencia de los denominados delitos complejos como el robo con violación o el robo con homicidio, que constituyen dos delitos separados, pero que la legislación penal considera como un

¹⁶³ Garrido Montt, Mario (2003). Ob. cit., 337p.

¹⁶⁴ *Ibidem*, 337p.

sólo tipo penal (y de ahí deriva la denominación de delitos complejos), sancionándolos con una sola pena.

Dicho lo anterior, corresponde analizar si una noche de relaciones sexuales intensas es o no una unidad natural o jurídica y por ende, considerable como un sólo delito.

En primer término, cabe descartar el camino de la unidad jurídica de acción, dado que como dijimos, ésta se estructura en base a los delitos complejos, cuyo caso no es el del artículo 365, que se trata más bien de un delito simple, constituido por una sola acción (el acceso carnal).

Nos queda por lo tanto, la hipótesis de la unidad natural de acción. Aquí es relevante tener en consideración, el bien jurídico protegido y el titular de dicho bien, y la finalidad perseguida por el autor, dado que, “la naturaleza de la actividad determinada por la finalidad que la impulsa puede explicar si hay unidad o pluralidad de acciones (...)”¹⁶⁵.
Luego,

“la realización repetida e inmediata de la actividad descrita por un tipo penal, cuando se golpea con un bastón varias veces a un tercero, aunque cada golpe individualmente considerado conforma el tipo del delito de lesiones, atendiendo el objetivo que impulsa al autor- a atentar contra la integridad física de la víctima- y la forma escogida de ejecución de ese objetivo, hace que los actos parciales pierdan relevancia típica individual y pasen a constituir en conjunto un hecho único”¹⁶⁶.

Podemos decir así, en principio, que existiendo una misma “víctima” y un mismo autor, constituyendo el acceso carnal una conducta repetida en un lapso inmediato de tiempo, siendo violentado un mismo bien jurídico y persiguiendo un mismo propósito el autor del delito, entonces estamos en presencia de una unidad natural de acción, considerada como un sólo delito, para efectos de determinación de la pena.

Lo relevante aquí, para ponderar el delito como una unidad natural de acción, es el factor tiempo. El delito ocurre en una sola noche, y el acceso carnal se produce uno tras otro en esa misma noche. Y esto lo decimos a propósito de la hipótesis de delito continuado que corresponde descartar aquí, por las razones que a continuación exponemos.

¹⁶⁵ *Ibidem*, 338p.

¹⁶⁶ *Ibidem*, 338p.

El delito continuado es una figura que no se encuentra expresamente reconocida en nuestra legislación, (como sí esta reconocida en el artículo 69 bis del Código Penal Español), pero que sí tiene reconocimiento doctrinario y jurisprudencial: “en Chile, esta tradición ha sido también recogida por nuestra jurisprudencia, que exige para su apreciación lo siguiente: a) unidad de autor, b) identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones (“un solo derecho violado”); c) que esas realizaciones tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo, y d) unidad de propósito del agente¹⁶⁷”.

Corresponde decir entonces que no estamos en presencia de la hipótesis de delito continuado, dado que el factor tiempo, como dijimos antes es determinante. El delito continuado exige, que la conducta se desarrolle en un lapso prolongado de tiempo y no ya en una sola noche, como en el supuesto que comentamos, de manera que corroboramos la tesis de que se trata de una unidad natural de acción, que requiere una unidad temporal inmediata y no ya una unidad temporal extendida en el tiempo, como en la figura de delito continuado. Ello sin perjuicio, de que en ambas hipótesis (unidad natural de acción y delito continuado), se considere al acto delictivo como un sólo delito, sancionable con una sola pena.

El caso de una pareja homosexual establecida en un largo transcurso de tiempo.

Este caso, se analiza a la luz de las figuras del delito continuado y del delito reiterado, y su clasificación, en una u otra categoría, adquiere importancia en relación con la determinación de la pena.

Según ya adelantamos antes, el delito continuado no es una figura reconocida en nuestro Código Penal, ni en ningún otro cuerpo legal chileno, sin embargo, cuenta con un amplio reconocimiento dentro de la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Una definición doctrinaria, señala que:

“su presupuesto es la reiteración de varios hechos que considerados separadamente, podrían estimarse constitutivos de varias realizaciones típicas del mismo delito, pero que por algún criterio externo se consideran como unidad. Entre estos criterios se pueden mencionar: la unidad del bien jurídico afectado, la igual naturaleza del objeto material, la unidad temporal, la unidad de propósito, la

¹⁶⁷MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., 453p.

consideración social del conjunto de los hechos, criterios de economía procesal derivados de la imposibilidad material de pesquisar el detalle de cada uno de los actos que componen el conjunto, e incluso la manifiesta iniquidad derivada de aplicar las reglas concursales comunes¹⁶⁸.

Así, mismo, la jurisprudencia ha dicho que la figura del delito continuado consiste en “una pluralidad de acciones realizadas por, un sujeto único, cada una de las cuales considerada independientemente, cumple con las condiciones necesarias para tipificar un delito, pero que en conjunto constituyen uno solo, porque se encuentran ideológicamente conectadas”¹⁶⁹.

Estas primeras nociones, doctrinaria y jurisprudencial, nos llevan a concluir, que en principio, una pareja homosexual establecida, que por ende, practica varias relaciones sexuales en el transcurso de su vida en pareja, comete un delito continuado, al cumplirse los requisitos que la doctrina sostiene; a saber, se transgrede un mismo bien jurídico (la indemnidad sexual, la libertad sexual, la moral sexual o la honestidad sexual, dependiendo de la perspectiva desde donde se mire), la consideración social del conjunto de los hechos, en tanto se trata de una pareja homosexual, que realiza la conducta sancionada en un prolongado lapso de tiempo, entre los mismos sujetos, con la misma finalidad, lo cual lleva a considerar la actividad como un conjunto, al encontrarse conectada ideológicamente (la relación de pareja sostenida en el tiempo). Por otra parte, no se puede pesquisar en detalle cada uno de los actos por separado, dadas las circunstancias materiales de la conducta y resulta, en principio muy inequitativo aplicar las reglas concursales comunes y proceder a considerar el delito según el artículo 74 del Código Penal (o según el artículo 351 del Código Procesal Penal, que nos llevaría a aumentar en un grado la pena aplicable al delito al considerarlo como uno solo), dado que la sanción final sería muy elevada.

Por último, el delito puede considerarse como uno solo, en tanto las acciones están ideológicamente interconectadas, dado que existe una relación sentimental que se sostiene en el tiempo y que sirve de hilo conductor o nexo entre una y otra actividad de acceso carnal, lo que permite considerar toda la actividad sexual como un solo delito.

¹⁶⁸ *Ibidem*, 453p.

¹⁶⁹ C. Suprema, rol 3065-2010. 9 de marzo de 2011, Legal publishing on-line n° 48647. Disponible en www.legalpublishing.cl.

Todo lo anteriormente referido, es sin perjuicio de que existen detractores de la figura del delito continuado, como Novoa, quien a partir de una interpretación restrictiva del artículo 1° del Código Penal, sostiene que:

“el primer precepto del Cp.chileno empieza por expresar que “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” (artículo 1° incisos primero. De modo que el principio básico de nuestro legislador es: una acción (u omisión) es igual a un delito. (...) en consecuencia, para la ley chilena el que realiza varias acciones distintas que están legalmente tipificadas, comete varios delitos a no ser que el propio tipo de a entender claramente que la pluralidad de acciones integra una sola infracción penal¹⁷⁰”.

Con todo, aun cuando la doctrina y jurisprudencia mayoritarias indican la admisibilidad del delito continuado, la discusión no es pacífica, dado que la hipótesis de delito continuado no resultaría aplicable a todos los delitos, en atención al bien jurídico protegido, en relación con los delitos sexuales. Y esto se conecta con la idea en torno a si es posible la violación fraccionada de una norma de deber, es decir, que el tipo penal y el bien jurídico admitan una comisión fraccionada, para efectos de su consumación. En Chile, esta discusión se replica y se sostienen las siguientes tesis:

El jurista nacional, Enrique Cury, sostiene replicando a Novoa (a quien a citamos antes y que niega la existencia de la figura del delito continuado en el Código Penal Chileno), que el delito continuado procede en forma restringida siguiendo criterios de vinculación de continuidad, así señala:

“creo que una exclusión total del delito continuado es imposible y tampoco satisface la pretensión de justicia. Así, la búsqueda de una fórmula satisfactoria para la determinación del vínculo de continuidad no debe ser abandonada (...) la violación de la norma es única cuando, conforme a la representación del autor, no era posible consumarla sino en forma fraccionada (...), el precepto legal que resuelve sobre su punibilidad se encuentra en el inciso segundo del artículo 75 de Cp. En efecto, el fraccionamiento necesario, sitúa las acciones continuadas en relación de “medio a fin” y, así, ellas satisfacen todas las características de la situación descrita por esta norma¹⁷¹”.

Luego, existe una corriente doctrinaria de admisión relativa del delito continuado en relación a aquellos delitos en que el bien jurídico protegido dice relación con la libertad o indemnidad sexual, así existe un criterio limitador de afección directa a un bien

¹⁷⁰ NOVOA Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, 3ª edición. Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2010. 242p. Tomo II.

¹⁷¹ CURY Urzúa, Enrique. Ob. cit., 268-271p.

eminentemente personal. Al decir de Bustos, “el criterio básico para determinar si se está frente a un bien eminentemente personal será siempre si hay una afección directa al mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro. Si a partir de ese criterio se llega a la conclusión de que es un bien personalísimo, no podrá aplicarse la continuidad delictiva¹⁷²”.

Así, este último autor admite la posibilidad de dar aplicación al delito continuado, pero la restringe para aquellos delitos que protegen “bienes jurídicos personalísimos”, señalando que un bien personalísimo es aquel que al ser afectado limita el mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro. Luego, la indemnidad sexual protegida en el artículo 365 del Código Penal, puede ser entendida como un bien personalísimo, en la medida que su afectación impacta en el desarrollo de la personalidad del menor (por lo mismo es que se le protege, para mantenerlo indemne y no afectar su desarrollo psicosocial, en relación con su propia personalidad). Por ello, tratándose el delito del artículo 365, de aquellos que protegen un bien personalísimo, en el caso de una relación homosexual sostenida en el tiempo, no podríamos aplicar la figura del delito continuado.

Por otra parte, existen aun autores que sí admiten la aplicación del delito continuado a aquellos tipos penales que protegen bienes jurídicos relacionados con la sexualidad. Así, Mario Garrido Montt si bien parte del mismo criterio, explicita la posibilidad de incluir dentro de los supuestos del delito continuado los atentados contra la libertad sexual, donde podría tener cabida también el caso que analizamos en esta parte:

“se presenta cierta ambigüedad, quizás para determinar cuando proceda calificar un bien jurídico como personal; ello será materia de análisis en la situación concreta, considerando la naturaleza del mismo y, sobre todo, que afecte a la persona en cuanto a su calidad de humano (...). Se acepta, sin embargo, que puede existir continuidad en atentados en contra de bienes personales, cuando su titular es un mismo sujeto pasivo, lo que podría tener particular importancia en delitos de índole sexual en contra de una misma víctima”¹⁷³.

Por otra parte, Etcheberry parece aceptar también la aplicación del delito continuado en las hipótesis de atentados contra bienes jurídicos personalísimos:

¹⁷²BUSTOS Ramírez, Juan. Ob. cit., 716p.

¹⁷³GARRIDO Montt, Mario (2003). Ob. cit., 341p.

“En cuanto a la unidad del sujeto pasivo, la creemos indispensable en los delitos contra las personas y, no necesaria en los delitos contra la propiedad. En los demás delitos (contra el honor, contra la libertad, contra la honestidad), generalmente, (aunque no siempre y necesariamente por regla absoluta), la diversidad de sujetos pasivos impedirá la existencia de un delito continuado (...), las sentencias se refieren en su gran mayoría a delitos contra la propiedad, cometidos sin violencia (hurto, malversación, apropiación indebida), pero también se encuentran casos que sancionan en esta forma tratándose de delitos de sodomía y de abusos deshonestos, dada la imposibilidad de acreditar el número y circunstancias de cada acto cometido, aunque consta que se prolongaron durante cierto lapso de tiempo, esto es, hubo más de uno¹⁷⁴”.

Por último, existe en la doctrina nacional, la admisión expresa del delito continuado para toda clase de atentados contra la libertad sexual. Así, Rodríguez Collao sostiene que:

“no vemos inconveniente para admitir la aplicabilidad de esa figura respecto de la generalidad de los delitos sexuales; si bien reconocemos que las situaciones en que ello puede ocurrir son francamente excepcionales. Tal vez, la única situación imaginable sea la del sujeto que atenta en varias oportunidades en contra de una misma persona (sea a título de violación, estupro o abuso sexual), aprovechando durante toda la secuencia delictual la persistencia de una misma situación de desvalimiento de la víctima¹⁷⁵”.

Revisados todos los puntos de vista de la doctrina nacional, en relación con la posibilidad de admisión del delito continuado y en particular, en los delitos de carácter sexual, en esta memoria se opta por la admisión de la figura en el delito del artículo 365, en la hipótesis de que exista una pareja homosexual establecida en el tiempo. No se trata ya de discutir lo fraccionable o no del bien jurídico, lo cual ya admitimos como posible, en tanto opera la tentativa (no así la frustración); sino de la persistencia de las condiciones en las que se ejecuta el delito; se trata de una misma “víctima” y un mismo autor, con una relación de pareja sostenida en determinado período de tiempo, de carácter prolongado. Que el bien jurídico sea personalísimo no tiene relevancia para descartar la hipótesis, porque en el supuesto en que nos encontramos, la otra opción (al descartar el delito continuado), es la aplicación del delito reiterado, lo que resulta ilusorio porque en una relación de pareja en un amplio lapso de tiempo, se hace imposible determinar con exactitud el número de delitos y así proceder a la acumulación material según el artículo 74 del Código Penal, o según el artículo 351 del

¹⁷⁴ ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo, Ob. cit., 113-114p.Tomo II.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ Collao, Luis. Ob. cit., 268p.

Código Procesal Penal, considerando al delito como uno solo al atentar contra un mismo bien jurídico; se aumenta en uno o dos grados, y finalmente resulta una pena muy alta que puede considerarse como inequitativa.

Por ello, resulta más ajustado a la equidad y al sentido de justicia, aplicar la figura de delito continuado y castigar el delito como uno solo, al cumplirse todos los presupuestos de esta clasificación, según ya dijimos.

Por último y en relación a los otras modalidades de concursos, podemos sostener que son imaginables distintas circunstancias en que concurren varios delitos al mismo tiempo, ya sea como un medio para obtener el acceso carnal (como si ambos individuos incurren en una violación de morada para ocultarse y tener una relación homosexual en dicha morada), o bien el caso en que ocurra un concurso real con otro delito como ya fue mencionado. Son múltiples las hipótesis y en este capítulo sólo se mencionaron las más “posibles de suceder” y ejemplificadoras para efectos de demostrar la ocurrencia de concursos en el delito del artículo 365.

CAPITULO VII.

PRECISIONES CRÍTICAS.EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL.

Durante el desarrollo de este trabajo, hemos deslizado diversas consideraciones críticas en torno a la existencia y justificación del delito del artículo 365, las cuales fueron reservadas para ser desarrolladas en este capítulo, correspondiendo hacer un análisis completo a modo de sistematización de los reparos críticos que se tengan respecto al artículo 365 del Código Penal.

Aquí se apuntará fundamentalmente a lo controvertido que puede ser su existencia actual, su justificación y la relevancia del delito que nos convoca, desde la perspectiva del bien jurídico protegido por el tipo legal, en relación con lo preceptuado en la Constitución Política de la República. Para ésta tarea nos resulta útil recordar que en la discusión parlamentaria que se suscitó a propósito del proyecto de reforma de los delitos sexuales, la sodomía alcanzó gran relevancia, y ello sucedió así, porque los legisladores propugnaban criterios radicalmente opuestos.

Por una parte, un sector del Parlamento proponía la derogación de la sodomía de modo absoluto y por otra parte, se señalaba que era preciso seguir condenando las conductas sodomíticas. Así, según se analizó ya en el capítulo sobre Historia de la Ley en esta memoria, podemos decir con propiedad que la Ley n° 19.617, al derogar el antiguo artículo 365 e introducir en su lugar una sanción cuando la conducta se realiza respecto de un menor de edad, constituyó un acuerdo o “solución de compromiso”, entre ambas posturas contrapuestas. De ese modo, el Parlamento Chileno en la reforma de 1999, optó por despenalizar las relaciones homosexuales entre adultos, pero dejó subsistente la sanción cuando se trata del caso, en que el acceso carnal lo realice un adulto, hacia un menor de 18 años, pero mayor de 14.

Mantener subsistente la sanción en esos términos, no deja de ser al menos curioso, porque cabe señalar que “desde el punto de vista del derecho comparado, España y Bélgica, fuentes de nuestro Código, han eliminado el delito de sodomía entendiéndolo como un acto que, si bien puede atentar contra las buenas costumbres, no reporta víctimas; y se realiza entre sujetos capaces y que libremente participan y consienten¹⁷⁶”. En ese mismo sentido, en Alemania, en el año 1994, se modificó el Código Punitivo, eliminando la prohibición de la homosexualidad masculina con

¹⁷⁶ Tobar Sala, Juan Carlos, Ob. cit., 64p.

menores púberes, sustituyéndosele por una regla general de protección de abuso de menores. Luego, cabe decir que actualmente, la sodomía sólo se mantiene penalizada en los Códigos Penales de Ecuador (artículo 516 y 517) y en Alemania; si bien en este último caso las circunstancias de comisión tienen límites muy precisos.

De la lectura somera de los datos anteriores, podemos ver que Chile no está a la par con las legislaciones comparadas, manteniendo vigente una norma que no tiene mayor parangón en el extranjero. Luego, si bien no es cierto ni obligatorio que las legislaciones de los países sean y deban ser iguales y uniformes, sí es preciso que tengan una armonía o correlato en la medida en que se hagan cargo de las nuevas corrientes legislativas, de los nuevos pensamientos en torno a la percepción de los bienes jurídicos y de los cambios en las orientaciones sociales y morales.

Si bien el Parlamento chileno se hizo cargo de las nuevas consideraciones en torno a la necesidad de reformular la normativa relativa a los delitos sexuales, en este trabajo estimamos que en particular, respecto del artículo 365, si bien se intentó y se discutió su derogación, ello no ocurrió por, como dijimos antes, una “solución de compromiso” entre posturas divergentes, dejando vigente un concepto híbrido entre la sodomía y el acceso carnal homosexual sancionado hoy en día, que tiene varias aristas que controvertir, especialmente, en el ámbito constitucional.

Así, corresponde ahora analizar el problema de constitucionalidad contenido en el artículo 365, y para ello es necesario y práctico tener en consideración la ilustrativa sentencia más reciente del Tribunal Constitucional Chileno en la materia (rol n° 1683-2010 de 4 de enero de 2011), que si bien es contraria a sostener la inconstitucionalidad y, mas bien, señala como ajustada a la Constitución la norma en análisis, resulta aclaradora en torno a conocer los criterios del legislador y de la judicatura al aplicar la norma.

1. La decisión del tribunal Constitucional.

1.1. Los argumentos del requirente.

Esta sentencia, tiene origen en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la causa RIT n° 1278-2011, seguida ante el Tribunal de

Garantía de Cañete, en la octava región, la cual según la acusación del Ministerio Público, versa sobre el siguiente hecho: “durante el mes de diciembre de 2005, en el domicilio que se indica de la comuna de Cañete, el imputado señor Sepúlveda Álvarez, habría accedido carnalmente por vía anal al sujeto de sexo masculino, de iniciales A.M.M.A., nacido en 1991 y menor de 18 años de edad a esa fecha¹⁷⁷”. En dicho requerimiento, el imputado basa su solicitud de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, en la idea de que:

“La aplicación del artículo 365 del Código Penal en la gestión sub lite, genera efectos contrarios a la Constitución, en cuanto vulnera la dignidad, el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación arbitraria, la libertad, el derecho a la vida privada y a la intimidad, y el contenido esencial de los derechos, consagrados en los artículos 1º, inciso primero, y 19 n° 2º, 4º, 7º y 26º de la Carta Fundamental ; y en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.1 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷⁸”.

Como vemos, el imputado Sepúlveda Álvarez presenta su requerimiento señalando cada uno de los derechos que supone violentados y en lo que sigue expondremos el fundamento para sostener que se contraviene cada uno de los derechos que señala.

La dignidad humana y su relación con la sexualidad: Sostiene el requirente que “el artículo 1º de la Constitución reconoce la dignidad de la persona humana como valor constitucional básico y que ello implica reconocer a todas las personas su ejercicio, lo que tiene un correlato en todos los ámbitos de la vida, incluyendo el ejercicio de la sexualidad¹⁷⁹”. Con esta primera afirmación, el actor deja en claro que desde el artículo 1º, la Constitución Política resguarda también un ámbito tan importante como lo es la sexualidad, de manera que la argumentación que hace desde aquí en adelante parte de esa premisa; la protección de la dignidad humana comprende también, la protección de su sexualidad.

La igualdad y la prohibición de la discriminación arbitraria:

“De conformidad al artículo 19 n° 2 de la Constitución, debe existir una misma ley para todos los habitantes de la República y una igualdad de todos ante el derecho,

¹⁷⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765, 1p. disponible en www.microjuris.cl

¹⁷⁸ *Ibidem*, 1p.

¹⁷⁹ *Ibidem*, 2p.

lo que impide establecer estatutos legales diferenciados en consideración a condiciones o atributos de carácter estrictamente personal (...). Señala que el eje del principio de igualdad es lo diferente, no lo igual, que el juicio de igualdad sólo debe considerar las diferencias que resulten esenciales, y que la discriminación sea injusta no depende del hecho de la diversidad sino del reconocimiento de la inexistencia de buenas razones para un tratamiento desigual¹⁸⁰”.

El recurrente propone aquí como garantía esencial, la igualdad, la cual no puede ser entorpecida por consideraciones estrictamente personales o de carácter subjetivo, a menos que se tengan muy buenas razones para ello. La igualdad, como valor fundamental, tiene como presupuesto, el respeto de las diferencias entre las personas, haciendo inviable cualquier pretensión de uniformidad; el no respeto de dichas diferencias inherentes a la condición humana, pueden constituir discriminación arbitraria.

En relación a lo anterior, el recurrente sostiene también que

“discriminar consiste en conferir un trato de inferioridad a quien se encuentra en lamisma situación que aquel con el que se le compara, que discriminar es dar un trato arbitrario, y que lo que repugna al derecho, mas que la discriminación en sí misma, es la arbitrariedad que ella contiene, en cuanto acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a las leyes, dictado por la sola voluntad o el capricho. (...) la norma impugnada, precisamente basa la diferencia en aspectos subjetivos del ser humano, cuestión que en un Estado democrático de derecho, esta proscrita¹⁸¹”.

Así, desarrollando esta argumentación, podemos decir que el establecimiento de diferencias basadas en aspectos subjetivos del ser humano, constituye una discriminación arbitraria; establecer sanciones penales basándose en la orientación sexual del sujeto, es por lo tanto, una discriminación arbitraria, contrariando lo preceptuado en la Constitución Política.

Autodeterminación sexual:El requirente sostiene que “la autodeterminación sexual es una consagración del derecho a la libertad, contenido en el artículo 19 n° 7 de la Constitución, ya que la configuración de delitos sexuales tiene un correlato normativo, precisamente, en los delitos contra la libertad¹⁸²”. A este respecto, agrega que:

“la obligación de practicar o tolerar determinadas conductas sexuales no queridas es coacción y eso es un atentado contra la libertad. Lo curioso es que en el caso

¹⁸⁰ *Ibidem*, 2-3p.

¹⁸¹ *Ibidem*, 3p.

¹⁸² *Ibidem*, 4p.

de la sodomía no se atenta contra la libertad, pues a diferencia de otros delitos sexuales, no hay coacción, sino simplemente una relación sexual. Concluye que, la afectación a la libertad viene dada por el constreñimiento estatal como mandato de abstención de quien quiere tener una vida sexual plena¹⁸³”.

Lo anterior, dice relación con elargumento de que existiendo consentimiento entre ambas partes involucradas, la coacción queda eliminada y por lo tanto, no habría atentado en contra de la libertad, no siendo violentado dicho bien jurídico. Luego, la autodeterminación sexual termina siendo restringida por el estado en la medida que sanciona una conducta sexual que es consentida en todo momento; de hecho, el consentimiento es requisito para que se configure el delito. A partir de dicha lógica, vemos que la libertad sexual no es afectada con la conducta del 365, sino más bien, con el constreñimiento estatal a no cometerla.

Derecho a la privacidad: a propósito del derecho a la autodeterminación sexual, éste se encuentra directamente relacionado con el derecho a la privacidad, en tanto la sexualidad forma parte del ámbito privado de la vida de las personas. El requirente sobre este punto sostiene que:

“la autodeterminación sexual puede considerarse también como parte del derecho a la privacidad consagrado en el artículo 19 n° 4 de la Carta Fundamental, derecho que posee un carácter defensivo, en cuanto esencialmente posibilita la exclusión de terceros respecto de ámbitos de la vida que la persona no tiene interés que sean conocidos, y que comprende el desarrollo de un plan de vida autónomo sin intervención estatal¹⁸⁴”.

Lo anterior, se refiere a la idea primordial de que no es conveniente, conforme a la ley, que la sexualidad, como parte de un ámbito personalísimo de la vida de las personas, sea puesta a disposición de la discusión pública (por ejemplo, al ser ventilado en un proceso penal si la conducta corresponde a la del artículo 365).

La moral sexual como fundamento de la invasión a la privacidad: A este respecto, el requirente sostiene que:

“Lo que el Estado considere como conducta sexual culturalmente aceptable es algo que queda entregado a la moral social, y que la tipificación de las prácticas homosexuales consentidas implica un atentado a la privacidad. Indica que la intromisión en los actos que tienen lugar en la intimidad del hogar con respecto a

¹⁸³ Ibídem, 4p.

¹⁸⁴ Ibídem, 4p.

las parejas homosexuales es algo propio de un Estado totalitario donde la observancia de los derechos fundamentales es inexistente¹⁸⁵.

Lo anterior, dice relación con la idea de que penalizar las conductas sexuales (y en este caso, homosexuales), en función de una moral social imperante, implica una práctica discriminatoria e invasiva por parte del Estado; dado que la elección y práctica de la sexualidad, siempre que no sea usando la fuerza, la intimidación o aprovechándose del desvalimiento de la víctima, es un ámbito de la intimidad personal, que no debe ser vulnerado por el Estado, al imponer una sanción penal que de cierta forma, desliza que lo correcto es una determinada sexualidad. En ese sentido, el propio Estado, adquiere el cariz del totalitarismo; en tanto la intromisión en la vida privada de las personas en función de una supuesta moral sexual, es parte de la pretensión de uniformidad de este tipo de regímenes. Luego, sancionar una conducta sexual, por el sólo hecho de no seguir el patrón moral existente, no es correcto, en relación con los fines del derecho.

Diferenciación arbitraria: El requirente sostiene que, la aplicación del artículo 365 constituye una discriminación arbitraria en tanto que:

“no serán sancionadas las relaciones sexuales libremente consentidas entre un hombre y una mujer cuando cualquiera de ellos sea menor de 18 y mayor de 14; entre dos mujeres siendo una de ellas menor de 18 y mayor de 14, ni entre un hombre mayor de 18 y un hombre menor de dicha edad y mayor de 14, cuando sea éste último quien acceda carnalmente (...) la diferencia que hace la norma cuestionada constituye una persecución de una minoría.¹⁸⁶”.

De lo anterior, podemos destacar una de las críticas mas relevantes a la norma en análisis; la diferenciación que el legislador hace con la sanción radica en la edad del sujeto activo y pasivo y, además, implica una diferenciación en función del sexo de los involucrados, dejando exenta de sanción la conducta heterosexual (bajo los mismos supuestos de edad) y las conductas lésbicas. Dicha diferenciación, aparece como arbitraria, dado que en principio, no tiene un fundamento contundente.

Tras exponer y comentar toda la argumentación hecha por el requirente para fundar su recurso, basando su crítica en la violación a la igualdad, a la libertad y a la privacidad,

¹⁸⁵ *Ibidem*, 5p.

¹⁸⁶ *Ibidem*, 6p.

corresponde ahora, analizar con detenimiento, la respuesta del Tribunal Constitucional en relación con todos los conflictos ya mencionados.

1. 2. Consideraciones del Tribunal Constitucional:

Frente a los argumentos esgrimidos por el recurrente en la sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional, desde sus primeros considerandos sostiene que “del estudio de la historia legislativa se desprende que la protección del menor de edad comprometido en la sodomía fue una consideración transversal y permanente, conforme se demostrará a continuación¹⁸⁷”. Con ello, vemos que desde el inicio el Tribunal da las primeras luces respecto al eje de su razonamiento posterior, sosteniendo la tesis de que la importancia del bien jurídico protegido justifica la afectación de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados.

El Tribunal, tras referirse a la Historia Fidedigna de la Ley n°19.617 (que reformó el artículo 365), sostiene como premisa, que el artículo 365, protege la indemnidad sexual del menor como bien jurídico. Así,

“(…) el artículo 365 del Código Penal tiene como objeto la protección de los menores de edad, de su bienestar físico y psicológico y de su indemnidad sexual. (...), en el caso de la sodomía, el legislador entendió que la práctica de actos sexuales entre un hombre mayor y un menor de 18 años de su mismo sexo, acarrearía daños o perjuicios a este último, en lo que dice respecto a su desarrollo psicosocial¹⁸⁸”.

La comprensión y crítica de esta sentencia puede resumirse en los siguientes ejes de su estructura argumentativa, que pasaremos a analizar: la sentencia señala que el artículo 365 no constituye discriminación arbitraria y que por ende no viola el derecho de igualdad ante la ley; no se viola la privacidad y por último, niega que se viole el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación arbitraria: la argumentación del Tribunal Constitucional, en este punto, parte señalando que la legislación nacional tiene como especial objeto de protección y tutela jurídica a la infancia y la juventud, enumerando una serie de preceptos y normativa en ese sentido.

¹⁸⁷ ibídem (considerando 9°), 11p.

¹⁸⁸ ibídem, (considerando 15°), 17p.

Luego, lo que pretende sostener el Tribunal Constitucional, es que el artículo 365, al fundamentar su existencia en la protección de la indemnidad sexual del menor, es concordante con toda la legislación y especialmente, con el principio rector del “interés superior del menor”, ajustándose a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual justifica que se le de una protección especial al niño o menor, en consideración a su vulnerabilidad física y mental. Para confirmar lo anterior, el Tribunal termina diciendo: “(...) el precepto impugnado no contiene una discriminación arbitraria o carente de razonabilidad, ya que se fundamenta en los principios del interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del ordenamiento jurídico chileno¹⁸⁹”.

En otro ángulo de argumentación, el Tribunal sostiene que la norma del artículo 365, fundamenta su contenido en que la conducta sancionada es lesiva para el menor, dado que como aún no desarrolla por completo su comprensión respecto de su sexualidad, la conducta homosexual le significa un daño a su desarrollo en ese ámbito; aun cuando consienta, dicho consentimiento no es válido (como el de un adulto), porque aun no comprende el alcance de lo que hace y en el futuro, le podría ocasionar un gran daño:

“por mucho que la relación aparezca como consentida- a diferencia de la violación sodomítica comprendida hoy en el tipo de la violación-, el legislador ha entendido que dicho consentimiento prestado por un menor de 18 y mayor de 14 años de edad no puede tener el mismo alcance que el de una persona adulta, pues aquel no posee conciencia clara de los efectos, incluso físicos, que su conducta puede generar(...), además, tratándose la sodomía de un delito de mera actividad, cuya antijuridicidad radica en la posición desmedrada en que la conducta realizada deja al menor, discurre justificadamente el legislador al estimar que la penetración que sufre no puede ser un episodio inocuo o baladí para éste, sino que, por el contrario, lo determina o condiciona, de alguna manera relevante, al momento de tener que definir, con plena libertad, su propia identidad sexual¹⁹⁰”.

En ese mismo sentido el Tribunal sostiene que “se trata de un tipo de relación lesiva de su dignidad como persona, afincada en la inmadurez de su desarrollo psíquico y sexual¹⁹¹”. Es así, como el sentenciador estima que la homosexualidad, en los términos del artículo 365, constituye un daño (aun cuando sea un daño eventual, al tratarse de

¹⁸⁹ *Ibidem*, (considerando 31°), 30p.

¹⁹⁰ *Ibidem*, (considerando 28°), 26p.

¹⁹¹ *Ibidem*, (considerando 31°), 30p.

un delito de peligro), el cual no demuestra ni ejemplifica claramente, refiriéndose solo a la lesividad de la conducta; lo que puede aparecer como muy vago e impreciso.

Luego, el Tribunal Constitucional en relación al argumento del requirente respecto a que el artículo 365 vulnera la igualdad en tanto discrimina en razón de sexo, al no incriminar las conductas homosexuales femeninas, sostiene que no hay lesión a la igualdad porque el acceso carnal, que es la conducta precisamente sancionada en el artículo 365, sólo lo pueden realizar los hombres, dado que por una razón biológica las mujeres no pueden acceder carnalmente. Así, “la tipificación del delito de sodomía no discrimina respecto de las mujeres, pues no podría concebirse que una relación sexual entre ellas pudiera contemplar “acceso carnal” en el sentido de penetración por un órgano genital distinto¹⁹²”. A mayor abundamiento, el tribunal sostiene que la conducta homosexual masculina de acceso carnal, provoca un daño que la conducta homosexual femenina no puede provocar; el acceso carnal es considerado lesivo; “en consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones¹⁹³”.

Así, la penetración anal es lesiva para el menor aun cuando sea consentida; la voluntad del menor no elimina el daño que produce en su desarrollo psicosocial.

En esta argumentación el Tribunal termina descartando que el artículo 365 implique una violación al derecho a la igualdad y constituya una discriminación. Ello, aun cuando no define cual es ese impacto, ni comprueba que efectivamente se produzca un daño real y concreto con la conducta del acceso carnal homosexual. Una falta de argumento que es clave hacer notar en este punto.

En relación con el derecho a la privacidad: En primer término, el sentenciador constitucional parte argumentando que los derechos reconocidos por la Carta Fundamental no son absolutos y que admiten limitaciones, tanto intrínsecas como extrínsecas, dadas por su propia naturaleza, esbozando una de las primeras

¹⁹² *Ibidem*, (considerando 32°), 31p.

¹⁹³ *Ibidem*, (considerando 33°), 32p.

justificaciones a la limitación a la privacidad que implica la sanción del artículo 365. Así sostiene “que el derecho a la privacidad (...), no puede ser concebido como un derecho absoluto, protegido contra cualquier tipo de limitación legal. Que la primera hipótesis en la cual se admite la intromisión estatal en la vida privada de sus administrados es la práctica de hechos delictuales¹⁹⁴”. Así, la intromisión a la privacidad de las personas involucradas en el delito, que se lleva a cabo con el proceso penal persecutorio del artículo 365 se justifica en que la persecución e investigación del delito implican un límite al derecho a la privacidad, no siendo éste absoluto, y justificándose la intromisión estatal en aras de la evitación del mal mayor, constituido por la comisión del delito.

Por otra parte, la limitación a la privacidad se encuentra justificada en el hecho de que el bien jurídico indemnidad sexual del menor, es superior al derecho a la vida privada. Así,

“en ese contexto, la protección de la privacidad cede frente a un menor de edad que no tiene la madurez ni la capacidad suficiente para ponderar las consecuencias de una conducta que pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena- según se desprende del debate parlamentario- y, por lo mismo, puede ocasionar dificultades, problemas y conflictos a lo largo de toda su vida personal y social¹⁹⁵”.

Con esta última consideración, el Tribunal Constitucional termina por desechar el argumento del requirente en torno a considerar que el artículo 365 vulnera el derecho a la privacidad, declarándolo ajustado a la Carta Fundamental.

Pero la duda se instala aquí; ¿en qué lugar de la Constitución aparece la idea de que el derecho a la privacidad admite limitaciones?, (como sí aparece expresamente que el artículo 19 n° 24 en relación con el derecho a la propiedad sí admite limitaciones en aras del interés social, en relación con la función social de la propiedad privada). En ningún punto constitucional se hace expresa mención a dicha posibilidad en el derecho fundamental que comentamos; y por ello la justificación en torno a la idea de que los derechos fundamentales no son absolutos, aparece en este caso, como forzada.

Vulneración de la libertad personal y de la dignidad humana: El Tribunal Constitucional estima que, cuando la Carta Fundamental habla de “libertad personal” se refiere a la

¹⁹⁴ Ibídem, (considerando 38°), 35p.

¹⁹⁵ ibídem, (considerando 41°), 38p.

libertad ambulatoria o libertad de locomoción, así en el considerando cuadragésimo octavo, se sostiene que:

“se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de que la libertad personal consagrada en el numeral 7° del artículo 19 de la Constitución Política debe ser entendida como libertad ambulatoria. Pese a las discusiones sobre la posibilidad de que la garantía en comento fuera ampliada a otras esferas jurídicas, más allá de la libertad de locomoción, ésta fue la posición que finalmente predominó en la redacción de la Carta Constitucional, marcando una diferencia con otros ordenamientos constitucionales del mundo”¹⁹⁶.

Con esto, el Tribunal Constitucional viene a descartar que el concepto de “libertad personal” abarque el campo de las conductas sexuales; el artículo 19 n° 7 no se refiere a la posibilidad de practicar libremente (y sin amenaza de sanción) las conductas homosexuales libremente consentidas que se quieran y con quien se quiera, ya que ese derecho se restringe únicamente a la libertad de movimiento o tránsito que tiene un individuo dentro del territorio de la República y para salir y entrar del país. Ratifica lo anterior la idea siguiente;

“el constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad ni menos de la autodeterminación sexual. Como ha quedado en evidencia, la tesis original del comisionado Silva Bascuñán, de proceder en tal sentido fue expresamente descartada y asumida una configuración del derecho consagrado en el artículo 19 n° 7 de la Constitución, mucho más acotada”¹⁹⁷.

Por otra parte, y en relación con que la libertad abarca un ámbito de la dignidad humana, el sentenciador vuelve sobre la tesis de que los derechos no son absolutos y que reconocen limitación en el derecho de los demás, es decir, un derecho puede ser libremente ejercido, siempre y cuando, no se vulnere el derecho de un tercero o un bien jurídico de carácter superior comprometido. Luego, la libre expresión de la personalidad de los seres humanos, reconoce límites;

“Lo que éste trata de resguardar (el derecho penal) son bienes jurídicos asociados a derechos de las personas que pueden verse atropellados por la libre expresión de la personalidad de quien decide actuar en contra del estándar socialmente deseable para una convivencia pacífica y civilizada. El reproche social se

¹⁹⁶ Ibídem, (considerando 48°), 44p.

¹⁹⁷ Ibídem, (considerando 56°), 45p.

manifiesta, precisamente, en la imposición de una pena a quien no ejerce su libertad en forma adecuada¹⁹⁸.

Así, aun cuando quien realiza la conducta del artículo 365, esto es, el acceso carnal a un menor de 18 años y mayor de 14 de su mismo sexo, aun cuando esté realizando su personalidad libremente, se sanciona la conducta porque el desarrollo de su personalidad pasa por encima del derecho del menor de edad a su indemnidad sexual, buscándose evitar cualquier interferencia considerada como lesiva desu desarrollo. Lo anterior quiere decir que para el Tribunal, el derecho penal hace valer el bien jurídico indemnidad sexual, por sobre la libertad del adulto; la afectación de derechos se encontraría justificada en la prevención del daño para el menor.

Tras todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional decide rechazar el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por mayoría de 6 votos; el de la Ministra Marisol Peña, y los ministros Raúl Bertelsen, Francisco Fredes, Mario Fernández, Iván Aróstica y Enrique Navarro, quien hizo un voto de prevención. El voto disidente fue acordado por los ministros José Antonio Viera Gallo, Hernán Vodanovic y Carlos Carmona. Para los efectos de esta memoria y en este capítulo, sólo analizamos el voto de mayoría en tanto resulta clarificador respecto a los argumentos del Tribunal, al justificar la aplicación y existencia del artículo 365.

2. Crítica desde la Constitución Política:

A continuación y en función de la estructura argumentativa planteada por el Tribunal Constitucional, corresponde hacer una crítica pormenorizada en relación con cada uno de los preceptos constitucionales que se pueden ver vulnerados con el artículo 365 del Código Penal.

2. 1. El artículo 365 como atentado contra la autodeterminación sexual de los sujetos:

El artículo 19 n° 2 de la Constitución Política, el artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aseguran en síntesis, la igualdad ante la Ley y la prohibición de cualquier discriminación arbitraria.

¹⁹⁸ *Ibíd*em, (considerando 51°), 45p.

Sin embargo, podemos decir que dicha garantía se vulnera con el tipo penal del artículo 365; en tanto que la conducta sancionada no se excluye por el consentimiento libre y voluntario de los participantes, configurándose un precepto que “no sólo restringe la autonomía de quienes intervendrían en el acceso carnal del menor, desempeñando el papel activo, sino también del propio menor, por declarar irrelevante su consentimiento¹⁹⁹”

Podemos ver, entonces, que el enfoque del legislador fue siempre proteger al menor de conductas homosexuales que se tienen como dañinas o potencialmente atentatorias contra su indemnidad sexual, basándose más bien, en criterios puramente morales. Al protegerse esa esfera de resguardo para el menor, en donde éste no debe ser alterado, se va en desmedro de la libertad sexual, tanto del menor de edad, como del adulto. Ello, porque lo que se privilegia es el ámbito de su indemnidad sexual, en perjuicio de la libertad del menor (y del adulto) para decidir en torno a la realización de la conducta sexual que les parezca conveniente o querible.

Lo anterior se afirma, porque el legislador penal tiene como presupuesto para configurar la sanción, el consentimiento de la víctima. Sin dicho consentimiento, el delito se vuelve un tipo penal distinto (violación o estupro), pero no es sancionable según el artículo 365 en tanto no cumple con sus requisitos. El que la víctima, mayor de 14 años y menor de 18, consienta, significa que debe estar de acuerdo en la acción sexual (debe consentir en ser accedido carnalmente) en todos sus términos y presupuestos, sólo así, puede calificarse como un delito. Luego, a primera vista, podemos ver que se puede discutir la calidad de víctima de una persona que, conscientemente, está de acuerdo en la conducta ilícita, que eventualmente, no le reporta daño alguno. Queda claro que la protección del menor, en cuanto sujeto no habilitado para realizar conductas homosexuales, es un valor superior ante la posibilidad de autonomía del sujeto para decidir sobre su orientación sexual; siendo de este modo vulnerado su derecho a la autodeterminación sexual, que según vimos, no

¹⁹⁹ Informe en Derecho “La Inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. En Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2010, BASCUÑAN Rodríguez, Antonio; COUSO Salas, Jaime; COX Leixelard, Juan Pablo; GUZMÁN Dálbora, José, et. al. Centro de documentación de la Defensoría Penal Pública, n° 8 de octubre de 2011. 81p.

hace distinción de edad, sexo o condición al garantizarse en la Constitución o en los Tratados Internacionales.

El menor de 18 años, siendo hombre, no puede autodeterminarse sexualmente, en el sentido de que si decide tener relaciones homosexuales, expone a su pareja a una sanción penal, aun cuando tenga plena conciencia de lo que hace y consienta en ello. Confirma lo anterior:

“la prohibición penal absoluta dirigida a quien accede al menor no sólo restringe la autonomía de éste, sino también, la autonomía del menor(...), la prohibición absoluta declara irrelevante el consentimiento del menor. La intangibilidad (indemnidad) sexual del menor que pretende asegurar esa prohibición absoluta no es sólo protección frente a terceros sino también impedimento para el menor (...), implica una afectación de la vida privada del menor. No se discute aquí la justificación de la prohibición absoluta respecto de impúberes (niños). Lo que está en discusión es su extensión a púberes (adolescentes)²⁰⁰”.

2. 2. El artículo 365 atenta contra la igualdad de las personas y constituye una discriminación arbitraria:

Sobre este tema, podemos resumir la inconstitucionalidad del artículo, en dos puntos, que se desarrollaran a continuación:

- a) La diferenciación entre las conductas homosexuales de hombres y mujeres.
- b) La diferenciación entre la sanción a las conductas homosexuales y heterosexuales

Respecto al primer punto podemos decir que, “el consentimiento de la mujer mayor de 14, pero menor de 18 al acceso carnal, excluye la punibilidad de quien interactúa sexualmente con ella. El consentimiento del hombre menor de 18 pero mayor de 14 al acceso carnal, por el contrario, deja intacta la punibilidad de quien interactúa con él. Se trata pues, de una severa diferenciación en el tratamiento jurídico penal de unas y otras acciones sexuales²⁰¹”. Es decir, la ley hace una clara diferenciación al sancionar al homosexualismo masculino, pero no al lesbianismo.

²⁰⁰ Ibídem, 78p.

²⁰¹ Ibídem, 81p.

Para desarrollar esta parte, es aclaradora la afirmación siguiente:

“No deja de ser curioso que si el objetivo era impedir la corrupción de menores, aparezca que las relaciones homosexuales perturben el normal desarrollo de la sexualidad sólo de los hombres y no de la sexualidad de las mujeres. El argumento histórico aquí parece sólo una pobre justificación para mantener un atavismo cultural que, si ha de estimarse válido como protección del menor, no se comprende porqué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres²⁰².”

Como ya dijimos antes, el delito del artículo 365, sanciona al adulto que tenga relaciones homosexuales (acceso carnal) con un menor de 18 años. Luego, por condiciones físicas, la mujer está inhabilitada para acceder carnalmente a otro, y por ello, la conducta descrita en el artículo 365, se transforma en un delito susceptible de cometerse sólo entre hombres (así también lo corrobora la Historia de la Ley n° 19.617). A raíz de lo anterior vemos que el legislador penal establece una diferencia entre la sanción a la homosexualidad de hombres y de mujeres; es más, se decide por sancionar al hombre, y en la práctica, queda exento de sanción el lesbianismo. Y corresponde hacer dos precisiones críticas a ese respecto:

Primero, el artículo 19 n°2 de la Constitución, establece el derecho a la igualdad entre las personas y prohíbe el establecimiento de diferencias arbitrarias, siendo hombres y mujeres iguales ante la ley.

Pues bien, en el artículo 365, ocurre una diferenciación entre hombres y mujeres que no tiene justificación aparente, más que sólo una falta de rigor en el legislador, al no precisar una sanción igualitaria, si es que lo que se quería era aplicar una sanción al homosexualismo de modo genérico.

Y segundo, y en relación con lo anterior, al no penalizar las conductas homosexuales entre mujeres y sí sancionar a los hombres, se produce una diferenciación que aparentemente no tiene justificación alguna; ¿porqué el acceso carnal entre hombres se ve como potencialmente más peligroso o tiene un desvalor superior en relación a las conductas homosexuales entre mujeres?, considerando que el fin de protección de la norma era precisamente, proteger la indemnidad sexual, del “menor”, no existiendo motivo aparente para reconducir dicha protección penal sólo a los hombres. Ello,

²⁰² MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit. 282p.

especialmente considerando que el daño que eventualmente provoca la penetración anal (suponiendo que este eventual daño sustenta la prohibición del artículo 365) no se encuentra demostrado de modo fehaciente.

Esta última pregunta, así como las demás controversias, son cuestiones que no se encuentran en absoluto zanjadas y sobre las cuales aun resta mucho por discutir, en tanto complican la verdadera justificación del artículo 365 y el reproche penal que se hace al homosexualismo (masculino).

Por otra parte, una crítica muy importante que se le puede hacer al artículo 365, es la diferencia de edad que se establece para homosexuales y heterosexuales, ello en relación al artículo 19 n° 2 (prohibición de establecimiento de diferencias arbitrarias), en relación a la punibilidad de las conductas sexuales.

El menor de 18 años, pero mayor de 14 que sea accedido carnalmente cae bajo la consideración de víctima del artículo 365, es decir, un menor que se encuentre en dicho rango de edad y que voluntariamente consienta en ser accedido carnalmente, de todos modos es comprendido como una víctima del delito.

Sin embargo, en el caso de un menor de 18 años y mayor de 14, que tenga una relación heterosexual, puede libremente tener relaciones íntimas con quien le parezca, siempre que consienta en ello de manera libre y sin coacción. Es decir, se establece una diferenciación clara entre el acceso carnal homosexual y el acceso carnal heterosexual que, a lo largo de este trabajo y del análisis posterior, no vemos qué justificación puede tener, más que sostenerse dicha diferencia en que el legislador tuvo como “especialmente” peligrosa una relación homosexual para la indemnidad sexual del menor, al punto de considerarla como un factor de corrupción del mismo.

El legislador penal no razona del mismo modo frente a una conducta heterosexual del menor y dicha diferencia de pensamiento podría justificarse sólo en consideraciones morales que perciben como especialmente peligrosa a la homosexualidad. Reafirma lo anterior, el comentario siguiente:

“La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona un delito contra la mora social y su concepción como una norma que declara sexualmente intocable al menor de edad violan los derechos a la vida privada y a la igualdad ante la ley.

La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona contactos sexuales traumáticos para el menor genera un riesgo práctico inevitable de violación de esos derechos y en todo caso, discrimina arbitrariamente entre el trato penal otorgado al acceso carnal heterosexual y el trato otorgado al acceso carnal homosexual²⁰³.

Así, mientras no exista una justificación satisfactoria en torno a la existencia de la diferenciación entre jóvenes heterosexuales y homosexuales; o bien, mientras no se igualen los criterios de protección en torno a la indemnidad, sea cual sea la orientación sexual, podemos afirmar que el artículo 365 carece de justificación y rigor en la necesaria igualdad que tiene que existir al establecer sanciones penales, sosteniéndose solamente en una política criminal basada en consideraciones morales, que perciben el homosexualismo de los menores como algo negativo. En este sentido:

“la edad de 18 años como límite para la relevancia del consentimiento en el acceso carnal homosexual, difiere abiertamente de la edad de 14 años como límite para el consentimiento relevante al acceso carnal heterosexual. Y a la luz de los antecedentes de la Historia Fidedigna de la Ley, el legislador no ofreció justificación razonable y objetiva alguna para establecer esa diferencia²⁰⁴”.

Luego, si un menor es el que accede carnalmente a un adulto, no existe delito, porque no hay víctima, lo que no explica la diferenciación que se hace en torno a considerar como sancionables las conductas homosexuales; y así una vez más el legislador incurre en una diferenciación arbitraria. Además, si el artículo 3 de la ley de Responsabilidad Penal Adolescente determina como imputables a los mayores de 14 años, en tanto se considera que tienen conciencia suficiente para cometer delitos de toda índole y tener conciencia del injusto; ¿porqué no considerarlos autónomos para decidir en torno a su libertad sexual?.

2. 3. El artículo 365, pugna entre la vida privada de las personas y la moral social:

Según ya lo mencionamos en otro acápite de esta memoria, el derecho a la vida privada, se encuentra establecido en el artículo 19 n° 4 de la Constitución Política, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 n° 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica. El tenor del artículo 19 n° 4, la Constitución asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y a la honra de

²⁰³ BASCUÑAN Rodríguez, Antonio; COUSO Salas, Jaime; COX Leixelard, Juan Pablo; GUZMÁN Dálbora, José Luis, HORVITZ Lennon, María Inés; MAÑALICH Raffo, Juan Pablo; MEDINA Schulz, Gonzalo y otros. Ob. cit., 65.p

²⁰⁴ *Ibidem*, 80-81p.

la persona y su familia; esta garantía “comprende el derecho a la realización de acciones de significación sexual entre personas del mismo sexo, libremente consentidas²⁰⁵”.

Así, la crítica de este apartado dice relación con que, si una persona es formalizada, investigada y respecto a ella se produce un veredicto (condenatorio o absolutorio) por acceder carnalmente a un menor, se ve seriamente menoscabado en su intimidad y derecho a la vida privada (según el 19 n° 4), desde dos perspectivas:

Primero, para que ello ocurra el hombre mayor de 18 años, debió haber sido denunciado y su proceso ventilado en tribunales, lo que a primera vista constituye una exposición pública de su vida privada.

Y, segundo, el Estado, a través de la persecución penal de las conductas homosexuales, libremente consentidas, se inmiscuye en un ámbito de la vida privada de los ciudadanos (como lo es, el ámbito relativo a sus preferencias sexuales).

El problema de los dos supuestos anteriores, es que el Estado al violentar el derecho a la vida privada, en la medida que las preferencias sexuales de tipo homosexual se encuentran sancionadas y pueden ser eventualmente perseguidas, debe tener una justificación razonable y objetiva para que tenga legitimidad.

Luego sabemos que “la prohibición legal de esas acciones que no se justifique en razones particularmente apremiantes viola ese derecho²⁰⁶”.

“en ese contexto, la prohibición del acceso carnal a un hombre menor de edad, pero mayor de 14 años resulta anómala si se interpreta como una prohibición absoluta. Así interpretada implica desconocer toda relevancia al consentimiento del menor. Dado que esta prohibición afecta la vida privada de los interesados en practicar el acceso carnal homosexual, tanto del que accede al menor, como del menor, es necesario que ella se encuentre justificada por razones legítimas y muy poderosas²⁰⁷”.

²⁰⁵ *Ibidem*, 71p.

²⁰⁶ *Ibidem*, 71p.

²⁰⁷ *Ibidem*, 72p.

Sin embargo, esas razones que justificarían la punición de la conducta no son ni tan legítimas ni tan poderosas, en tanto tienen un carácter eminentemente moral, según consta en la Historia Fidedigna de la Ley n° 19. 617;

“El legislador no distinguió entre el propósito de reforzar la moral sexual social y el propósito de proteger la autonomía sexual del menor púber. Como es evidente, el mero propósito de reforzar la moral social sexual no puede justificar la afectación del derecho a la vida privada. Si pudiera hacerlo, no se garantizaría un ámbito personalísimo de autonomía como parte del derecho a la vida privada²⁰⁸”

Así, si lo que el legislador pretendía era mantener una moral sexual determinada, por la vía legislativa, ello no corresponde a un Estado de Derecho que se precie de ser democrático, inclusivo y respetuoso de los derechos de los ciudadanos. La sanción penal, puede aparecer como desproporcionada e ilegítima atendiendo a los fines que se tuvieron a la vista.

En definitiva, lo que trasciende de estas precisiones críticas, es que tanto legislador como ente sentenciador, justifiquen discriminaciones arbitrarias, caracterizadas bajo “el interés superior del menor”, la “indemnidad sexual”, y el fin de evitación de la corrupción del menor. Todo ello, con un trasfondo claramente moral, en tanto que la existencia del artículo 365 del Código Penal se ve como una “solución de compromiso” entre opiniones moralmente divergentes dentro del Congreso, más que una norma integrante de una Política Criminal coherente.

2.4. Propuesta de solución:

Si lo que el legislador penal pretendía era resguardar la indemnidad sexual del menor de 18 años, y mayor de 14, en relación a las conductas homosexuales, se debe establecer una sanción que sea inclusiva de las conductas homosexuales de mujeres y de hombres para cumplir con la normativa constitucional de igualdad ante la ley y prohibición de diferencias arbitrarias. El argumento de que el lesbianismo históricamente no ha sido sancionado no es suficiente para justificar la discriminación que se hace en ese sentido; si se quiere preservar la intangibilidad del menor en todo aspecto, entonces cabe sancionar también al lesbianismo, reformando la norma en tal sentido.

²⁰⁸ Ibídem, 78p.

Además, si lo que se quiere proteger es la falta de madurez en las decisiones del menor que puede ser fuertemente influenciado en sus decisiones, siendo de cierto modo viciada su voluntad para autodeterminarse sexualmente, entonces se puede aplicar el tipo penal del artículo 363, en el caso de que el presupuesto de la imputación sea la ignorancia o inexperiencia sexual de la víctima; que tiene directa relación con la intangibilidad que se pretende proteger.

Luego, si vamos aun más allá, y si lo que se quiere es resguardar al menor en su indemnidad sexual respecto de toda conducta sexual, entonces, se debe reformar la legislación en lo relativo a los delitos sexuales, siendo proscritas las relaciones sexuales con menores de edad, en cualquier presupuesto, de modo tal, que la diferenciación entre homosexuales y heterosexuales, que existe hoy, se acabe y de ese modo, se cumpla con la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación arbitraria.

Por otro lado, si lo que se quiere es resguardar una moral sexual determinada, podemos decir con propiedad que ello no es lo correcto en un Estado de Derecho, y así lo corrobora la doctrina, en el decir del profesor Mario Bustos “desde luego, está la función político-criminal de límite al poder de definición del Estado. Éste sólo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales²⁰⁹”.

Dado que si el presupuesto es la protección de la indemnidad sexual del menor, ya comprobamos que ésta se encuentra protegida de modo incompleto (en relación con las conductas homosexuales entre mujeres y las conductas heterosexuales, entre menores), concluimos, que hoy en el siglo XXI, tenemos un precepto legal que sólo tiene sentido y se explica en la medida en que comprendamos que su *última ratio* es una protección de la moral social, que quiere evitar la homosexualidad temprana por considerarla dañina, más que la indemnidad del menor, dado que de ser así, se debería proteger también a los mayores de 14 y menores de 18 que incurran en conductas heterosexuales; ¿porqué hacer la diferenciación? O bien, ¿porqué no se castiga también el lesbianismo?.

²⁰⁹ Bustos Ramírez Juan, Ob. cit. 541p.

Probablemente, aunque sea apresurado decirlo, y temerario en una memoria de prueba, todas estas críticas no existirían si la norma fuese redactada con mayor rigor por el legislador, con un trasfondo protector de la igualdad y evitando discriminaciones o bien, de plano, proceder a la derogación del artículo.

Luego, más de 10 años después de la última reforma al artículo 365, no parece descabellado, al menos, proponer una revisión al mismo, en sede legislativa.

CONCLUSIONES FINALES.

Esta memoria de prueba, sin ánimo de agotar todas las aristas de discusión que puede suscitar un delito de esta especie, se pretendió al menos, abordar los ámbitos de mayor importancia desde una perspectiva de análisis crítico.

Como punto de partida, es esencial en el conocimiento de cualquier tipo penal, el ahondar en su Historia Fidedigna, dado que ésta otorga valiosas perspectivas, que ayudan a conocer el verdadero sentido y alcance del delito y, más aun, constituyen una útil herramienta a la hora de interpretar. Es así como a partir de la Historia de la legislación del artículo 365, sabemos que en principio se trataba de un delito que protegía la moral sexual y que con las sucesivas reformas al articulado del Código Penal, ese cariz pretende cambiar, para transformar al tipo en un delito de corrupción de menores, en tanto lo que se protege es la indemnidad sexual. Al mismo tiempo, a través de la Historia de la Ley n° 19.617, pudimos conocer los motivos del legislador para continuar sancionando una conducta que en la mayoría de las legislaciones comparadas no existe, en tanto se le considera una intromisión en la vida privada y en la libertad de los ciudadanos.

Posteriormente, se analizó el bien jurídico protegido, dado su valor como elemento interpretativo de la norma, haciendo el contrapunto necesario con la variación del mismo a partir de las distintas perspectivas históricas que se tienen de ciertos valores sociales (libertad, autodeterminación, moral, etc.). Así pudimos determinar que aunque de modo deficiente y controvertible, hoy en día el tipo penal del artículo 365 encuentra su justificación en la indemnidad sexual del menor, en tanto se entiende que con conductas homosexuales entre varones (uno de ellos menor de 18 años), se produce la corrupción de el menor que es accedido carnalmente aun prescindiendo de su propio consentimiento y pasando por sobre consideraciones en torno a la libertad sexual. Es decir que para el legislador chileno, se volvió mas valiosa la indemnidad del menor, en tanto potencial víctima de una relación homosexual, que la libertad de ese mismo menor de consentir en una relación de esa índole y aun cuando se atente en contra de su voluntad de autodeterminarse sexualmente.

Posterior a dicha indagación se procedió al análisis del delito del artículo 365, a la luz de la Teoría del Delito; pero no de toda la Teoría del Delito, sino que a partir de los ejes

de mayor trascendencia en la discusión del tipo. Así, se estudió el delito bajo la luz de los principales elementos del tipo (acción, sujetos, antijuridicidad y culpabilidad), explicándose algunas precisiones que eran necesarias de entender, para comprender a cabalidad el delito. Es así, como es esencial saber el verdadero sentido y alcance del término “acceso carnal”, dado que no se trata de un término unívoco, y a partir de ello podemos concluir que el tipo del artículo 365, como acción material y determinada, sólo puede cometerse por hombres, constituyéndose como un delito especial. Consecutivamente, se procedió a analizar a los sujetos participantes, en tanto es crucial en este tipo, el determinar ciertas características especiales de autor y víctima, dado que es un delito que exige edad y sexo determinado para los sujetos que intervienen.

Luego, en sede de antijuridicidad y culpabilidad se determinó que se trata de un delito doloso, dado que es esencial la intención del autor, en tanto sabe y quiere realizar la conducta establecida como delito; no se trata aquí de conductas por imprudencia o caso fortuito y a raíz de lo mismo, se analizó el error de tipo, dado que es posible que el autor desconozca la edad del sujeto o bien, sea engañado por el mismo haciéndolo creer que es mayor de edad en condiciones de que no lo es. Así, se determina que es admisible el error de tipo y su efecto en la situación jurídico-penal del sujeto autor.

Posteriormente se analizó la autoría y la participación y con ello, se reafirma la idea inicial, de que estamos en frente de un delito de participación necesaria, de propia mano y especial. Estos criterios son coincidentes en el sentido de que es necesario que el autor sea un sujeto determinado, hombre, mayor de 18 años y que actúe de modo personal, en tanto se requiere un movimiento corporal (el acceso carnal). Siendo así, se discuten las hipótesis de autoría mediata que pudiesen darse en el caso concreto, llegándose a concluir que no concurre aquí la autoría mediata, descartándose consecuentemente, a la mujer en ese supuesto. Además, se analizan los casos particulares del cómplice y los encubridores, reseñando brevemente las hipótesis de ocurrencia de estas formas de participación; aun cuando son difíciles en tanto se trata, como dijimos, de un verbo rector ejecutable de un modo muy personal.

En relación con lo anterior, se exploraron las diferentes etapas de consumación del delito, haciéndose el correspondiente enlace con el delito que nos ocupa, concluyendo que las etapas de tentativa y consumación no presentan discusión alguna. Además, se analizaron los presupuestos de la tentativa inidónea y del delito imposible, ejemplificando los casos en que ello ocurre. Sin embargo, respecto a la etapa de frustración, llegamos a concluir que el delito no admite dicho grado de desarrollo, en tanto que al tratarse de un delito de mera actividad, no exige un resultado que sea posible de verse “frustrado”.

Por otra parte, vale decir que la doctrina nacional en general, no ha clasificado expresamente el delito del artículo 365, dado que no es abundante lo escrito sobre este delito; como sí se hace respecto de otros preceptos penales (v.g. hurto, robo, violación, etc.), lo que podemos constatar a primera vista en las obras escritas respecto a la parte especial. Para salvar esta ausencia de precisiones, se revisaron las clasificaciones que la doctrina hace y se buscaron allí las características del delito 365 haciéndolo encuadrar en una u otra categoría, agregando las definiciones en los capítulos en que resultasen útiles. Así por ejemplo, concluimos que el artículo 365 es un delito simple, de mera actividad, de peligro, de encuentro, plurisubjetivo, etc. Así las cosas, cabe señalar que existen otras clasificaciones a las que hay que hacer mención muy someramente, en tanto se pueden extraer de un análisis superficial de la norma. Así, podemos decir que estamos en presencia ante un delito de comisión y no ya de omisión, por tanto se exige una conducta activa por parte del autor (acceso carnal a un menor de 18 años del mismo sexo), y no una omisión de conducta.

Siguiendo el desarrollo de esta memoria, se hizo un somero análisis de las formas concursales y el modo en que ello se concreta en el delito del artículo 365, concluyéndose que el delito admite concursos con otros delitos y se ejemplifica con el ultraje público a las buenas costumbres que es una de las formas más “posibles” de que ello ocurra. Sin embargo, dicha exposición de argumentos es solo a modo de ejemplificación, en tanto que las hipótesis de comisión del delito en concurso con otros es muchísimo más amplia. En ese sentido, se expusieron los presupuestos de la unidad natural de acción, y las figuras del delito continuado y reiterado, para resolver algunos casos particulares.

Finalmente, se hizo necesario abrir un capítulo aparte en relación a las precisiones críticas que el delito merece. Ello, porque en todo el desarrollo del trabajo, se pretendió actuar del modo lo mas objetivo e imparcial posible, ofreciendo todas las visiones en relación con el tema comentado.

Sin embargo, uno de los propósitos iniciales de este trabajo es precisamente el análisis crítico del delito, porque desde la primera lectura aparecen visos de controversia, respecto a los cuales se creyó necesario profundizar y por ello en el capítulo sobre precisiones críticas, se ofrecen una serie de perspectivas de discusión, desde las cuales se puede mirar el delito y con ello, se profundizó en la necesidad de una justificación más satisfactoria.

En relación con lo anterior, dijimos que el delito adolece de ciertos márgenes de inconstitucionalidad (considerando además que existe un interesante fallo del Tribunal Constitucional en donde se justifica su existencia y se hace hincapié en su conformidad con la legislación actual), además de que no se condice con las legislaciones comparadas, que en su mayoría terminaron por abolirlo o simplemente, nunca lo contemplaron dentro de sus ordenamientos.

A raíz de todo lo anterior, podemos decir que por la presencia de algunos problemas en la tipicidad que se detectaron (controversias en cuanto al sentido y alcance del termino acceso carnal, sujetos que pueden cometerlo, existencia del animo doloso, exigencia de consentimiento, etc.), hoy en día se hace necesaria una revisión del delito en sede parlamentaria a fin de reafirmar y perfeccionar su justificación o bien, derechamente eliminar el delito de nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, esta memoria no pretende agotar la discusión en el tema y sólo busca aportar a la misma, a fin de generar al menos la inquietud respecto a la justificación real de delitos de esta especie en la actualidad y realidad nacional.

ANEXO: FICHAS DE SENTENCIAS PARA EL REPERTORIO DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA DEL CÓDIGO PENAL.

REFERENCIA: CÓDIGO PENAL.

Artículo 1°.

Tipicidad y legalidad. Para tenerse por constituida una conducta como delito, se debe tener presente el principio penal consagrado en la Constitución Política, en cuanto a que ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella; este mismo principio se encuentra inmerso en el art 1° Código Penal al expresar que es delito toda acción u omisión penada por la ley, resguardando así la tipicidad y legalidad.

C. Suprema, Rol n° 5.160, 19 de Abril de 1995, F.M. n° 437, fallo n°8, sec. criminal. 307p.

Dolo y culpa como elementos fundamentales. El elemento dolo o culpa es el núcleo central, indispensable o insustituible en la concepción legal o doctrinaria de todo delito o cuasidelito según sea.

C. Suprema, rol n° 31.038, 28 de diciembre de 1995, F.M. n° 445, fallo n°6, sección criminal. 1824p.

Voluntariedad de la acción: Una acción solo puede considerarse “voluntaria” cuando ha sido ejecutada “libremente” por el sujeto, esto es, cuando ha tenido la posibilidad real de decidirse a comportarse de otra forma; pero ello sólo sucede si el autor, cuando obró, tenía conciencia de que lo que hacía era contrario al derecho, ya que únicamente en esas circunstancias existirá un motivo que lo impela a abstenerse de comportarse como lo hace o a conducirse de cualquier otra forma diferente.

C. Suprema, rol n° 1338-98, 4 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 1, sección criminal. Pág. 1439.

Artículo 2.

Concepto de delito culposo: se trata de acciones u omisiones voluntarias, no maliciosas, penadas por la ley, ejecutadas sin malicia, pero sin la debida diligencia. Concepto que coincide con el de la doctrina que estima que hay culpa en la realización voluntaria de una conducta, sin asentimiento o aceptación del resultado antijurídico que de ella deriva, pero con violación concreta de un deber de cuidado que obliga a abstenerse de una conducta por ser previsible ese ilícito resultado.

C. Suprema, rol n° 3.050, 17 de julio de 1997, F.M. n° 464, fallo n°2, sección criminal. 1103p.

Elementos de la culpa: la previsibilidad del resultado ilícito y la experiencia y conocimiento del hechor respecto de la acción que realiza, son elementos fundamentales de la culpa; al contarse con estos elementos, resulta necesario y oportuno prever un resultado lamentable de no tomarse las debidas precauciones que eliminarían la posibilidad de un hecho culposo o imprudente.

C. Suprema, rol n° 3.050, 17 de julio de 1997, F.M. n° 464, fallo n°2, sección criminal. 1103p.

Elementos de un cuasidelito: hay tres características que deben cumplirse para configurar un cuasidelito: a) ausencia de voluntad maliciosa, b) daño material y c) falta de previsión.

C. Suprema, rol n° 261-97, 8 de mayo de 1997, F.M. n° 462, fallo n°13, sección criminal. 749p.

Requisito de falta de previsión: Como nuestro código penal no ha definido la imprudencia, para apreciar si hubo o no falta de previsión debe recurrirse al concepto que emana de los diversos fallos de la Corte Suprema sobre la materia, la cual ha declarado lo siguiente: “la imprudencia consiste en la falta de previsión y de la racional cautela que debe acompañar todos los actos de los que puede provenir fácilmente un mal o daño irreparable; o, en una imprevisión punible o en no prever un daño que debía preverse, o en una omisión de las comunes previsiones de un mal que, debiendo serlo, no fue previsto por el agente.

C. Suprema, rol n° 261-97, 8 de mayo de 1997, F.M. n° 462, fallo n°13, sección criminal. 749p.

Tipos de imprudencia: el código penal chileno distingue, como se enseña tradicionalmente, tres tipos de imprudencia; la temeraria, la simple con infracción de reglamentos-ambas castigadas como delito-y la simple negligencia o imprudencia sin infracción de reglamentos, penada como falta.

C. Suprema, rol n° 261-97, 8 de mayo de 1997, F.M. n° 462, fallo n°13, sección criminal. 749p.

Requisitos del cuasidelito: Nuestro código punitivo exige para la existencia de un cuasidelito la culpa del autor y que dicha culpa vaya agregada a la infracción de reglamentos.

C. Suprema, rol n° 261-97, 8 de mayo de 1997, F.M. n° 462, fallo n°13, sección criminal. 749p.

Caso: en materia de tránsito, la existencia del cuasidelito se resuelve concretamente en la determinación de si existieron o no infracciones a normas específicas de la ley respectiva, ya que es absolutamente imposible vulnerarlas sin incurrir simultáneamente en una conducta culposa; esto es, infractora del deber de cuidado mínimo exigible.

C. Suprema, rol n° 261-97, 8 de mayo de 1997, F.M. n° 462, fallo n°13, sección criminal. 749p.

Artículo 7.

Delito consumado. Caso. La calificación de delito consumado atribuida a un robo es correcta, en tanto que el ofensor fue capturado cuando se aprestaba a perpetrar enseguida otro hurto; quiere ello decir que ya había asegurado en su poder las especies sustraídas anteriormente a otro ofendido, consumando así ese delito.

C. Suprema, rol n° 30.997, 24 de Abril de 1995, RFM n° 437 de abril de 1995, fallo n° 12. 325p.

Ejemplo de delito frustrado: el procesado puso de su parte todo lo necesario para concretar la acción delictiva y si esta no se consumó, lo fué por causas independientes de su voluntad, esto es; el haber sido sorprendido por quien estaba a cargo del vehículo. En efecto, al interrumpirse la acción del delincuente éste había realizado distintos actos que indudablemente tenían por objeto sustraer el automóvil, en el sentido de que procedió a quebrar el vidrio de la puerta del costado del conductor, luego forzó la chapa de la misma puerta, se introdujo dentro del furgón, se sentó en el lugar del conductor, forzó la chapa de contacto, trató de hacer funcionar el motor del vehículo, restando para consumarlo únicamente el ponerlo en movimiento, lo que no consigue porque se lo impiden terceros, lo que motivó en definitiva, que el delito no se perfeccionara encontrándose en grado de frustrado.

C. Suprema, rol n° 4.050, 7 de abril de 1997, F.M. n°461, fallo n°5, sección criminal. 438p.

Artículo 10 n°5.

Existencia de una agresión como presupuesto de la legítima defensa: Como es de sobra sabido y aceptado por la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia, la legítima defensa, en cualquiera de sus formas, requiere como presupuesto indispensable una agresión que, además de ilegítima, debe ser real, es decir, existir objetiva y

verdaderamente. La efectividad de la agresión, esto es, su realidad, se ha de juzgar objetivamente, vale decir, con independencia del conocimiento que los intervinientes tienen o pueden tener de la situación.

C. Suprema, rol n° 1.338-98, 4 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 1, sección criminal. 1438p

Artículo 10 n° 7.

Concepto estado de necesidad: se trata de una situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico; o bien, que obra en estado de necesidad justificante quien ataca el bien jurídico de un tercero, con el objeto de evitar la lesión de uno valioso, perteneciente a sí mismo o a otro, o dicho de otro modo, es la existencia de una situación en la que la salvación de un bien jurídico no es posible sino mediante la realización de una acción típica que sacrifica otro menos valioso.

C. Suprema, rol n° 158-02, 6 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n° 6, 1ª sección criminal. 3895p.

El bien jurídico en el estado de necesidad: para evitar un mal, cualquier bien jurídico puede ser preservado al amparo del estado de necesidad, sin embargo, no siguen la misma suerte los bienes susceptibles de ser sacrificados. La norma expresamente se refiere a la propiedad ajena, entendida como todo bien de significación patrimonial, como la única susceptible de ser dañada, de suerte que no puede servir de base a la justificante el sacrificio de un bien jurídico de distinta naturaleza.

C. Suprema, rol n° 158-02, 6 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n° 6, 1ª sección criminal. 3895p.

Artículo 11.

Apreciación de una atenuante como muy calificada: la ponderación de una atenuante como muy calificada constituye una facultad privativa de los jueces de la instancia, y por consiguiente, la evaluación que ellos realicen al respecto, no puede generar un error de derecho. Que a mayor abundamiento cabe señalar que para apreciar la conducta pretérita de un procesado como atenuante muy calificada, es menester que concurren a su respecto antecedentes morales y éticos de singular entidad.

C. Suprema, rol n° 30.804, 9 de septiembre de 1996, F.M. n°446, fallo n°17, sección criminal. 2122p.

Artículo 11 n° 1.

Relación de la atenuante del 11 n° 1 en relación con el 10 n° 1: la presencia de alteraciones emocionales es connatural a los actos delictuales, lo que por lo mismo no constituye una anomalía mental que pueda gravitar en la disminución de la pena.

C. Suprema, rol n° 1778-96, 29 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 14, sección criminal. 1524p.

Caso: una correcta ponderación de los informes de adicción y psiquiátricos, estableció que a la fecha en que ocurrieron los hechos, la encausada no se encontraba totalmente privada de razón, pero su voluntad estaba determinada por sus trastornos de adicción a drogas que causan grave daño a la salud humana; hecho que si bien no tiene los caracteres para eximirle de responsabilidad penal, sí representan una entidad suficiente para acreditar la aminorante del art. 11 n° 1 del Código Penal en relación con el 10 n° 1 del mismo cuerpo legal, desde el momento que la procesada, por causas que no pueden calificarse de totalmente conscientes realizó la conducta por la que se le acusó, encontrándose su responsabilidad penal disminuida

C. Suprema, rol 310-98, 7 de abril de 1998, F.M. n° 473, fallo n° 3, sección criminal. 276p.

Artículo 11 n° 6.

Elementos que configuran la atenuante: constituye la atenuante de irreprochable conducta anterior una conducta no sólo exenta de reproches penales sino que una trayectoria ejemplar en sus relaciones familiares, sociales y comerciales, todo lo cual la hace merecedora de ser considerada como un miembro plenamente integrado a la comunidad, razón para ponderar como muy calificada.

C. Suprema, rol n° 32.400, 6 de noviembre de 1995, F.M., n°444, fallo n° 5, sección criminal. 1703p.

Prueba de la atenuante: los antecedentes en que se base la calificación de la aminorante necesariamente deben estar destinados a acreditar la conducta del procesado con anterioridad a su actuar ilícito, por lo que no son útiles a este fin los documentos expedidos con posterioridad al delito.

C. Suprema, rol n° 3001-96, 16 de septiembre de 1996, F.M. n° 454, fallo n° 8, sección criminal. 1934p.

Concurrencia de la atenuante: aunque es perfectamente procedente reconocerla en los casos en que quien la invoca sólo haya pretendido expresamente configurar la atenuante, ya que la ley no exige obrar con un ánimo de arrepentimiento, la verdad es que aún en tal caso, la reparación deberá ser siempre celosa, en el sentido de significar un serio esfuerzo por parte del delincuente y guardar una mínima relación de proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido.

C. Suprema, rol n° 32.351, 4 de noviembre de 1996, F.M. n° 456, fallo n° 11, sección criminal. 2483p.

Caso: la sola ausencia de anotaciones prontuariales es insuficiente para acreditar la irreprochable conducta pretérita de los encausados, máxime cuando los informes sobre sus facultades mentales permiten concluir que se trata de individuos drogadictos que acostumbraban juntarse para inhalar neoprén.

C. Suprema, rol n° 4.423-96, 23 de enero de 1996, F.M. n° 458, fallo n°16, sección criminal. 2934p.

No basta con el extracto de filiación y el testimonio de dos testigos. Caso: A pesar de que el extracto de filiación de un imputado no registre condenas y que se hayan allegado al proceso las declaraciones de dos personas que dicen haberlo conocido como un sujeto responsable y buen hijo de familia, lo cierto es que estos antecedentes no son satisfactoriamente idóneos para calificar, sin otros datos, de intachable la conducta del reo. Se requiere algo más que no haber sido condenado en otras oportunidades, ni basta tampoco la opinión de los referidos que dicen ser sus amigos muy cercanos, para convencerse de que ha tenido un proceder ejemplar.

C. Suprema, rol n° 2.387-97, 7 de octubre de 1997, F.M. n° 467, fallo n°3, sección criminal. 1870-1871p.

No basta que el extracto de filiación del reo no registre anotaciones penales anteriores: ni la declaración que en su favor han prestado en la causa dos testigos que se limitan a expresar respecto de él, que se trata de una persona honrada, correcta, dedicada a su familia, respetuoso, trabajador y responsable, testimonios que aun cuando estén basados en apreciaciones de carácter subjetivo, sirven precisamente para acreditar la concurrencia de la atenuante de que se trata, pero en ningún caso aportan alguna información objetiva de actividades de relevancia o de bien público que hubiere

desarrollado el procesado y que permitan por ese motivo excepcional, calificar su conducta.

C. Suprema, rol n° 3.064-97, 4 de diciembre de 1997, F.M. n° 469, fallo n° 2, sección criminal. 2319p.

Prueba de la atenuante: la irreprochabilidad de la conducta anterior es un hecho que puede ser probado con arreglo a las reglas generales, sin que se encuentre sometido a formalismos especiales.

C. Suprema, rol n° 3.608-99, 16 de marzo de 2000, F.M. n° 496, fallo n° 10, sección criminal. 300p.

Requisitos de concurrencia: lo que exige la norma es tan sólo que el procesado no haya sido condenado y penado efectivamente con anterioridad al hecho de que ahora se le inculpa. Un sector respetable de la doctrina, sostiene, a este respecto, que también obsta a la irreprochabilidad de la conducta precedente la circunstancia de que el sujeto haya incurrido a lo largo de su vida en “comportamientos socialmente perturbadores” aunque no sean típicos; sin embargo, la opinión dominante en la literatura, se aparta de este criterio y afirma que es socialmente relevante, sólo aquello que es también jurídicamente desaprobado, de suerte que para la concurrencia de la atenuante, basta con un extracto de filiación exento de constancias condenatorias.

C. Suprema, rol n° 4.216-01, 12 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n° 8, 1ª sección criminal. 3918p.

Artículo 11 n°7.

Depósito de dinero. No obstante haberse cometido el ilícito y habiéndose producido con él un perjuicio mínimo a la víctima, si el ofensor estuvo pronto a reparar el mal causado mediante un depósito que casi cuadruplica el monto de lo que se sustrajo, se hace merecedor de que concurra en su favor la atenuante, en calidad de muy calificada.

C. Suprema, 18 de abril de 1995, rol n° 5.552, F.M. n°437 de abril de 1995, fallo n° 2. 289p.

Artículo 11 n° 7.

Alcance de la atenuante: procurar con celo el mal causado no debe vincularse necesariamente a un arrepentimiento real del condenado, ni considerársele una

expresión del mismo, ya que es perfectamente posible que el condenado procure celosamente reparar el mal causado con la única finalidad de obtener el reconocimiento de la atenuante, sin que ello obste a tal reconocimiento.

C. Suprema, rol n° 30.862, de 8 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 11, sección criminal. 1500p.

Atenuante no aplica en delitos de peligro: En relación a la reparación del mal en delitos de peligro, el tráfico ilícito de estupefacientes es un delito de peligro en contra de la salud pública, de tal modo que no exige para su configuración la lesión efectiva de ese bien jurídico sino que basta el peligro que para el importan las conductas sancionadas. En tal sentido, resulta imposible proceder a una reparación del mal causado, ya que este es intangible y no susceptible de ser medido o cuantificado.

C. Suprema, rol n° 30.862, de 8 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 11, sección criminal. 1501p.

Caso. La celebración de un avenimiento con posterioridad a la presentación de la querrela por parte de uno de los afectados por el ilícito y la cancelación al actor civil de la indemnización ordenada por la sentencia de primer grado difícilmente pueden considerarse como manifestaciones celosas y diligentes de reparar con celo el mal causado por el delito.

C. Suprema, rol n° 33.917, 8 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 3, sección criminal. 1443p.

Elementos de la atenuante. Para que pueda ser acogida, cualquiera sea el ilícito a castigar, el legislador exige para el que la invoca que “haya procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias”, lo que supone por parte del delincuente una actitud de arrepentimiento personal que debe manifestarse de un modo cierto, efectivo, inmediato y oportuno en la ejecución de actos concretos destinados a eliminar los resultados perniciosos del delito, lo que se concluye del vocablo “procurando” empleado en el Código Punitivo, porque obviamente no se exige la reparación total del daño, pero sí un deseo, una actitud diligente con el fin de lograr aquel objetivo.

C. Suprema, rol n°31.203, 24 de mayo de 1995, F.M. n° 438, fallo n° 8, sección criminal. 504p.

Atenuante aplicable a delitos de resultado y no de peligro: para que sea aplicable esta atenuante, es preciso que el delito se traduzca en un resultado concreto que sea posible reparar, de modo tal, que en los denominados “delitos de peligro” no habiendo un resultado dañoso concreto, no es posible su aplicación.

C. Suprema, rol n° 31.203, 24 de mayo de 1995, F.M. n°438, fallo N°8. 505p.

C. Suprema, rol n° 30.203, 25 de mayo de 1995, F.M. n°440, fallo n°10. 840p.

Caso: que no corresponde reconocer al encausado esta atenuante, consistente en diversas consignaciones que suman \$525.571 pesos, por cuanto, por tratarse de delitos que afectaron gravemente el patrimonio de la víctima, el monto de las consignaciones efectuadas comparativamente resulta muy exiguo, además que la mayor parte de ellas han sido efectuadas tardíamente, en vísperas del fallo de segunda instancia, lo que no revela el celo que exige la disposición citada.

C. Suprema, rol n° 1.782-96, 17 de abril de 1997, F.M. n°461, fallo n°1, sección criminal. 419p.

Ejemplo: Que las distintas consignaciones que en total alcanzan la cantidad de \$ 29.000 pesos, no reflejan un propósito celoso y reparador del mal causado, especialmente, si no se demuestra que ellas se efectuaron con esfuerzo y arrepentimiento, más aun, cuando después de lograr su libertad el encausado no ha demostrado continuar con tal propósito reparador, por lo que no es posible configurar la atenuante.

C. Suprema, rol n° 672-97, 6 de mayo de 1997, F.M. n° 462, fallo n°8, sección criminal. 733p.

Ejemplo: la suma de \$ 55.000 pesos, depositados con posterioridad al fallo del juez a quo, no demuestran un propósito realmente celoso de reparar el mal causado, en tanto es inaceptable que con \$55.000 pesos se pueda reparar la gravedad del delito, (homicidio calificado, por un superior militar a un conscripto), pues se ha tronchado una vida preciosa y se ha dejado un vacío en la familia de ese joven soldado que fue a hacer el servicio militar pensando que cumplía y no sabía el peligro que se escondía en la conducta depravada de ese superior inmediato suyo, por lo tanto ninguna reparación ha existido.

C. Suprema, rol n° 1.640-97, 2 de septiembre de 1997, F.M. n° 466, fallo n° 18, sección criminal. 1648p.

Artículo 11 n°8.

Configuración de la atenuante: lo que ante los ojos de la ley constituye atenuante, es el hecho de posibilitar la acción de la justicia, pudiendo eludirla, y esto se verifica con la presentación ante ella. Y en lo que toca a confesar el delito, es suficiente con que el reo reconozca los hechos constitutivos de su participación, aunque le agregue circunstancias que lo eximirían de responsabilidad o atenuarían. Se incurre en error de derecho entonces si se exigiera que la confesión fuera completa y que se reconociera culpa o dolo en la ejecución del hecho punible.

C. Suprema, rol n° 3.279-96, 4 de marzo de 1997, F.M. n° 459, fallo n°5, sección criminal.

Presupuestos: esta aminorante tiene dos presupuestos fundamentales: a) que el partícipe del hecho punible haya tenido la posibilidad cierta de eludir la acción represiva del estado y b) que haya reconocido tener participación en el ilícito indicando circunstanciadamente en lo que consiste.

C. Suprema, rol n° 802-98, 20 de mayo de 1998, F.M. n° 474, fallo n°8, sección criminal. 629p.

Alcance: el legislador sólo exige que el encausado haya tenido la posibilidad de eludir la acción de la justicia por medio de fuga u ocultándose, no que haya contado con la “certeza” de poder hacerlo-cosa que por otra parte nunca será posible asegurar-. Basta, pues, con que existiera para el ofensor la alternativa de ocultarse o fugarse, con la esperanza aún improbable de eludir la acción de la justicia –o, cuando menos, de retardarla o reducir su efectividad-y que, sin embargo, haya desestimado echar mano de ella, prefiriendo denunciarse y confesar el delito, contribuyendo así, por el contrario, con su cooperación, al más pronto esclarecimiento de los hechos. Dicho de una manera coloquial, la “ratio” de la atenuante consiste en que el derecho quiere premiar la conducta del que contaba con la posibilidad de entorpecer el acciona de la justicia y, en cambio, ha preferido favorecerla.

C. Suprema, rol n° 4.216-01, 12 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n°8, 1ª sección criminal. 3919p.

Artículo 12.

Actuar privado de razón no permite configurar las agravantes: al actuar el hechor de un delito, privado de razón parcialmente, indica que no puede haber tenido la intencionalidad positiva de obrar a traición, ni con premeditación conocida, de modo que no se pueden configurar contra él las causales agravantes de los números 1 y 5 del art 12 del Código Penal, si no que, por el contrario, opera la atenuante del 11 n°1 en relación con el 10 n°1 del mismo cuerpo legal.

C. Suprema, 4 de marzo de 1995, rol n°30.907, F.M. n°436, marzo de 1995, fallo n°2. Sec. criminal. 147p.

Artículo 12 n° 1.

Caso de alevosía: la conducta del procesado aparece como ostensiblemente alevosa, por cuanto su actuar fue a traición (oculta el arma entre sus ropas y dispara sin mediar palabra) y sobre seguro (después de efectuar los disparos guardó el arma y salió tranquilamente del local). En síntesis, el hechor privó a la víctima de toda posibilidad de defensa, a la vez que redujo al máximo el riesgo propio ante la posible intervención de terceros.

C Suprema, rol n° 1778-96, 29 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 14, sección criminal. 1523p.

Elementos configurantes: la doctrina se ha pronunciado en el sentido de que lo fundamental de la alevosía es que se dé la indefensión de la víctima: “de parte de la víctima la alevosía requiere que no esté en condiciones de defenderse, o que estando en situación de hacerlo, no alcance o no logre advertir el ataque de que es objeto. El actuar subjetivo en cuanto a su verdadero alcance de parte del homicida y la posición efectiva de indefensión de la víctima en tales circunstancias, es lo que constituye en esencia la alevosía (Mario Garrido Montt “El homicidio y sus figuras penales”, ed. Cono Sur, 1994, pág. 155).

C. Suprema, rol n° 1778-96, 29 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 14, sección criminal. 1523p.

Alcance y aplicación de la agravante: de la redacción de la norma legal que se refiere, se ha entendido por regla general que ella es sólo aplicable en aquellos ilícitos que se consuman en las personas.

C. Suprema, rol n° 1.640-97, 2 de septiembre de 1997, F.M. n° 466, fallo n° 18, sección criminal. 1648p.

Ejemplo: encontrándose la víctima a corta distancia del agente y con los brazos en alto, el homicida actuó en forma desalmada y manifestando un desprecio sumamente intenso hacia la vida de otra persona, en términos que es procedente estimar que el autor del delito ha actuado con alevosía, ya que se obra indudablemente sobre seguro cuando la víctima se ha rendido con los brazos en alto.

C. Suprema, rol n° 2.933-97, 21 de octubre de 1997, F.M. n° 467, fallo n° 5, sección criminal. 1893-1894p.

Ámbito de aplicación de la alevosía: si bien es efectivo que el art. 12 n° 1 establece que la agravante alevosía sólo se aplica en “los delitos contra las personas, no cabe duda que este concepto no queda circunscrito sólo a los ilícitos contemplados en el libro II, título VII del CP, sino que comprende todas aquellas figuras penales en que la integridad de la persona es uno de los bienes jurídicos protegidos. Se deduce que el concepto “delito contra las personas” no puede simplificarse hasta el extremo de definirse según el título del Código Penal que los incluye.

C. Suprema, rol N° 3.284-98, 11 de diciembre de 1998, F.M. n° 481, fallo n° 9, sección criminal. 2781p.

Artículo 12 n° 2.

Aplicación de la agravante: debe aplicarse tanto al que ofrece como al que acepta delinquir, pues de acuerdo a su tenor literal, la expresión “cometerlo” de acuerdo con el diccionario de la lengua “hablando de yerros, culpas, faltas, etc., caer incurrir en ellas, afecta tanto al que la sugiere, convence o induce como al que realiza materialmente los hechos que constituyen el ilícito, o sea, se aplica en su acepción amplia a los autores del delito, y ellos son no sólo los que lo ejecutan materialmente, sino también los que lo inducen.

C. Suprema, rol n° 574-97, 8 de julio de 1997, F.M. n° 464, fallo n° 9, sección criminal. 1142p.

Artículo 12 n° 6.

Aplicación de la agravante. Hurto y Robo son delitos de la misma especie: Se aplica correctamente, por concurrir delitos de la misma especie, en el caso de que se sea autor de los delitos de hurto de especies, robo por sorpresa y robo con intimidación, desde el momento en que el código punitivo clasifica los delitos según el bien jurídico

protegido, siendo en estos delitos el mismo bien jurídico, de modo que se trataría de delitos de la misma especie, operando la agravante.

C. Suprema, rol n° 474-97, 24 de abril de 1997, F.M. n° 461, fallo n°7, sección criminal. 449p.

Artículo 12 n° 12.

Concepto de la agravante: consiste en ejecutar el hecho incriminado en despoblado, y el legislador deja supeditada su consideración a la naturaleza y accidentes del delito. La palabra “despoblado” en el sentido que nos interesa analizar, equivale a un paraje aislado, solitario y distante de puntos habitados, puesto que es de doctrina general que el reo lo busque intencionalmente o se aproveche de él con el objeto de facilitar su impunidad y de evitar el auxilio de la víctima.

C. Suprema, rol n° 660-00, 25 de mayo de 2000, F.M. n° 498, fallo n° 8, sección criminal. 1008p.

Artículo 12 n° 14.

Requisitos de concurrencia: Para que se configure la agravante, es preciso que la persona habiendo quebrantado su condena, y encontrándose dentro del plazo para ser castigado por ello (por el quebrantamiento), incurra en un delito nuevamente.

C. Suprema, rol n° 32.346, 6 de diciembre de 1995, F.M., n° 445, fallo n° 11, sección criminal. 1854p.

Artículo 12 n° 15 y 16.

Alcance de la agravante: Esta formas de reincidencia-y que parte de la doctrina llama reincidencia propia o verdadera-requiere del cumplimiento efectivo de la pena, lo que se desprende del fundamento mismo de la agravante en cuestión, como del uso de la voz “castigado” (presente tanto en el n° 15 del art 12 y en el art 92 n° 1 y 2 del mismo cuerpo legal).

C. Suprema, rol n° 2.345-97, 28 de agosto de 1997, F.M. n°465, fallo n°9, sección criminal. 1392p.

Artículo 12 n° 16.

Fundamento de la sanción a la reincidencia: la escuela clásica plantea que el nuevo delinquiramiento, pese al castigo sufrido, demuestra que la sanción no era suficientemente severa como para disuadir al agente de cometer otros delitos; y aunque para los positivistas lo verdaderamente importante es la peligrosidad que ha de procurarse contener o evitar, y no la reincidencia misma, es lo cierto que este punto de vista parte de la base de que la pena se haya cumplido en el caso del reincidente.

C. Suprema, rol n° 2.345-97, 28 de agosto de 1997, F.M. n°465, fallo n°9, sección criminal. 1392p.

Características y requisitos: Si bien la reincidencia específica, requiere de cumplimiento de la pena (según resulta del texto del art. 92 CP), de ninguna manera la ley ha sujetado la reincidencia al cumplimiento carcelario de la sanción. Así, lo propiamente característico de esta agravante es la peligrosidad del hechor, la habitualidad de su conducta como resaltan los positivistas; y anclada en esta concepción las tendencias modernas, estiman que basta la sentencia ejecutoriada incluso, porque es el delito el antecedente de la reincidencia y no el proceso, la sentencia o el cumplimiento de la condena (Labatut, Derecho Penal, tomo I, 234p). Por lo demás, la palabra reincidencia significa recaer en el delito.

C. Suprema, rol n° 2.765-97, 15 de octubre de 1997, F.M. n° 467, fallo n°10, sección criminal. 1916p.

Artículo 15.

Concurrencia de la co-autoría: Aun cuando en la comisión de un delito participen diversos individuos, es condición esencial para condenarlos por el resultado producido, que exista convergencia en el elemento subjetivo, esto es, identidad en la voluntad de concretar el tipo delictivo; si ello no se da, cada individuo debe responder por el acto que subjetivamente cometió, esto es su propio dolo, sin que se le pueda aplicar por extensión el dolo de los demás, a menos de acreditarse el concierto en forma clara y precisa.

C. Suprema, rol n° 3004-96, 17 de septiembre de 1996, F.M. n° 454, fallo n° 2, sección criminal. 1899p.

Amplitud del concepto de autor: en la doctrina nacional prevalece la opinión de que la disposición enunciativa del art. 15 del Código Penal establece un concepto amplio de autor, en desmedro de la complicidad. Ello porque se considera que la locución “tomar

parte en la ejecución del hecho de una manera amplia y directa” que emplea el art. 15, comprende toda actividad que contribuya a la realización de un todo delictivo.

C. Suprema, rol n° 32.400, 6 de noviembre de 1995, F.M. n°444, fallo n° 5, sección criminal. 1702p.

Caso: integración de conductas en la autoría: en el delito de tráfico de drogas, aun cuando sea posible distinguir la actividad delictiva de quien introdujo droga al país, de quien la guardó y quien finalmente la comercializó, ello no impide integrar dichas conductas dentro del concepto de autoría que prevé nuestro ordenamiento jurídico penal.

C. Suprema, rol n° 32.400, 6 de noviembre de 1995, F.M., n°444, fallo n° 5, sección criminal. 1702p.

Carácter de la autoría: La autoría es una figura jurídica caracterizada fundamentalmente por la concurrencia del dolo dirigido contra el bien jurídico de que se trata, que la ley protege.

C. Suprema, rol n° 2387-97, 7 de octubre de 1997, F.M. n° 467, fallo n°3, sección criminal. 1867p.

Artículo 16.

Definición de complicidad. Complicidad es la ayuda, auxilio o cooperación, accesoria o secundaria que se presta a otro para la ejecución de un delito por actos anteriores o simultáneos a su ejecución.

C. Suprema, rol n° 31.030, 27 de octubre de 1995, F.M. n° 443, fallo n° 14, sección criminal. 1529p.

Concepto: La complicidad constituye una conducta de cooperación eficiente al delito por actos anteriores al mismo.

C. Suprema, rol n° 2933-97, 21 de octubre de 1997, F.M. n° 467, fallo n° 5, sección criminal. 1895p.

Artículo 17.

Concepto de encubridor: es encubridor el que se limita a ocultar los efectos o instrumentos del delito, con posterioridad a su perpetración, sin que incluso, se encuentre acreditado que intervino para impedir el descubrimiento del ilícito.

C. Suprema, rol n° 29.502, 16 de enero de 1995, F.M. n° 434, fallo n° 7, sección criminal. 1158p.

Artículo 18.

Ley penal mas favorable, vigencia: el legislador puede disponer la vigencia diferida de una norma penal, sin embargo, si esta favorece al procesado, por mandato de la Carta Fundamental (19 n°3) la que es directamente aplicable, corresponde tenerla en consideración desde que es promulgada.

C. Suprema, rol n° 1.901-98, 8 de julio de 1998, F.M. n° 476, fallo n°4, sección criminal. 1140p.

Artículo 31.

Carácter de la pena de comiso. El comiso es una pena pecuniaria y accesoria que va unida siempre a la pena principal y que de no aplicarse configura causal de casación en el fondo (art 546 inc. 1° ACPP)

C. Suprema, 24 de abril de 1995, Rol n° 31.084, F.M. n° 437 de abril de 1995, fallo n°3. 293p.

Accesoriedad de la pena de comiso. La sanción de la pena de comiso va siempre unida a la pena principal, de modo que si no se aplica se incurre en causal de casación en el fondo, al infringir el art. 31, por aplicarse una pena menor de la asignada al delito.

C. Suprema, rol n° 30.115, 5 de octubre de 1995, F.M. n° 443, fallo n° 20, sección criminal. 1561p.

Determinación del comiso como pena aplicable: para hacer procedente la aplicación de la pena accesoria del comiso, los jueces del fondo tienen facultades discrecionales para determinar-conforme al mérito del proceso-si existen o no efectos o instrumentos del delito y, en el caso asertivo, si ellos pertenecen o no a un tercero ajeno a la actividad delictiva.

C. Suprema, rol n° 1990-96, 27 de agosto de 1996, F.M. n° 453, fallo n°12, sección criminal. 1757p.

Artículo 68.

Aplicación de la rebaja de pena: Aplicar la rebaja de penalidad asignada al delito es facultativo y no obligatorio para el tribunal.

C. Suprema, rol n° 31.589, 9 de agosto de 1995, F.M. n° 441, fallo n° 4, sección criminal. 1034p.

Art. 68 bis.

Requisitos para considerar una atenuante como “muy calificada”: para que se produzca el efecto que señala esa norma, el legislador ha previsto que concurra respecto del condenado, una situación especial, pretérita, y de la cual exista la debida constancia en el proceso que permita al juez establecerla como un hecho indubitado, pues lo contrario significaría dejar al sentenciador en absoluta libertad de rebajar en un grado la pena que corresponde aplicar en un determinado delito por razones puramente subjetivas y carentes de toda lógica jurídica.

C. Suprema, rol n° 3.064-97, 4 de diciembre de 1997, F.M. n° 469, fallo n° 2, sección criminal. 2319p.

Presupuestos para que el tribunal pondere como “muy calificada” una atenuante: la concurrencia de una atenuante “muy calificada”, ha de traducirse en que, el comportamiento social previo del agente no sólo no es merecedor de reproche alguno, sino que –además- se encuentra revestido de caracteres de notoriedad, excelencia y excepcionalidad tales que le singularizan y distinguen, sobremanera, del resto de sus semejantes. Dicho en otras palabras, cuando el legislador instituye aquella posibilidad de rebaja, es inconcuso que la ha reservado para casos o situaciones que por extraordinarias o especialísimas o que en su terminología, “por muy calificadas”, se imponen como dignas de aquel tratamiento de privilegio.

C. Suprema, rol n° 143-98, 7 de mayo de 1998, F.M. n° 474, fallo n° 10, sección criminal. 638p.

Artículo 90.

Relación art. 90 y art. 12 n° 14 Código Penal: el castigo por el quebrantamiento propiamente dicho, del art. 90, es sin perjuicio de la procedencia de la modificatoria de responsabilidad del 12 n° 14 CP, como quiera que uno y otro precepto operan sobre bases y para casos diversos, en tanto están llamados a regir cuestiones disimiles. Así, mientras el art. 90 está referido, exclusivamente al no acatamiento o inobservancia de una pena ya impuesta, esto es, al quebrantamiento, la agravante mencionada alude a una situación diferente; no sólo adicional, sino que, también posterior, al hecho de cometer un delito y hacerlo después de haber quebrantado y dentro del plazo en que puede castigarse dicho quebrantamiento. Nada obsta para que aquel que se encuentre en el caso del 12 n° 14 pueda ver agravada su responsabilidad en el delito respectivo y al mismo tiempo, ser sancionado por el quebrantamiento en el que incurre.

C. Suprema, rol n° 2.379-98, 1 de septiembre de 1998, F.M. n° 478, fallo n°2, sección criminal. 1758p.

Alcance: el inciso primero señala únicamente la forma en que deberá cumplirse la condena primitiva y la que corresponde al nuevo delito (lo que se hará conforme al art. 74 del Código Penal, en caso de imponerse varias penas al delinciente), no se trata por tanto de imponer pena alguna por la conducta del procesado que comete un nuevo delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado, tratándose solo de establecer la manera de cumplimiento de dos penas sucesivamente impuestas.

C. Suprema, rol n° 32.346, 6 de diciembre de 1995, F.M. n° 445, fallo n° 11, sección criminal. 1853p.

C. Suprema, rol n° 2.379-98, 1 de septiembre de 1998, F.M. n° 478, fallo n°2, sección criminal. 1757p.

Artículo 91.

Aplicación del artículo. La libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado. A este caso corresponde aplicarle el inciso 1° del art. 91 del Código Penal, ya que esta disposición se limita a reglamentar el procedimiento que asegure el cumplimiento de todas las penas impuestas al encausado, sin señalar un agravamiento específico, como si ocurre en los incisos 2° y 3° del mismo artículo (de ahí que la aplicación del referido inciso no excluye la posibilidad de aplicar las agravantes, como sería la del n° 14 del art. 12 CP).

C. Suprema, rol n° 33.628, 20 de diciembre de 1995, F.M., n° 445, fallo n° 10, sección criminal. 1843p.

Alcance: el inciso primero señala únicamente la forma en que deberá cumplirse la condena primitiva y la que corresponde al nuevo delito (lo que se hará conforme al art. 74 del Código Penal, en caso de imponerse varias penas al delinciente), no se trata por tanto de imponer pena alguna por la conducta del procesado que comete un nuevo delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado, tratándose solo de establecer la manera de cumplimiento de dos penas sucesivamente impuestas.

C. Suprema, rol n° 32.346, 6 de diciembre de 1995, F.M. n° 445, fallo n° 11, sección criminal. 1853p.

C. Suprema, rol n° 2.379-98, 1 de septiembre de 1998, F.M. n° 478, fallo n°2, sección criminal. 1757p.

Regla especial para las penas perpetuas: en el caso de penas perpetuas que se estaban cumpliendo o habían sido quebrantadas, se establece una pena especial si el delincuente comete nuevamente un delito en esa situación, ya que se fija una sola pena que cubre ambos delitos.

C. Suprema, rol n° 32.346, 6 de diciembre de 1995, F.M. n° 445, fallo n° 11, sección criminal. 1853p.

Artículo 93.

Amnistía es forma de extinción de responsabilidad penal: “No sólo extingue la pena, si no que deja al individuo en condiciones como si nunca hubiera cometido el delito (...) la amnistía es más que una liberación de pena, es más que el perdón del delito” (Fontecilla Rafael, Tratado de Derecho Procesal, tomo III, 1978, pág. 133).

C. Suprema, rol n° 5.556, 26 de octubre de 1995, F.M. n° 443, fallo n° 7. 1479p.

Efecto de la prescripción de la acción: al concurrir en la especie la prescripción de la acción, obsta a que cualquier error de derecho que afecte al sobreseimiento definitivo dictado en el proceso, pueda irrogar perjuicio o agravio a la contraparte, porque en el supuesto de que prosperara su pretensión de nulidad la investigación no podría continuar por disposición de aquel precepto.

C. Suprema, rol n° 1818-96, 16 de enero de 1997, F.M. n° 458, fallo n° 2, sección criminal. 2489p.

Artículo 93 n° 3.

Amnistía opera de pleno derecho. “Como causal objetiva de extinción de responsabilidad, sus efectos se producen de pleno derecho, sin que puedan ser renunciados sus beneficios, en tanto se trata de leyes de derecho público. Una vez verificada, deben los jueces declararla sin que sea necesario agotar la investigación para determinar el cuerpo del delito y la persona del delincuente (...)” (R.D.J. tomo 87, 2 p, s 4ª. pág. 64).

C. Suprema, rol n° 5.556, 26 de octubre de 1995, F.M. n° 443, fallo n°7. 1480p.

Aplicación de la amnistía: La amnistía es una institución jurídica cuyos efectos consisten en hacer desaparecer las consecuencias penales de determinados hechos,

así lo ha entendido unánimemente la doctrina y también la jurisprudencia hasta antes de la dictación del DL 2.191 de 1978, en el sentido de que dictada una ley de amnistía ha de tenerse por anulado el carácter delictuoso del hecho y por eliminada toda consecuencia penal que para los responsables derive de él. Por ello, si una amnistía se dicta antes que se inicie un proceso, no podrá deducirse acción penal alguna por estar sus titulares privados de ella, y si durante el proceso se diere tal situación, corresponde en ese momento sobreseer definitivamente en la causa, por carecer de todo sentido jurídico la prosecución de la investigación.

C. Suprema, rol n° 33.696 de 24 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n°6, sección criminal. 1471p.

Efectos de la amnistía: debe entenderse que en nuestro ordenamiento jurídico, la amnistía constituye un acto del poder legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por toda ley, como consecuencia de que hace desaparecer la punibilidad del delito, de eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos; o anula y deja sin efecto las condenas que por esos delitos se hayan impuesto, desde el punto de vista legal, en la misma situación que si no hubiesen delinquido.

C. Suprema, rol n° 33.696, 24 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n°6, sección criminal. 1472p.

Amnistía opera de pleno derecho: siendo la amnistía una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal, en consecuencia, sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por la ley, sin que sus efectos puedan ser rehusados por sus beneficiarios, pues se trata de leyes de derecho público, que miran al interés general de la sociedad, de tal forma entonces, que una vez verificada la procedencia de una ley de amnistía, deben los jueces proceder a declararla en conformidad a lo dispuesto en el artículo 408 n°5 del CPP.

C. Suprema, rol n° 33.696, 24 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n°6, sección criminal. 1472p.

Carácter de la amnistía: es una institución cuya naturaleza es tal que, en opinión de los tratadistas, no sólo extingue la pena señalada por la ley al delito de que se trata, sino que del mismo modo hace perder toda eficacia a la acción penal atinente, dejando al

autor de los hechos originalmente ilícitos, en la condición jurídica de quien no ha delinquido por ese capítulo.

C. Suprema, rol n° 28-97, 20 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 3, sección criminal. 1461p.

C. Suprema, rol N° 973-97, 19 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 14, sección criminal. 1517p.

Como consecuencia sus beneficios se producen de pleno derecho, y ellos no pueden ser rehusados por el hechor, porque se trata de normas de orden público, perentoriamente obligatorias.

C. Suprema, rol n° 28-97, 20 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 3, sección criminal. 1461p.

C. Suprema, rol n° 973-97, 19 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 14, sección criminal. 1517p.

Aplicación de la amnistía: la amnistía no puede sino aplicarse a personas concretas e identificadas, mas no a hechos, como se desprende de la historia fidedigna de su establecimiento, según consta en las actas de la comisión redactora del Código Penal (sesiones n° 22 y 139); más específicamente, se aplica a procesados en la causa, extinguiendo su responsabilidad penal.

C. Suprema, rol n° 3.085-99, 11 de mayo de 2000, F.M. n° 498, fallo n° 7, sección criminal. 990p.

Aplicación de la amnistía: la amnistía se aplica a personas determinadas y no a hechos punibles, según se desprende de la literalidad de la norma citada y de la historia fidedigna de su establecimiento. La amnistía extingue la “pena”, o sea la sanción que debe aplicarse al responsable de un delito, para lo cual se hace necesario, la individualización completa del sujeto responsable del hecho punible, y su participación en alguna de las formas del art. 14 CP, y una vez acreditado ello, no debe aplicársele la sanción que correspondería.

C. Suprema, rol n° 4.135-01, 29 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n° 7, 1ª sección criminal. 3903-3904p.

Artículo 93 n°6.

Cómputo de la prescripción: El plazo de prescripción de la acción penal, deberá computarse teniendo siempre como referencia, la pena mayor asignada al delito.

C. Suprema, rol n° 4.821-00, 1 de agosto de 2001, F.M. n° 501, fallo n° 3, 2° sección criminal. 2250-2251p.

Artículo 93 n°7.

Concepto de prescripción: La prescripción ha de entenderse estrictamente como la extinción de la potestad punitiva del estado por transcurrir el período de tiempo fijado en la ley.

C. Suprema, rol n° 3.265-99, 31 de enero de 2000, F.M. n° 494, fallo n° 8, sección criminal. 3224p.

Artículo 94.

Los efectos de la prescripción son personales: hacerlos extensivos a quienes no corresponde implicaría reconocer una causal de exención o extinción de la responsabilidad penal al margen de la ley.

C. Suprema, rol n° 30.602, 4 de marzo de 1996, F.M. n° 448, fallo n°1, sección criminal. 460p.

Artículo 94.

La prescripción es una forma de extinguir la responsabilidad penal y no importa una calificación de licitud de los hechos.

C. Suprema, rol n° 33.658, 10 de diciembre de 1996, F.M. n° 457, fallo n° 3, sección criminal. 2628p.

Artículo 96.

Concurrencia de la suspensión de la prescripción: No es necesaria la dictación del auto de procesamiento para suspender la prescripción de la acción penal, sino que basta la substanciación de una causa en contra del inculpado, porque de lo contrario, implicaría exigir una condición no dispuesta por el legislador. Basta, por lo tanto, para que pueda suspenderse la prescripción, que existan en la causa indicios o antecedentes concretos en contra de una persona, aun cuando no se haya individualizado en la denuncia, datos aquellos que hacen necesario, por ejemplo, la interrogación bajo promesa de decir la verdad de los inculpados.

C. Suprema, rol n° 312-96, 18 de diciembre de 1996, F.M. n° 457, fallo n° 5, sección criminal. 2637p.

Alcance de la suspensión: la paralización a la que hace alusión este artículo no puede obedecer a cualquier causa, sino que ella debe tener su origen en una norma legal. En consecuencia no es dable aceptar que una inactividad procesal no motivada por causas legales pueda servir para la extinción de la responsabilidad penal, así como no puede aceptarse como fundamento de la prescripción la negligencia o desidia de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de sus deberes.

C. Suprema, rol n° 33.626-96, 23 de diciembre de 1996, F.M. n°457, fallo n°9, sección criminal. 2.651p.

Artículo 141.

Presupuesto del secuestro permanente: el delito de secuestro tiene carácter permanente y se continúa consumando en tanto no cese la actividad delictual.

C. Suprema, rol n° 5.556, 26 de octubre de 1995, F.M. n°443, fallo n° 7, Sec. criminal. 1479p.

Artículo 148.

Alcance del tipo: El delito contemplado en este art., al igual que el secuestro, es ante todo uno que atenta contra la libertad individual ambulatoria y que, por lo mismo, constituye un delito permanente en el sentido de que continúa consumándose en tanto el sujeto pasivo no recobre su libertad.

C. Suprema, rol n° 3.085-99, 11 de mayo de 2000, F.M. n° 498, fallo n° 7, sección criminal. 989p.

Artículo 193.

Alcance del delito: la falsificación ideológica referida, constituye un delito formal, sin que sea necesario que ella produzca o no perjuicios, bastando que se alteren a sabiendas los hechos de que da cuenta el instrumento por parte del funcionario público.

C. Suprema, rol n° 30.602, 4 de marzo de 1996, F.M. n° 448, Fallo n°1, sección criminal. 460p.

Artículo 193 n° 4.

Requisitos de concurrencia: se establecen tres requisitos copulativos para que se configure el delito: 1°carácter de empleado público del sujeto activo, 2°faltar a la

verdad en los hechos substanciales 3° que la falsedad se consigne en un instrumento público.

C. Suprema, rol n° 198-96, 14 de agosto de 1996, F.M. n° 453 fallo n° 1, sección criminal. 1687p.

Instrumento público: tanto la doctrina como la jurisprudencia predominante, coinciden en que para efectos penales debe entenderse por documento público “todo documento a cuya formación o custodia debe concurrir un funcionario público obrando en su carácter de tal y en cumplimiento de sus funciones legales (en este sentido, Etcheberry y otros autores).

C. Suprema, rol n° 198-96, 14 de agosto de 1996, F.M. n° 453 fallo n° 1, sección criminal. 1687p.

Artículo 194.

Instrumento público. Formulario 29 del SII es instrumento privado. Las copias timbradas del formulario 29 constituyen instrumentos privados. La definición del art. 1699 del CC que expresa que es tal el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario, es de carácter general, aplicable a toda relación jurídica y muy especialmente en materia penal, así las copias timbradas del formulario 29 no reúnen las características del 1699 del CC de modo que son instrumentos privados y cualquier adulteración en ellas no constituye el delito que se tipifica en el 194, por referirse este a instrumentos públicos.

C. Suprema, 10 de abril de 1995, Rol n°29.066, F.M. n° 437, fallo n° 11. 321p.

Alcance del delito: se sanciona al particular, que en documento público y autentico, cometiere alguna de las falsedades designadas en el art. 193, que a su vez sanciona al empleado público que abusando de su oficio cometiere alguna de las falsedades señaladas en dicha disposición). Luego, el forjamiento o fabricación completa de una apariencia de documento público, es una situación que no se encuentra efectivamente tipificada, aun por la remisión del art. 194 al 193 que no lo contempla, porque el funcionario público es el único que no podría forjar o fabricar un instrumento público, ya que si lo hace éste tendría que emanar de un funcionario realmente competente, como porque las falsedades señaladas en el 197 sancionan al funcionario público que

abusando de su oficio cometiere algunas de las falsificaciones que señala, no contemplándose en el forjamiento o falsificación del instrumento.

C. Suprema, rol n° 1.472-2000, 24 de agosto de 2000, F.M. n° 501, fallo n° 2, sección criminal. 2408p.

Artículo 197.

Elementos: uno de los elementos constitutivos del delito consiste, precisamente, en el menoscabo económico que sufre la víctima de ese hecho ilícito.

C. Suprema, rol n° 31.839, 22 de abril de 1996, F.M. n° 449, fallo n°3, sección criminal. 744p.

La reparación posterior del perjuicio no obsta a la configuración del delito de falsificación de instrumento privado. Ella sólo da margen a la circunstancia atenuante del n° 7 del art. 11 del mismo Código. Y esas razones son claramente aplicables al uso malicioso de instrumento privado mercantil falso.

C. Suprema, rol n° 31.839, 22 de abril de 1996, F.M. n° 449, fallo n°3, sección criminal. 743p.

Alcance del perjuicio a tercero: cuando esta disposición se refiere al tercero que ha de ser perjudicado por la conducta de falsificación de instrumento privado-y por la de uso malicioso del mismo-tal expresión es amplia y puede perfectamente estar referida al fisco.

C. Suprema, rol n° 1.545-96, 5 de noviembre de 1996, F.M. n° 456, fallo n° 4, sección criminal. 2446p.

Requisitos del tipo: es un delito que requiere para su tipificación, como elemento esencial, “el perjuicio de tercero”, exigido en general para las falsedades y en especial para las cometidas en los instrumentos mercantiles.

C. Suprema, rol 1.239-00, 12 de julio de 2000, F.M. n° 500, fallo n° 3, sección criminal. 1749-1750p.

Artículo 222 n° 2 y 3.

Aplicación a peritos: es posible que un perito pueda actuar maliciosamente, motivado por la dádiva o regalo que pueda haber recibido para cumplir su cometido, o bien para seducir a su litigante, o por último, faltando a sus deberes mediante consejo indebido a los interesados o revelándole secretos de los que está vedado hacerlo.

C. Suprema, rol n° 31.220, 8 de abril de 1996, F.M. n° 449, fallo n° 14, sección criminal. 801p.

Artículo 223.

Disposición no aplicable por analogía: los casos previstos en el inciso primero del art. 223 e inciso segundo del 224 del Código Penal, no son aplicables, por ejemplo, a los peritos por analogía, pues en estas disposiciones se contemplan conductas ilícitas en que solo pueden incurrir funcionarios judiciales (control de la sustanciación del juicio y ejercicio de la jurisdicción).

C. Suprema, rol n° 31.220, 8 de abril de 1996, F.M. n° 449, fallo n° 14, sección criminal. 801p.

Concepto de prevaricación. Es preciso tener en consideración que no existe en nuestra legislación penal un concepto de delito de prevaricación y que según el diccionario de la R.A.E., prevaricar consiste en “delinquir los empleados públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia excusable, resolución de manifiesta injusticia.

C. Suprema, rol n° 29.768, de 31 de enero de 1996, F.M. n° 446, fallo n° 13, sección criminal. 2106p.

Configuración del delito: la utilización de las expresiones “a sabiendas”, “maliciosamente”, “por malicia o negligencia inexcusable” y otras, denota claramente que las infracciones de ley que pueden conformar las figuras típicas descritas en el párrafo 4 del título V, libro II del CP, requieren algo más que la presunción general de conocimiento de la ley, sino que debe exigirse un conocimiento efectivo, no solo de su tenor, sino de su correcta interpretación; en otras palabras, “el prevaricato no consiste en que una resolución sea contraria a la ley o en que el juez aplique equivocadamente el derecho”, sino que la incorrección jurídica de lo resuelto debe ir unida a la incorrección moral del juez, a la conciencia de estar aplicando una disposición en forma contraria a lo que su texto y sentido señalan.

C. Suprema, rol n° 29.768, de 31 de enero de 1996, F.M. n° 446, fallo n° 13, sección criminal. 2106p.

Artículo 236.

Requisitos de procedencia: acorde a lo dispuesto en el código punitivo, para configurar el delito que describe y pena, se exige la concurrencia de 3 requisitos: a) el sujeto

activo, que como en todas las formas de malversación, debe ser un empleado público que tiene a su cargo en razón de sus funciones caudales o efectos públicos de particulares , b) existencia de un acto de aplicación de esos caudales a fines públicos diversos de aquellos a que estuvieren destinados y, c) elemento subjetivo, que se traduce en la especie principal de la culpabilidad, el dolo.

C. Suprema, rol n° 33.463, 9 de enero de 1997, F.M. n° 458, fallo n° 4, sección criminal. 2877p.

Objeto del delito: el acto de otorgar los caudales a una aplicación pública diferente de la que tuvieren destinada, es propiamente el objeto en que consiste el delito y que lo diferencia de otras formas de malversación que sanciona nuestro Código Punitivo. En efecto, los arts. 233 y 235 parten del supuesto de un sujeto activo calificado, el funcionario público, que sustrae caudales puestos a su cargo, en razón de sus funciones y en cambio el hecho tipificado en el art. 236 no puede regirse por ese esquema, pues la acción en que consiste no es una sustracción, si no la desviación de los caudales públicos autorizados a otros fines también públicos, pero indebidos.

C. Suprema, rol n° 33.463, 9 de enero de 1997, F.M. n° 458, fallo n° 4, sección criminal. 2877p.

Artículo 248.

Consumación del delito de soborno: el delito de soborno, consistente en la acción delictiva de hacer o prometer dádiva con la intención o propósito de determinar al funcionario público a realizar alguna de las conductas de los arts. 248 y 249, se consuma por ese sólo comportamiento, independientemente de que si el funcionario acepte o no el pago ofrecido o realice o no la conducta funcionaria por la cual recibió la dádiva o ésta le fue prometida.

C. Suprema, rol n° 4.594-99, 29 de mayo de 2000, F.M. n° 498, fallo n° 2, sección criminal. 943-944p.

Artículo 297.

Elementos del delito de amenazas no se deben confundir con los elementos el delito de robo con intimidación: Si bien el delito que contempla el art. 296 n°1, en relación con el 297 Código Penal tiene caracteres en efecto parecidos al delito de robo con intimidación, en cuanto se haya descrito como aquel que se comete cuando alguien

amenaza seriamente a otro con causar un mal , que no constituye delito, a él mismo o a su familia, en su persona honra o propiedad, como un modo de conseguir determinado provecho, no se les puede confundir, en tanto uno es un mal futuro y el otro es un mal real y actual.

C. Suprema, 11 de abril de 1995, rol n° 28.973, F.M. n°437, fallo n°10, sec. criminal. 315p.

Artículo 354.

Requisitos del tipo penal: el tercero a quien se le arrebatara su calidad de padre debe ser un sujeto individualizado y determinado, toda vez que se requiere, por parte del usurpador, la realización de actos que inequívocamente tengan el propósito de asumir la calidad que no posee, impidiendo a la vez al verdadero titular, ejercer esos derechos, en este caso los inherentes al estado civil que se le reprocha al procesado. No encontrándose individualizado y determinado el verdadero padre del menor, mal puede sostenerse que se ha usurpado el estado civil de ese tercero.

C. Suprema, rol n° 2.660-98, 1 de octubre de 1998, F.M n° 479, fallo n°5, sección criminal. 2062p.

Artículo 361.

Grados de comisión que admite el delito: clarificado de que se admite el principio de ejecución y se considere consumado el delito de violación cuando se inicie el contacto sexual propiamente tal, se podrá concluir que en el delito de violación también podrá haber tentativa y frustración, en la medida que no haya habido penetración en el sexo femenino.

C. Suprema, rol n° 33.167, 6 de mayo de 1996, F.M., n° 450, fallo n°9, sección criminal. 1047p.

Prueba del acceso carnal: El hecho de que el himen de la supuesta ofendida se encuentre roto no es sinónimo, necesariamente, de acceso carnal, ni de la mantención habitual o aislada de relaciones sexuales ya que se ha establecido en la medicina actual, que tal fenómeno puede producirse por el sólo hecho de efectuar ejercicios bruscos, sin descartar, por supuesto juegos o actos realizados mediante propia manipulación u otra infinidad de posibilidades; en consecuencia, si respecto de este

punto, que es decisivo, no existen pruebas contundentes, no puede darse por acreditado el delito.

C. Suprema, rol n° 33.886, de 17 de enero de 1996, F.M., n° 446, fallo n°7, sección criminal. 2090p.

Artículo 362.

Configuración del tipo: Se tiene por configurado el delito de violación, en la medida que tanto la causa como el fin de la acción del autor estaban inspirados en sentimientos lascivos o lúbricos, lo que constituye el elemento fundamental que debe tenerse en consideración al calificar los hechos, ya que revela precisamente el dolo del autor. Lo determinante entonces es el atentado sexual a un (a) menor, de lo que se concluye, en consecuencia, que el bien jurídico protegido afectado por la acción fue la libertad sexual de la víctima.

C. Suprema, rol n° 3.284-98, 11 de diciembre de 1998, F.M. n° 481, fallo n° 9, sección criminal. 2780p.

Caso de violación, acreditación en juicio. En efecto, la existencia de una violación en la persona de la menor supone acreditar el hecho del coito, o por lo menos el hecho de haberse producido situaciones que hagan creíble la posibilidad de que el mismo se hubiese verificado.

C. Suprema, rol n° 33.886, de 17 de enero de 1996, F.M. n° 446, fallo n°7, sección criminal. 2089p.

Artículo 366.

Concepto de abuso sexual: si bien la ley no ha definido el delito, se estima que se está en presencia de él, cuando el sujeto realiza actos impúdicos, libidinosos y lascivos que dañan el pudor de la ofendida, pero que no buscan “yacer” con ella, de la suerte que dichos actos excluyen a aquellos destinados a realizar la cópula.

C. Suprema, rol n° 33 167, 6 de mayo de 1996, F.M. n° 450, fallo n°9, sección criminal. 1046p.

Caso de abuso sexual. Constituye el delito de abuso sexual, el que el ofensor, contra la voluntad de la víctima y doblegando la resistencia por esta opuesta, la someta a tocamientos lúbricos que lastimaron su pudor natural.

C. Suprema, rol n° 32.235, 10 de enero de 1996, F.M., n° 446, fallo n° 3, sección criminal. 2074p.

Concreción del delito: se está en presencia del delito de abuso sexual, cuando el sujeto activo exteriorice de forma impúdica, lasciva o libidinosa su propósito de exaltación de su libido mediante tocamientos, manoseos en las partes genitales, senos, etc., de tal forma que la acción delictiva se encuentre además, objetivamente revestida de ese propósito sexual.

C. Suprema, rol n° 31.629, 25 de noviembre de 1996, F.M. n° 456, fallo n° 8, sección criminal. 2458p.

Hay abuso sexual y no violación, en la medida en que no ha existido copula entre el victimario y la ofendida, como tampoco se dio principio de ejecución de la misma.

C. Suprema, rol n° 3.588-98, 2 de diciembre de 1998, F.M. n° 481, fallo n° 8, sección criminal. 2747p.

Artículo 375.

Delito de participación necesaria. Puede afirmarse que el incesto es un caso clásico de participación necesaria, en la que ambos parientes incurren en un delito que no pueden cometer individualmente. Es decir, la posibilidad de relaciones sexuales consentidas entre padre e hija es una realidad objetiva, al punto que nuestro legislador estableció un tipo penal específico para sancionar tales casos.

C. Suprema, rol n° 32.740, 7 de mayo de 1996, F.M. n°450, fallo n° 3, sección criminal. 1023p.

Elementos del tipo penal. En el incesto, el tipo penal no puede incluir hipótesis de ausencia de consentimiento, porque en tales casos los tipos penales serían aquellos que sancionan los atentados contra la libertad sexual (como la violación, el estupro, abusos sexuales, etc.). En otras palabras, la ausencia de consentimiento ya está considerada como circunstancia esencial dentro de otros tipos penales, de tal modo que el incesto siempre supondrá una relación sexual consentida.

C. Suprema, rol n° 32.740, 7 de mayo de 1996, F.M. n°450, fallo n° 3, sección criminal. 1025p.

Problema entre la violación el incesto: no puede existir al mismo tiempo, y con una sola acción, un delito de incesto y violación, porque supondría la ilógica afirmación de una relación sexual consentida y no consentida a la vez; en otras palabras, el tipo de violación-en este caso calificada- desplaza al tipo penal del incesto, de tal modo que en

verdad se trata de un problema de interpretación, conocido en la doctrina como “concurso aparente de leyes penales”.

C. Suprema, rol n° 32.740, 7 de mayo de 1996, F.M. n°450, fallo n° 3, sección criminal. 1027p.

Elementos del incesto: para que haya delito de incesto deben existir dos condiciones esenciales: a) la existencia de una relación sexual y b) un cierto grado de parentesco.

C. Suprema, rol n° 3.927-01, 20 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n° 2, 1ª sec. criminal. 3870p.

Artículo 391.

Homicidio concausal. Es aquel que tiene lugar toda vez que, con intención de matar, el agente ejecuta un hecho que por sí solo es insuficiente para producir la muerte, la que sobreviene por la ocurrencia de causas preexistentes, concomitantes o supervinientes, ajenas a la voluntad del hechor, (Gustavo Labatut, Derecho Penal, Parte Especial, pag 289), por lo tanto, lo más relevante de una concausa es el hecho de ser una circunstancia concurrente a la producción del resultado ajena a la voluntad del agente. El homicidio concausal, es a fin de cuentas, un homicidio frustrado que como tal, sólo admite el dolo directo.

C. Suprema, rol n° 3761-96, 26 de marzo de 1997, F.M. n°460, fallo n°1, sección criminal. 163p.

Relación entre la acción del agente y el resultado: el hecho de que la muerte no siga inmediatamente a la acción desplegada por el agente no debe llevar a confusiones. Demostrado que no hay verdaderas concausas que alteren la relación causal, el tipo penal de homicidio simple se encuentra perfectamente verificado, sin que tenga relevancia especial el tiempo que medie entre la acción del agente y la efectiva producción del resultado, en este caso, la muerte.

C. Suprema, rol n° 3761-96, 26 de marzo de 1997, F.M. n°460, fallo n°1, sección criminal. 165p.

Homicidio concausal: En este tipo de homicidio la muerte se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, de modo que la acción de este, aunque genéricamente apta para matar no origina la muerte del sujeto. Derechamente en el homicidio concausal se rompe el nexo causal entre la acción y la muerte, no hay causalidad alguna, y ello justifica que se castigue la acción como un homicidio frustrado, porque

en sentido estricto no se consumó el resultado, dado que la muerte no ha sido consecuencia de la acción del agente, sino una concausa.

C. Suprema, rol n° 1.062-97, 11 de junio de 1997, F.M. n°463, fallo n°3, sección criminal. 893p.

Ejemplo de homicidio frustrado: se está frente a un delito de homicidio frustrado y no frente a uno de lesiones graves si se toma en cuenta la concurrencia de las circunstancias siguientes: el arma empleada por el hechor, el número y profundidad de las heridas, la mayor parte de las cuales afectaban sus órganos vitales, como asimismo el hecho de haber sido socorrido oportunamente mediante una adecuada operación, lo que refleja que el actuar de quien procedió del modo indicado, importa dolo de matar y no simplemente de lesionar, y si tal muerte no se produjo, se debió a la resistencia física de la víctima y su oportuna operación.

C. Suprema, rol n° 4.031-97, 24 de junio de 1997, F.M. n° 463, fallo n°5, sección criminal. 905p.

Homicidio por omisión: Para que un delito como el de homicidio pueda ser cometido mediante omisión, es preciso, en primer lugar, que el autor se encuentre en “posición de garante” respecto al bien jurídico que está amenazado por la situación (en este caso la vida de la víctima); es decir, es necesario que él se encuentre situado en una postura que lo constituya en custodio de dicho bien jurídico, por estar en alguna de las constelaciones de casos que la doctrina ha ido consagrando como “fuentes de la posición de garante”.

C. Suprema, rol n° 1.338-98, 4 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 1, sección criminal. 1440-1441p.

Posición de garante como requisito del homicidio por omisión: una de las fuentes de la posición de garante es precisamente, la conducta anterior del autor creadora del peligro, el cual, en razón de ella, queda erigido en custodio de ese bien, surgiendo en consecuencia para él, el deber de actuar a fin de sustraerlo de los riesgos así generados, de suerte que si no lo hace, el resultado típico, le es imputable a título de comisión por omisión.

C. Suprema, rol n° 1.338-98, 4 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 1, sección criminal. 1441p.

Caso: al disparar contra la víctima y herirla, el ofensor se situó en la posición de garante de la vida del lesionado y al omitir por completo toda conducta salvadora, incurrió en homicidio por omisión del occiso.

C. Suprema, rol n° 1.338-98, 4 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 1, sección criminal. 1441p.

Dolo en el homicidio: el homicidio cometido con dolo eventual, recibe la misma sanción que el ejecutado con dolo directo.

C. Suprema, rol n° 4216-01, 12 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n°8, 1ª sección criminal. 3919p.

Artículo 391 n° 1, circunstancia 5ª.

Concepto premeditación: “premeditar” significa en su sentido natural y obvio “meditar antes” y, por esa razón, requiere de dos etapas: una primera en que el agente, antes de adoptar la decisión de ejecutar el hecho punible, reflexiona y medita, ponderando las ventajas y desventajas de perpetrarlo, para finalmente resolverse a llevarlo a cabo; una segunda, en que perseverando en la decisión tomada, pero antes de iniciar la ejecución del hecho típico, discurre sobre la forma de poner por obra su propósito, seleccionando los medios, escogiendo el momento y el lugar apropiado y, en general, “trazando un plan de acción para realizar su designio” el cual, sin embargo, no requiere ser minucioso, pero si revelador de una resolución firme e invariable durante un lapso que media entre ella y la ejecución del hecho. La exigencia de que la premeditación haya de ser “conocida”, nada tiene que ver con una comunicación a terceros, sino que implica tan solo la advertencia de que no puede presumírsela, y que sobre todo la persistencia e invariabilidad de la determinación criminal deben haberse manifestado en hechos externos y probados por medios distintos de la confesión del autor, pues se trata de elementos integrantes del hecho punible.

C. Suprema, rol n° 4216-01, 12 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n°8, 1ª sección criminal. 3920p.

Artículo 391, n° 1, circunstancia 4ª.

Caso de ensañamiento: las distintas heridas ocasionadas a la víctima (12 en la región torácica y 8 en la cabeza, cuello y extremidades), reflejan sin lugar a dudas que

aumentaron el dolor de la víctima en forma deliberada e inhumana, no apiadándose de los gritos de desesperación que esta lanzaba.

C. Suprema, rol n° 4.423-96, 23 de enero de 1996, F.M. n° 458, fallo n° 16, sección criminal. 2932p.

Concurrencia del ensañamiento: requiere la existencia de un nivel o daño que exceda del necesario para causar la muerte, según la representación del hecho; esto es, una deliberación consciente y apreciable para inhumanamente aumentar el sufrimiento de la víctima de forma superflua a la misma acción homicida.

C. Suprema, rol n° 548-98, 16 de abril de 1998, F.M. n° 473, fallo n° 6, sección criminal. 321p.

Artículo 392.

La riña es un acometimiento recíproco entre distintas personas; pero además es necesario para su configuración, que se pruebe la existencia de dos grupos de combatientes o de contendores que hubieren reñido indistintamente entre sí y que en esas condiciones hubiere resultado un muerto no pudiendo determinarse quién o quiénes le habrían infringido la o las lesiones mortales.

C. Suprema, 28 de marzo de 1995, Rol n°28.918, F.M. n° 436, marzo de 1995, fallo n°4, sec. criminal. 155p.

Elementos del tipo: para la configuración conforme el texto legal es necesario que se trate de una riña y que no conste el autor de la muerte. En efecto, debe haber a lo menos dos grupos de personas pues es necesario que haya pluralidad de sujetos que se confronten; no será riña si dos de ella de consumo acometen contra un tercero, pero si lo será si los tres se atacan recíprocamente; debe haber también confusión o tumulto, determinado por el carácter desordenado de las acciones opuestas; la imposibilidad de determinar con exactitud el papel que cada uno de los copartícipes desempeñó en la riña en relación con los demás.

C. Suprema, rol 199-96, 20 de agosto de 1996, F.M. n° 453, fallo n°4, sección criminal. 1706-1707p.

Configuración de la riña: debe haber a lo menos dos grupos de personas, pues es necesario que haya pluralidad de sujetos que se confronten y confusión o tumulto, que signifique, por el carácter desordenado de las acciones opuestas, la imposibilidad de

determinar con exactitud el papel que cada uno desempeña en la riña, en relación con los demás; si hay comunidad de propósito, entonces se trata realmente de una obra común.

C. Suprema, rol n° 2.284, 22 de enero de 1997, F.M. n° 458, fallo n° 13, sección criminal. 2914p.

Artículo 397.

Alcance del tipo: Se trata de un “delito doloso de resultado”; ello quiere decir que, a diferencia de lo que ocurre en los auténticos “delitos calificados por el resultado”, en las lesiones es preciso que el dolo del autor abarque el resultado producido, por lo menos como aceptación de la producción del mismo, vale decir, como dolo eventual. La mejor prueba de ello es que, si el daño a la integridad corporal o a la salud se produce solo con culpa, ya no será posible castigar de conformidad con los arts. 395 y siguientes del Código Penal (lesiones dolosas), sino que habrá de sancionarse con arreglo a las disposiciones del 490 y siguientes del mismo texto legal (lesiones imprudentes o culposas); esto pone de manifiesto que las lesiones nada tienen de “calificadas por el resultado”, de suerte que si ellas son ocasionadas por un puro caso fortuito deberán quedar impunes de conformidad con lo preceptuado por el art. 10 n° 8 del CP.

C. Suprema, rol n° 348-02, 14 de octubre de 2002, F.M. n° 503, fallo n° 7, 1ª sección criminal. 3177-3178p.

Itercriminis en las lesiones: Las lesiones son un delito doloso de resultado, por ello, nada obsta a que en ellas en sus formas más graves, se den los casos imperfectos del “itercriminis”, siempre que el dolo de ocasionar el resultado más severo pueda deducirse con certeza en las circunstancias objetivas concurrentes en el caso.

C. Suprema, rol n° 348-02, 14 de octubre de 2002, F.M. n° 503, fallo n° 7, 1ª sección criminal. 3178p.

Alcance de la sanción en el caso de no encontrarse consumado el delito: sostener que cuando el autor fracasa en su propósito de dañar la integridad corporal o la salud de la víctima, haya de castigárselo siempre sólo por un delito frustrado de lesiones menos graves del art. 300 CP-que dicho sea de paso, constituye el tipo básico del hecho punible- conduciría al absurdo de que también en aquellas situaciones en que el hechor ha obrado con dolo evidente de matar, haciendo todo lo necesario para ello, pero no ha tenido éxito por causa independiente de su voluntad, habría que

sancionarlo como autor de unas lesiones menos graves frustradas; pues, en efecto, no se ve porqué este último caso podría cargársele a su cuenta la voluntad de matar claramente manifestada en el hecho si, en cambio, no es posible hacerlo cuando lo que aparecía objetivado en él era, por ejemplo, sólo un propósito de dejar al ofendido impedido de un miembro importante, o enfermo o inútil para el trabajo por más de 30 días.

C. Suprema, rol n° 348-02, 14 de octubre de 2002, F.M. n° 503, fallo n° 7, 1ª sección criminal. 3178p.

Artículo 397 n°1.

Concepto “deforme”: los autores coinciden en que es un concepto de carácter fundamentalmente estético corporal, a lo que debe agregarse “que sea fácilmente perceptible por la vista “ y “digna de notarse”, esto es, que altere la armonía y regularidad del cuerpo, con pérdida sensible de la forma original. (Alfredo Etcheverry, Derecho Penal, tomo IV, pág. 139), concepto que es variable y que depende más de las circunstancias que de la naturaleza y calidad intrínseca corporal, por lo que la determinación de que si una lesión deja “notablemente deforme” a una persona es una atribución de los jueces del fondo.

C. Suprema, rol n° 997-97, 16 de junio de 1997, F.M. n°463, fallo n°6, sección criminal. 909p.

Artículo 412 y 416.

Acreditación del delito: Para acreditar el delito calumnias (y el de injurias), es preciso demostrar la existencia de los propósitos de calumniar e injuriar, es decir; la intencionalidad maliciosa.

C. Suprema, rol n° 4.406-97, 15 de enero de 1998, F.M. n° 470, fallo n°7, sección criminal. 2569p.

Artículo 416.

Elemento fundamental del delito: cualquiera sea el criterio que se adopte en relación al propósito de injuriar, lo cierto del caso es que, para cualquiera de ellos es necesario la existencia del “animus injurandi”, sea que se exija como dolo genérico, lo que sólo excluiría, como se ha dicho, el dolo eventual, o sea que se exija como un dolo específico, en el que solo valdría el dolo directo.

C. Suprema, rol n° 68-96, 4 de junio de 1996, F.M. n° 451, fallo n° 11, sección criminal. 1273p.

“Animus retorquendi” excluye el delito: mal se puede sancionar a una persona, si ha actuado con “animus retorquendi”, esto es, para repeler las expresiones injuriosas que se le han inferido, lo que implicaría una causal de inculpabilidad por ausencia de dolo para los que requieren el “animus injuriandi” como dolo específico, o bien una causal de justificación para los que basta el dolo genérico en esta clase de delitos.

C. Suprema, rol n° 68-96, 4 de junio de 1996, F.M. n° 451, fallo n° 11, sección criminal. 1273p.

Es elemento configurante del delito de injurias, el “animus injuriandi”, es decir, la intención dirigida a menospreciar y deshorrar, exigido en virtud de la expresión “en” del art. 416 Código Penal.

C. de Apelaciones de Chillán, rol n° 187.590, 14 de octubre de 1999, F.M. n° 494, fallo n° 3, sección criminal. 3178-3179p.

Artículo 426.

Calumnia o injuria proferida en juicio: El código penal es categórico cuando sostiene que en el caso de que las expresiones hirientes hayan sido expresadas en juicio, el juez debe proceder disciplinariamente, salvo que la expresión por su gravedad diere mérito para actuar criminalmente, sobre lo cual debe hacer declaración expresa, sin distinguir si las expresiones injuriosas afectan a las partes o a terceros.

C. Suprema, rol 1.841-97, 21 de octubre de 1997, F.M. n° 467, fallo n°6, sección criminal. 1900p.

Artículo 432.

Momento en que se entiende constituida la apropiación. La doctrina nacional casi unánimemente entiende que hay apropiación con respecto a este tipo de delitos, desde el momento en que el hechor substraer la cosa de la esfera de resguardo de una persona, con ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella.

C. Suprema, rol n° 30.997, 24 de Abril de 1995, F.M. n° 437, fallo n° 12, sección criminal. 325p.

Prueba de los elementos fácticos del tipo: la concurrencia o inconcurrencia del dolo y del “animus rem sibi habendi” son cuestiones de hecho; dolo y ánimo expropiatorio en

tanto hechos psicológicos, no materiales, pero no por ello puede negárseles su condición de componentes fácticos del comportamiento punible. Si bien ello dificulta que pueda ser acreditado mediante testimonios u otras pruebas directas, siempre es posible de ser establecido mediante presunciones judiciales.

C. Suprema, rol n° 1.386-02, 10 de julio de 2002, F.M. n° 499, fallo n° 1, sección criminal actual. 1182p.

Artículo 433.

El robo con violencia es un delito de carácter complejo: comprende por una parte, la custodia de la salud o integridad física y por otra, el patrimonio, lo que hace insostenible que se trate de un ilícito que resguarde solamente el patrimonio.

C. Suprema, rol n° 2.016-98, 19 de agosto de 1998, F.M. n° 477, fallo n° 11, sección criminal. 1504p.

Art. 433 n° 1.

Relación del resultado de muerte con el robo propiamente tal: el precepto punitivo no exige que el resultado muerte sea perseguido directa y concretamente por los ladrones además de la sustracción de especies, sino que basta que tal desenlace ocurra, con motivo u ocasión del robo, es decir que, acontezca en relación con la conducta llevada a efecto por quien o quienes pretendían apoderarse de las especies.

C. Suprema, rol n° 2460-96, 19 de agosto de 1996, F.M. n° 453, fallo n° 11, sección criminal. 1748p.

Artículo 436 inc. 1°.

El sólo hecho de atribuirse falsamente la calidad de funcionario público, con facultades para detener y recurrir a amenazas para hacer que se entreguen o manifestaran cosas, hace caer de lleno a esa conducta, en la calificación que corresponde hacer del delito como robo con intimidación

C. Suprema, rol n° 28.973, 11 de abril de 1995, F.M. n° 437, fallo n°10, sec. criminal. 316p.

Artículo 439.

Intimidación debe ser entendida como un mal inminente. La doctrina y la jurisprudencia española, juzgando con respecto a textos legales semejantes a los nuestros, ha entendido desde antiguo con evidente propiedad, que la intimidación que singulariza este tipo de robos, representa para el ofendido un mal que ve como inminente, al paso que en el delito de amenazas se traduce en la mera posibilidad de sufrir un mal (código anotado y concordado por Cuello Calón, publicaciones del instituto nacional de estudios jurídicos Madrid, 1946).

C. Suprema, rol n°28.973, 11 de abril de 1995, F.M. n°437 de abril de 1995, fallo n°10, sec. criminal. 315p.

Intimidación como coacción: la intimidación se configura si es que el ofendido es coaccionado física y moralmente para obtener la entrega del objeto del delito, como dinero por ejemplo.

C. Suprema, rol n° 28.973, 11 de abril de 1995, F.M. n°437 de abril de 1995, fallo n°10, sec. criminal. 316p.

Artículo 450.

El sentenciador no está autorizado para rebajar la pena en un grado cuando el delito frustrado se refiera a aquellos señalados en el párrafo 2° del título IX del libro II CP, ni respecto del establecido en el art. 440 del mismo cuerpo legal, y por el contrario, se encuentra obligado a fijar en la sentencia, la pena que corresponda al delito consumado, sin perjuicio de la influencia de las atenuantes y/o agravantes que perjudiquen o beneficien al autor.

C. Suprema, rol n° 288-97, 17 de julio de 1997, F.M. n°464, fallo n° 12, sección criminal. 1148p.

Artículo 456 bis.

Concepto de “malhechor”: Conviene tener presente, que la ley no ha definido lo que debe entenderse por malhechor, pronunciándose la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia de que debe entenderse que esta agravante se configura cuando hay multiplicidad de partícipes o ejecutores materiales del delito, independientemente de si con anterioridad hubieren o no cometido otros delitos o de su irreprochable conducta previa al hecho delictivo.

C. Suprema, rol n° 1.601-2, 16 de septiembre de 2002, F.M. n° 502, fallo n° 5, 1ª sección criminal. 2624p.

Artículo 456 bis, n° 3.

Concepto de “malhechor”: La ley no ha definido lo que se entiende por “malhechor” de donde resulta que este concepto no tiene ante el derecho, significado legal y, por lo tanto, debe estarse a la regla de interpretación que prescribe el art. 20 Código Civil, y dársele a esta palabra su sentido natural y obvio. Así, “malhechor” tiene ante el común de la gente un concepto similar a la palabra “criminal”, que quiere decir, “el que comete un hecho punible, el que delinque”, luego, la R.A.E. define a la palabra malhechor como “el que comete un delito y especialmente aquel que lo ejecuta por hábito”. Luego, la habitualidad en la comisión de hechos punibles no es un requisito esencial para que quien ha cometido un delito sea considerado malhechor.

C. Suprema, rol n° 1.360-99-E, 19 de octubre de 2000, F.M. n° 503, fallo n°3, 3ª sección criminal. 3586-3587p.

Artículo 468.

Firma disconforme en cheque como elemento constitutivo del engaño. Un cheque girado con firma distinta a la registrada en el Banco es elemento suficiente para dar por establecido el elemento de engaño que requiere la estafa, por cuanto al ser protestado por visible disconformidad de firma, provoca un perjuicio a la víctima.

C. Suprema, 21 de marzo de 1995, rol n°29.841, F.M. n° 436, marzo de 1995, fallo n°1, sec. criminal, 143p.

En el engaño es irrelevante que exista o no relación entre el ofendido y el autor del delito. No es determinante en el delito de estafa que no exista relación fáctica o jurídica entre el autor del delito y el ofendido, si se demuestra que aquel resultó afectado con la actuación ilícita del procesado.

C. Suprema, 21 de marzo de 1995, rol n° 29.841, F.M. n° 436, marzo de 1995, fallo n°1, sec. criminal. 143p.

Estafa por cheque con firma disconforme. Consumación. Un cheque a propósito mal extendido, refleja el fin de defraudar, no pudiendo pagarse el documento, consumándose el ilícito cuando el beneficiario o endosatario no pueden obtener el pago por el protesto del documento por firma disconforme (las normas de la ley de

cheques no se aplican al caso, ya que solo son aplicables cuando el cheque está bien extendido). Logra así el hechor la defraudación resultando absurdo requerir de pago,

C. Suprema, 21 de marzo de 1995, rol n°29.841, RFM n° 436, marzo de 1995, fallo n°1, sec. criminal. 143p.

Artículo 468.

Caso: la negativa del procesado de haber recibido cierta cantidad de dinero y el no querer devolverlo, constituye un incumplimiento civil de sus obligaciones y en ningún caso el delito de estafa por engaño, el cual supone acciones de fingimiento o de aparentar bienes o negociaciones imaginarias o de valerse de un engaño semejante.

C. Suprema, rol n° 3.826-97, 29 de enero de 1998, F.M. n° 470, fallo n°2, sección criminal. 2358p.

Artículo 470.

Elementos de la apropiación indebida. Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que son elementos que tipifican el delito de apropiación indebida: a) que haya apropiación de dineros, cosas o cualquiera cosa mueble, b) que dichos dineros o cosas hubiesen sido recibidos en depósito, comisión o administración u otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, y que c) como consecuencia de la conducta apropiatoria se origine un perjuicio patrimonial.

C. Suprema, Rol n° 28.429, 16 de mayo de 1995, F.M. n° 438, fallo n° 12, sección criminal. 525p.

Artículo 471 n° 2.

Aplicación del precepto: es preciso que se cumplan copulativamente los dos requisitos que la disposición establece; es decir, que se esté en presencia de un contrato simulado y que con motivo de tal contrato se perjudique a terceros.

C. Suprema, rol 30.634, 25 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 5, sección criminal. 1465p.

Requisitos: Este delito exige, conforme a las nociones generales de la doctrina, un perjuicio efectivo (y no eventual), apreciable en dinero y que derive directamente de la conducta materia de la prohibición.

C. Suprema, rol n° 735-98, 9 de junio de 1998, F.M. n° 475, fallo n°10, sección criminal. 886p.

Artículo 484 y 487.

El delito de daño no requiere dolo directo. El legislador no requiere dolo específico o directo para sancionar al autor de los daños, como si lo requiere en otros preceptos, toda vez que no ocupa expresiones como “actuar maliciosamente”, o a “sabiendas” o “con conocimiento de causa”. Lo anterior es porque opera la presunción de dolo que establece el art. 1°.

C. Suprema, rol 30.042, 18 de octubre de 1995, F.M. n°443, fallo n° 10. 1498p.

Artículo 490 y 492.

“Ejecutar” según la acepción principal y pertinente que le atribuye el diccionario de la lengua española, significa “poner en obra” el hecho y no simplemente causarlo; es decir, el resultado en que se materializa el tipo del crimen o simple delito contra las personas, debe ser obra del autor, apareciendo en consecuencia, como efectiva realización del riesgo causado por su comportamiento imprudente.

C. Suprema, rol n° 747-98, 22 de abril de 1998, F.M. n° 473, fallo n° 8, sección criminal. 347p.

Art. 491 inc. 1°.

Ejemplo de negligencia culpable, en el caso de negligencia médica: Este tipo de negligencia culpable se haya ejemplificado por la conducta del médico que apartándose de las precauciones aconsejadas para la ciencia que profesa, ocasiona un daño a la salud de su paciente, que el facultativo no deseaba pero que no pudo menos que prever y que estaba en su mano evitar, hallándose dicha omisión o imprevisión en un nexo de causa a efecto con el resultado dañoso.

C. Suprema, rol n° 3.241-97, 15 de diciembre de 1997, F.M. n°469, fallo n° 1, sección criminal. 2302p.

Artículo 492.

Requisitos de procedencia: En el caso establecido por este precepto se requiere no sólo de la contravención reglamentaria, sino, además, de una acción u omisión ejecutada o incurrida por imprudencia o negligencia. De este modo, la acción culposa se configura cuando se ha faltado al deber de cuidado, excediéndose en sus

posibilidades de control o, a la inversa, al restar el esfuerzo o atención requeridos; cierto es ya que la infracción reglamentaria supone un cierto grado de negligencia o imprudencia, mas la ley exige otro elemento adicional, pues como el delito de lesiones o muerte pertenece al tipo de la figura, es menester que exista una relación causal entre la actuación y el resultado producido, lo cual queda de manifiesto en la exigencia dogmático penal acerca de la previsibilidad del evento y en el texto del propio articulado general del Código Punitivo (art. 2º, 490 y 492), sobre la materia. De lo cual se desprende inequívocamente que el hecho ejecutado con culpa debe afectar a las personas, sea en su integridad física, sea privándolas de la vida.

C. Suprema, rol n° 34.120, 5 de junio de 1997, F.M., n° 463, fallo n°2, sección criminal. 888p.

REFERENCIA: LEY 18216.

Artículo 3.

Fundamento de orden público de la remisión condicional de la pena: los requisitos y condiciones que deben cumplirse para obtener el beneficio de la remisión condicional de la pena impuesta, conforme a la ley 18.216, no están dispuestos en beneficio particular de los querellantes o demandantes que accionaron en la causa, sino que, por el contrario, constituyen normas de orden público, cuyo cumplimiento interesa a toda la comunidad, como fin último del procedimiento.

C. de Apelaciones de San Miguel, rol n° RA 259-97, 28 de noviembre de 1997, F.M. n° 469, fallo n° 6, sección criminal. 2348-2349p.

Artículo 24.

Carácter de la concesión de beneficios: Si bien el art. 24 de la ley 18.216 dispone que el tribunal que conceda o negare alguno de los beneficios, debe ordenarlo en la respectiva sentencia, y mediante la exposición de sus fundamentos, tal decisión no es parte constitutiva de la sentencia definitiva del juicio penal, constituyendo en cambio, un pronunciamiento administrativo acerca de la manera de cumplir la pena impuesta.

C. Suprema, rol 412-98, 23 de junio de 1998, F.M. n° 475, fallo n° 6, sección criminal. 857p.

REFERENCIA: LEY 20.000

Artículo 3.

Concepto de tráfico: Traficar no significa “comerciar” o “mercar”, puesto que la ley expresamente se refiere a “hacerlo a cualquier título”, el cual puede ser, por consiguiente, gratuito, pero que si implica “difundir”, es decir, transferir a otros u otros onerosa o gratuitamente, pues es en esta difusión que se materializa el peligro para la salud de la comunidad.

C. Suprema, rol n° 2.418-02, 16 de septiembre de 2002, F.M. n° 502, fallo n° 6, 1ª sección criminal. 2629p.

Artículo 4°.

Porte de drogas es presunción legal de tráfico: si bien es cierto que el sólo porte de droga hace suponer la existencia del tráfico, no es menos cierto que ello constituye una presunción legal que puede ser desvirtuada aportándose pruebas que reflejen que el porte no estaba destinado a un fin ilícito, o cuando el mérito del proceso así lo permita inferir.

C. Suprema, rol n° 2668-96, 29 de julio de 1996, F.M. n° 452, fallo n° 16, sección criminal. 1533p.

Artículo 16.

Requisitos de la asociación ilícita: Para que exista el delito de asociación ilícita debe ésta estar constituida por dos o más personas cuyas voluntades convergen para constituir un cuerpo organizado jerárquicamente, dirigido por uno o más jefes, con reglas y directivas que deben acatar y hacer cumplir disciplinadamente (entre ellas el sigilo), con carácter más o menos permanente en el tiempo, con la finalidad de cometer uno o más delitos de los que contempla la ley 20.000.

C. Suprema, rol n° 1.183-02, 19 de noviembre de 2002, F.M. n° 504, fallo n° 4, 1ª sección criminal. 3883p.

BIBLIOGRAFÍA:

Bibliografía Nacional.

1. BULLEMORE, VIVIAN. Curso de Derecho Penal, Teoría del Delito, tomo II, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Publishing, 2007.

2. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. Obras Completas, Derecho Penal, Parte General, tomo I, Perú Lima, Ara Editores E.I.R.L., 2004.
3. CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal, Parte General, tomo I, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
4. GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal, tomo II y III, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
5. GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal, tomo II y III, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
6. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, ALFREDO. Derecho Penal, tomo I y IV, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
7. FUENSALIDA ALEJANDRO. Concordancias y Comentarios al Código Penal Chileno, tomo III, Lima-Perú, Imprenta Comercial, 1888.
8. MATUS, JEAN PIERRE; POLITOFF, SERGIO y RAMÍREZ, MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General- Parte Especial, 2ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
9. NOVOA MONREAL, EDUARDO. Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo II, 3ª edición. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010.
10. PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO. El Código Penal Comentado y Concordado, tomo III, 6ª edición, Madrid-España, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1888,
11. RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS. Delitos Sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley n° 19.617 de 1999, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
12. TOBAR SALA, JUAN CARLOS. Violencia Sexual, Análisis de la nueva ley, Temuco- Chile, Editorial Pehuén – Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, 1999.

13. VARGAS PINTO, TATIANA. Manual de Derecho Práctico, Teoría del Delito con casos. 2ª edición, Santiago de Chile, Abeledo Perrot - Editorial Publishing, 2011.

Bibliografía Extranjera:

1. JESCHECK, HANS HEINRICH. Tratado de Derecho Penal, parte general, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, tomo II, 3ª edición, Barcelona-España, Bosch, Casa Editorial, s.a., 1978.

2. JESCHECK, HANS-HEINRICH. Tratado de Derecho Penal, parte General, (traducción de Luis Manzanares Samaniego) 4ª edición, Granada-España, Editorial Comares, 1993.

3. MAURACH, REINHART. Tratado de Derecho Penal, tomo II, Barcelona-España, Ediciones Ariel, 1992.

4. MAURACH, REINHART. Derecho Penal, Parte General, tomo I (traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch), Buenos Aires – Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1995.

5. MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Barcelona-España, Editorial Reppertor S.L. 1998.

6. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Teoría General del Delito, 4ª edición, Valencia-España, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007.

Revistas y otros:

1. BASCUÑAN Rodríguez, Antonio; COUSO Salas, Jaime; COX Leixelard, Juan Pablo; GUZMÁN Dálbora, José, HORVITZ Lennon, María Inés; MAÑALICH Raffo, Juan Pablo; MEDINA Schulz, Gonzalo y otros. Informe en Derecho “La Inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. En Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2010, Centro de documentación de la Defensoría Penal Pública, n° 8 de octubre de 2011.

2. ACTAS de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal Chileno, sesión 1ª preparatoria, de 8 de marzo de 1870, Santiago, Imprenta de la República, 1873, 3p.
3. Revista Fallos del Mes, Santiago, Chile.

Sitios web:

1. Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley n° 19.617. Disponible en: www.bcn.cl
2. www.legalpublishing.cl
3. www.microjuris.cl Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1683-10, 4 de enero de 2011, MJJ256765.
4. www.rae.es página de la Real Academia de la Lengua.