

**Universidad de Chile**  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

# **El daño moral derivado de los atentados a la libertad e indemnidad sexual.**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Autor:

**Ximena Risco Fuentes.**

**Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crear**

**Diciembre 2004**



|   |    |
|---|----|
| INTRODUCCION .  | 1  |
| CAPITULO PRIMERO. Las consecuencias jurídicas del delito .  | 3  |
| 1.- PLANTEAMIENTO. . .  | 3  |
| 2.- EL DELITO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .   | 6  |
| 2.1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO <sup>8</sup> . .  | 7  |
| 2.2. DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL, CODIGO CIVIL Y<br>COMPLEMENTARIAS .                              | 11 |
| 3.-EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL <i>ex delicto</i> : INDEMNIZACIÓN DE<br>DAÑOS Y PERJUICIOS . . | 11 |
| 3.1. DAÑOS PATRIMONIALES. . .   | 13 |
| 3.2.-DAÑOS MORALES. . .   | 16 |
| 4.- EFICACIA PENAL DE LA REPARACION .   | 20 |
| 4.1 FUNCIONES DE LA REPARACIÓN EN EL DERECHO CHILENO . .  | 23 |
| CONCLUSIONES . .  | 25 |
| CAPITULO SEGUNDO. Los delitos contra la Libertad Sexual . .   | 27 |
| 1 .- INTRODUCCIÓN. . .  | 27 |
| 2. EVOLUCIÓN HISTORICA DEL DERECHO PENAL SEXUAL <sup>40</sup> .                                       | 28 |
| 2.1. El Derecho Romano. . .   | 28 |
| 2.2.- El sistema del derecho común. .   | 28 |
| 2.3.- El modelo de la Ilustración. .  | 29 |
| 2.4.El modelo de la codificación del siglo XIX .  | 29 |
| 2.5.-El modelo del reformismo del siglo XX. . .   | 30 |
| 3.- EL CODIGO PENAL CHILENO .   | 30 |
| 4. LA DOCTRINA .  | 36 |
| 4.1.- CORRIENTE ÉTICO-SOCIAL <sup>54</sup> . .  | 38 |

<sup>8</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, J., *op cit.*

<sup>40</sup> Sigo en este apartado el esquema y contenidos expuestos por BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Delitos contra la Autodeterminación Sexual*, Santiago de Chile, 2000, pp. 3-7

|   |    |
|---|----|
| 4.2.- CORRIENTE JURIDICO INDIVIDUAL .   | 40 |
| 5. POSICION PERSONAL: LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL SISTEMA DE LOS DELITOS SEXUALES . | 55 |
| CONCLUSIONES . .  | 59 |
| CAPITULO TERCERO. El daño derivado de los atentados a la libertad e indemnidad sexual . .                                   | 61 |
| 1.-Planteamiento .  | 61 |
| 2. EL DAÑO INDEMNIZABLE EN LOS DELITOS SEXUALES .   | 62 |
| 3. FUNCIONES DE LA INDEMNIZACIÓN . .  | 65 |
| 3.1. La imposibilidad de reparar el daño no patrimonial con suma de dinero.   | 66 |
| 3.2. Teoría de la pena privada . .  | 66 |
| 3.3. La función satisfactoria de la indemnización .   | 68 |
| 3.4 La función punitiva y satisfactoria de la indemnización .   | 70 |
| 4. CRITERIO JURISPRUDENCIA NACIONAL .   | 70 |
| 5. DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO .   | 71 |
| 6. CRITERIOS DE DETERMINACION <sup>104</sup> .  | 73 |
| CAPITULO CUARTO. JURISPRUDENCIA . .   | 75 |
| CONSIDERACIONES FINALES .   | 80 |
| BIBLIOGRAFÍAS . .   | 83 |
| BIBLIOGRAFÍA GENERAL . .  | 83 |
| BIBLIOGRAFÍA ESPECIFICA . .   | 84 |

<sup>54</sup> SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *Ob. Cit*, pp. 34-42

<sup>104</sup> Un tratamiento sistemático y exhaustivo efectúa LETELIER BOMCHILL MAX, “El daño moral derivado de los atentados a la integridad física de la persona: Titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la jurisprudencia”, Memoria de Grado, 2001, Santiago, Universidad de Chile,

# INTRODUCCION

El objeto central de este trabajo es el daño derivado de los atentados contra la libertad e indemnidad sexuales, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, para luego abordar la reparación de los mismos, via indemnización de perjuicios y estudiar la posibilidad de otorgarle una función penal a esa reparación.

Para lograr un tratamiento sistemático del tema, he comenzado por describir las consecuencias accesorias del delito, tratando con cierta detención la responsabilidad civil ex – delicto en general porque, según entiendo, es este el antecedente que justifica la reparación. Asumo desde ya la circunstancia que el autor de un delito se encuentra obligado a reparar los perjuicios derivados de su actuar antijurídico pero creo que en ciertas ocasiones esta obligación podría revestir alguna utilidad penal y no sólo como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

Para determinar cual es el interés jurídicamente relevante y objeto de la regulación penal se ha abordado el tema del bien jurídico protegido por el sistema de los delitos sexuales. Este análisis cumple una doble función: por un lado constituye una toma de posición al respecto y por otro demuestra el vínculo entre el interés penalmente protegido y la esfera susceptible de reparación. Esta relación se aborda en el capítulo tercero.

El último capítulo recopila alguna jurisprudencia nacional sobre acción civil ejercida en procesos instruidos por delitos en contra de la libertad e indemnidad sexuales, tanto en el procedimiento antiguo como en el nuevo, en orden a exponer el criterio de nuestros tribunales en esta materia.

En resumen. A lo largo de este trabajo podrá observarse que adhiero a la posibilidad de dotar a la reparación de los daños de un carácter menos subsidiario, considerando que si bien no puede ser considerada una pena o equivalente de la misma, si podría utilizarse para ciertos casos en que el daño sea mínimo o la pena asignada al delito sea baja y susceptible de ser remitida, además de constituir la reparación de los daños el objetivo que debiera considerarse desde un punto de vista victimológico, para tratar los perjuicios que trae aparejado un atentado a esta esfera tan personal de cada cual, objetivo que no se cumple felizmente con la sola pena privativa del condenado.

# CAPITULO PRIMERO. Las consecuencias jurídicas del delito

## 1.- PLANTEAMIENTO.

El quiebre del orden social que provoca la comisión de un delito genera efectos en diferentes áreas. La consecuencia más relevante es la pena, sin perjuicio de desencadenar otras extrañas al derecho penal y que también surgen como resultado de dicha infracción. En este capítulo se expondrán cuales son los ámbitos afectados por la realización del tipo penal, con especial énfasis en las consecuencias civiles derivadas del delito.<sup>1</sup>

Un delito, entendido como acción u omisión típica, antijurídica e imputable a un sujeto responsable compromete, ya desde su definición, más de un ámbito jurídico.

Que un hecho sea típico importa su consagración dentro del ordenamiento jurídico penal como supuesto de hecho al que se atribuyen ciertas consecuencias. La estructura de la norma se basa en la descripción de una conducta abstracta e hipotética y en la

---

<sup>1</sup> Cfr. Luis Gracia Martín, Miguel Boldova Pasamar y M. Carmen Alastuey Dobón, "Las consecuencias Jurídicas del delito en el nuevo Código penal español", Valencia, 1996

previsión de una consecuencia jurídica que deberá aplicarse a todo suceso real en que concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo, de manera tal que en el evento de verificarse un suceso determinado capaz de ser subsumido dentro del ámbito descriptivo y normativo del precepto penal será procedente aplicar la consecuencia prevista, es decir, la pena.

La antijuridicidad ha sido entendida como la realización de un tipo penal sin causas de justificación. La concurrencia de una causa de justificación excluye el injusto de la acción típica de manera tal que la conducta que en principio sería subsumible dentro del tipo penal queda justificada. En un sentido formal la antijuridicidad se relaciona con todo el derecho y no sólo con del derecho Penal, es la contradicción de la conducta contra del sistema legal. La ilicitud es una sola, no hay diferencia entre ilicitud penal e ilicitud civil. Ahora bien, que determinada conducta sea descrita como supuesto de un tipo penal y no esté entregada al dominio civil responde más a razones de bien jurídico protegido y política criminal que a distintas calidades de ilícito. Desde una perspectiva material - referida a juicios de valor- la antijuridicidad se relaciona con el contenido de injusto de la conducta, con el desvalor de la misma. Este juicio de (des)valor se basa en el carácter objetivamente indeseable para el ordenamiento jurídico de la conducta infractora. Tradicionalmente se ha dirigido este juicio a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico con la correlativa ausencia de un interés prevalente desde una perspectiva ex-post o ya a la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva ex- ante. Por estos días suele incluirse dentro del injusto el aspecto subjetivo que fluye de la finalidad de la conducta, que afecta también el desvalor de la conducta<sup>2</sup>. En este orden es correcto inferir que un comportamiento, en razón de su contenido antijurídico puede ocasionar además de la consecuencia penal por esencia -la pena- efectos en otros ámbitos sin que por ello pierda su carácter de delito o aumente, necesariamente, su contenido de injusto.

Que el suceso de que se trate pueda ser imputado a un sujeto se traduce en que la pena o medida de seguridad asignada al comportamiento típico sea impuesta al sujeto declarado responsable en el proceso penal.

Sin embargo, las penas y las medidas de seguridad no agotan el espectro de repercusiones que provoca la infracción penal. Existen también las llamadas consecuencias accesorias. Su presupuesto de aplicación es la realización de un hecho tipificado por la ley penal como delito y son impuestas dentro del proceso penal, pero no se basan en la responsabilidad del autor sino en circunstancias propias de cada caso y por eso su naturaleza jurídica no es única. Se han mencionado como consecuencias accesorias la privación de las ganancias ilícitas obtenidas con el delito<sup>3</sup>. El fundamento de esta privación se encuentra en la no tolerancia de la conducta ilícita y la finalidad específica de la privación es la restitución. Otro ejemplo de consecuencias accesorias es el comiso de los instrumentos del delito. Lo que funda esta medida es la peligrosidad objetiva de la cosa, basada en la probabilidad de que su libre circulación otorgará las

---

<sup>2</sup> En este sentido, MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Reppertor, 6ª edición, Barcelona, 2002, pag. 152.

<sup>3</sup> Gracia Martín, Luis, *et. al; op.cit. p. 34*



posibilidades de cometer nuevos hechos delictivos. Los encargados de llevar a cabo esta medida son los funcionarios aprehensores, quienes cumplen con su actividad de aseguramiento del ordenamiento jurídico, por lo que podría decirse que la naturaleza del comiso de los instrumentos del delito es de índole policial, casi administrativa.

Con todo, existe otro ámbito de consecuencias del delito que no queda abarcado en las enunciadas arriba. Para comprenderlo es útil separar la infracción en dos dimensiones: además de ser un supuesto de hecho tipificado por el ordenamiento, el delito supone una agresión a un bien jurídico y es expresión del quebrantamiento del orden social y de conflicto entre los ciudadanos. Por otra parte el resultado de dicha agresión importa un comportamiento que ha causado daño y dolor a otras personas o a la comunidad, de tal suerte que las penas y medidas de seguridad impuestas por el ordenamiento pueden responder a la primera de las dimensiones, pero no a la segunda. Esta segunda dimensión se relaciona con la reparación del daño causado.

En la medida que el hecho típico, antijurídico y punible de lugar a la producción de un daño material o moral surgirá como consecuencia de ese hecho la reparación del daño o restitución del objeto y, en su caso, la indemnización de perjuicios materiales o morales producidos. Esta consecuencia se llama, genéricamente, “responsabilidad civil derivada del delito”<sup>4</sup>. Ahora bien, que esta responsabilidad emane del delito – o el daño provocado por el delito – no significa que sea una consecuencia penal del mismo y que pertenezca por ello al ámbito del derecho penal. El antecedente inmediato de la responsabilidad civil es la producción de un daño (y al menos una relación causal entre el daño y la conducta delictiva), pero no es necesario que dicho daño esté integrado como elemento del tipo. En otras palabras, la *responsabilidad civil no deriva del delito como infracción sino que tampoco deriva del delito como daño*<sup>5</sup>

Relacionado con lo anterior aparece la idea de la reparación. La dimensión material de la reparación del daño se identifica y coincide con la pretensión civil, esto es, la compensación por el daño causado. No obstante lo anterior, se han ensayado como fines o usos penales de la reparación los siguientes: se propone que sea una pena, un nuevo fin distinto de la pena y también se caracterizado a la reparación como una tercera vía al lado de las penas y las medidas de seguridad.

Sea cual sea la opción que se adopte, la reparación del daño causado representa algo más que el cumplimiento de una obligación civil. El haber procurado a reparar el mal causado se consagra como circunstancia atenuante en el Art. 11 N° 7 del CP y es requisito para optar a medidas alternativas de las penas privativas o restrictivas de libertad por lo que cabe sostener que afecta también en el modo en que se produce la consecuencia punitiva del delito (determinación y ejecución de la pena)

Enfocándonos en el tema de este trabajo, es necesario asumir como premisa que de un delito surgen dos pretensiones la punitiva y la de resarcimiento. Estas pretensiones no son disyuntivas ni se acumulan, conviven simultáneamente y marchan por cuerdas

---

<sup>4</sup> Sobre la correcta denominación, ver *infra* apartado 2.1

<sup>5</sup> Vid. SILVA SANCHEZ, JESUS, “¿Ex- delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Revista InDret*, 2001, n° 03, Barcelona., [www.indret.com](http://www.indret.com)

separadas en cuanto a la normativa que debe aplicarse. Lo curioso de este sistema es que si bien una es claramente penal y la otra civil — aunque no hay acuerdo sobre la pureza civil de esta obligación- pueden ventilarse ambas dentro del proceso penal. Pero ¿surge efectivamente esta pretensión resarcitoria del delito? O en otras palabras ¿es el delito efectivamente el fundamento de la responsabilidad civil?

## **2.- EL DELITO COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Un evento determinado reviste los caracteres de delito si es típico, antijurídico e imputable. Sin embargo, este mismo evento puede estar integrado por distintos elementos que pueden ser irrelevantes en materia penal pero determinantes para atribuir la responsabilidad civil que emana del hecho dañoso. Los diferentes presupuestos fácticos que concurren en un suceso considerado globalmente serán fragmentados de acuerdo al criterio seleccionador que interese según el área del derecho que reaccione.

Considerado así, el delito es un complejo de hechos que adquieren relevancia penal según integren los elementos requeridos por el tipo penal. Desde un punto de vista descriptivo de estos mismos hechos puede nacer la obligación de reparar civilmente el daño causado, sin embargo, el fundamento de esta reparación ya no reside en la concurrencia de los presupuestos típicos sino en el daño provocado<sup>6</sup>.

Es en el marco del proceso penal donde se manifiesta el poder punitivo del Estado sancionando con penas las infracciones típicas. Es en este mismo ámbito donde la víctima exige, además de la sanción penal, la compensación por el daño o perjuicio sufrido. En clave de responsabilidad civil el derecho penal acoge al perjudicado, olvidando el interés en la prevención general, en la prevención especial o en la retribución, lo que se traduce en el ejercicio de dos acciones que se hacen valer en el mismo proceso. Por una parte está la pretensión que persigue se sancione penalmente la conducta infractora, mediante la imposición de una pena, y por otra parte la pretensión civil tiende a la reparación de los daños y perjuicios causados.

Podría considerarse que la pretensión civil hecha valer en el proceso penal significa la distorsión del mismo proceso. Con todo, si bien el principal objeto del proceso penal es determinar quien es el responsable criminalmente no es menos cierto que es también función del derecho penal promover la paz social con el menor sufrimiento.

En palabras de Gonzalo Quintero “Si el recurso de la pena se puede alcanzar gracias a la reparación, tanto mejor; y eso no será una perversión del derecho penal, sino, al contrario, algo coherente con su carácter de “extrema” o “ultima ratio”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Como se verá en el subapartado que sigue, no es necesario que el daño sea elemento *típico* del delito. En el mismo lugar se tratará la antijuridicidad del daño.

<sup>7</sup> Vid. QUINTERO, GONZALO; CAVANILLAS, SEBASTIAN; DE LLERA, E.; *La responsabilidad civil “Ex delicto”*

## 2.1.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO <sup>8</sup>

---

El artículo 24 de nuestro CP prescribe que “Toda sentencia condenatoria en materia criminal *lleva envuelta la obligación* de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables”. Esta norma no hace más que confirmar el mandato contenido en el CC., artículo 2314 que señala que entre las fuentes de las obligaciones que quien ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes.

El legislador acertadamente no se explayó más en este punto. Y es que del hecho delictivo surgen obligaciones que son de dominio civil, pero ocurre que ese daño deriva causalmente de un hecho que está tipificado como delito por la normativa penal. Esta idea se encuentra plasmada en el Código Civil que instaura a modo de condición que el delito o cuasidelito haya inferido daño a otro, confirmando la regla general en virtud de la cual el requisito básico para que surja la obligación de indemnizar es que se haya producido un daño. De esa misma frase resultan los elementos de la responsabilidad civil: una conducta del agente del daño (activa u omisiva); la producción de un daño injusto que es aquél que la víctima no tiene deber de soportar y la existencia de una relación causal entre la conducta y el daño. Para que el sujeto activo responda debe practicarse un juicio de imputación del resultado a su conducta y, en la esfera civil, este criterio se basa generalmente en la culpa. La responsabilidad civil se basa en supuestos que derivan causalmente del delito pero el supuesto específico esencial, el daño, es externo al mismo. Del mismo modo puede afirmarse que a virtud de la fórmula abierta contenida en el art. 2329 no están tipificados ni los daños resarcibles ni las acciones u omisiones negligentes / dolosas del dañante, por lo que puede concluirse que el elemento de antijuridicidad del daño se agota en la imputación subjetiva de la conducta al agente, en otras palabras, el concepto de culpa incluye la ilicitud.<sup>9</sup>

En el mismo sentido no es necesario que el daño provocado por el delito sea un elemento típico del mismo ni estar previsto como resultado típico. De la comisión de un delito pueden nacer consecuencias lesivas que no están contempladas en el ámbito del injusto típico punible, pero si de lo injusto en cuanto contrario al deber genérico “alterum non laedere” y, por ende, el sujeto que injustamente sufre estos daños tiene derecho a su reparación. No parece descabellado pensar en un proceso penal en el que se declare la inexistencia del delito por imposibilidad de imputación objetiva del resultado por ejemplo, pero los daños causados deban ser igualmente reparados a título de responsabilidad civil extracontractual en sede civil. Es importante señalar que el daño civil no coincide ni se identifica con la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, debido al ámbito protegido por cada rama. El daño civil afecta intereses particulares, de una o más personas; en cambio el “daño penal” afecta a la sociedad toda y exige la intervención estatal a través de la

<sup>8</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, J., *op cit.*

<sup>9</sup> Es importante no confundir antijuridicidad con daño producido. Un análisis más profundo se realizará más adelante

sanción penal para restaurar el orden quebrantado.<sup>10</sup>

Otro argumento para sostener que no es necesario que el daño sea típico viene dado porque la responsabilidad civil ex delicto no es privativa de los delitos de resultado. Ya lo adelanta el CC, que no hace distinción alguna; por lo demás el hecho que cierta conducta esté consagrada como delito de peligro no implica que dicha conducta no provoque daño alguno sino que el legislador ha adelantado el momento consumativo del mismo, sin perjuicio de poder verificarse daños atípicos que serían civilmente resarcibles. Esto puede apreciarse también en las formas imperfectas de ejecución. A primera vista el delito tentado no causa daños porque no se materializa el resultado típico, pero piénsese por un momento en un delito tentado de violación o agresión sexual, si bien no se ha concretado la lesión al bien jurídico protegido pueden haberse provocado lesiones a la víctima por ejercicio de violencia y esos daños si deben ser resarcidos. El daño no deriva del delito que el sujeto activo tenía la intención de realizar sino del efectivamente ejecutado.

Debe considerarse también que no todos los delitos causan daños ni dan origen a responsabilidad civil extracontractual, como por ejemplo el giro doloso, la posesión de material pornográfico, y el últimamente consagrado porte de arma blanca en recintos públicos.

Así las cosas, parece más adecuado referirse a la responsabilidad civil que emana de un hecho delictivo como responsabilidad civil “ex delicto” en vez de “derivada del delito”. En palabras de Jesús María Silva Sánchez:

**“...el tenor de la expresión “responsabilidad civil derivada de delito” describe de modo inexacto su alcance, pues, en realidad, tal responsabilidad se establece cuando puede establecerse un nexo de imputación objetiva y subjetiva, según las reglas del derecho civil, entre un daño y una conducta delictiva, con independencia de que dicho daño sea o no elemento del tipo, del delito por el que se condena o, incluso, elemento típico del delito “tout court”. Tal “responsabilidad civil” no solo no deriva del delito como infracción, sino que tampoco deriva del delito como daño”<sup>11</sup>**

En cuanto a la antijuridicidad del daño es necesario hacer algunas precisiones. En primer lugar no puede confundirse daños con lesión de derechos subjetivos. La lesión de un derecho subjetivo no es presupuesto de hecho de las normas de responsabilidad extracontractual. En segundo lugar, la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos. La violación de un deber jurídico o la violación de un precepto que imponga ese deber jurídico no importan, necesariamente, antijuridicidad. En puridad, la antijuridicidad es una categoría más cercana al derecho penal que al derecho civil, en cuanto exige la confrontación de una conducta con un presupuesto fáctico tipificado por el ordenamiento, lo que importa la infracción del mandato contenido en la norma primaria, sea haciendo lo que estaba prohibido (tipo comisivo) o dejando de hacer aquello que se debía (tipo omisivo). Desde esta aproximación, la tipicidad penal no es

---

<sup>10</sup> Vid. Alastuey Dobón, Carmen; LECCIONES DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO; 2ª. Ed, Valencia, 2000, p.417.

<sup>11</sup> *Op. Cit. Pg. 5*

independiente de la antijuridicidad, sino un requisito de ella, junto a la ausencia de causas de justificación.<sup>12</sup>

En el orden civil en cambio, la antijuridicidad no es un presupuesto autónomo de la responsabilidad por daños, por lo menos no en nuestro derecho. La textura genérica y abierta de las normas relativas a daños no exigen un hecho infractor consistente en delito o falta, por lo que el contenido de antijurídico se difumina, debiendo considerarse también aquellos casos en que se provocan daños durante el ejercicio de una actividad lícita. Ahora bien, esto no importa que los daños no conlleven este carácter, lo que ocurre es que en materia de daños, la antijuridicidad está incluida en la culpabilidad, entendida como juicio objetivo del comportamiento debido. El hecho de no haberme comportado como debía / haberme comportado negligentemente incluye las condiciones necesarias para dar por establecida la ilicitud ya que la antijuridicidad carece de contornos claros frente a la culpa o negligencia. En este sentido, el Profesor REGLERO CAMPOS propone el siguiente ejercicio: el conductor de un vehículo en estado de embriaguez, o a exceso de velocidad, se comporta de manera imprudente o antijurídica? Ante esto debemos admitir que la conducta imprudente encierra una conducta antijurídica o, por la inversa, que una conducta antijurídica involucra, al menos, una conducta imprudente. Es irrelevante, continúa señalando Reglero, que el daño se impute por negligencia o por conducta antijurídica sino que concorra un título de imputación. Si surge la obligación de indemnizar, la antijuridicidad no constituiría, al menos en estos supuestos, un presupuesto de la responsabilidad, puesto que también se responde por los daños causados como consecuencia de una conducta conforme a derecho, ámbito propio de la responsabilidad objetiva, en que la atribución de responsabilidad se fundamenta en el daño causado dentro de una actividad considerada riesgosa, que prescinde de la culpa y su antecedente es el riesgo creado<sup>13</sup>

Establecido que el daño injusto es aquel que el perjudicado no tiene deber de soportar y que el contenido antijurídico de la conducta dañosa queda incluida en la imputación personal, queda determinar el contenido de injusto del daño. Un criterio pasa por acotar el área de los daños indemnizables y de paso evitar una dispersión irracional de la tutela resarcitoria. En este punto adquiere notoriedad la insuficiencia de la referencia a los derechos subjetivos, toda vez que el margen residual no es lo suficientemente preciso. Por otro lado, dejar el campo a la libre voluntad de los demandantes provocaría una explosión de procesos. Asumiendo ciertas conductas, ciertos riesgos y, por ende, ciertos daños como tolerables dentro de la vida en sociedad, lo que queda fuera de este sector sería daño injusto<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Se sostiene que la tipicidad es presupuesto de existencia de la antijuridicidad, lo que no significa que todo hecho típico, como elemento positivo del supuesto de hecho, sea antijurídico, por que además se requiere la ausencia de causas de justificación, como elemento negativo del mismo supuesto. Vid. MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal PG.*; Editorial Reppertor; 6ª ed. , Barcelona; 2002; p.160

<sup>13</sup> Vid. REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, "Conceptos generales y elementos de delimitación" en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 52-55

<sup>14</sup> En este sector aparece lo que en derecho comparado se denomina *Derecho de daños*

Para resolver que daños son injustos y, consecuentemente, resarcibles, se requiere de un sistema de protección o valoración dentro del ordenamiento que indique que intereses son considerados como relevantes para el correcto desarrollo de la sociedad en un momento histórico determinado, respecto de los cuales no operaría esa tolerancia en caso de afectación. En este nivel se aparecen los intereses constitucionalmente protegidos y aquellos bienes tutelados penalmente <sup>15</sup>.

Es útil recordar que el máximo de protección a estos intereses está dado por el derecho penal, protegiéndolos en cuanto constituyen un interés público pero una tutela integral de estos intereses debe cubrir también la esfera privada y esto se logra otorgándole un derecho al perjudicado a solicitar se le reparen los perjuicios que sufrió.

Con todo, lo relevante para atribuir responsabilidad civil al autor del delito es que exista un daño a un interés susceptible de ser reparado y que este daño esté en una relación de imputación objetiva y subjetiva jurídico civil, con una conducta que el sujeto haya realizado sin justificación objetiva. Como se aprecia, esta responsabilidad civil no tiene por objeto la protección de estos intereses sino su reparación ni requiere de la constatación fáctica de los elementos que además han sido contemplados como contenido del tipo.

La acción que ejerce el perjudicado encaminada a la indemnización de perjuicios es de naturaleza civil. Que se sustancie en el proceso penal no hace mutar su carácter ni menos la normativa aplicable. Esta acción encuentra su fundamento en el daño antijurídico, en el sentido de afectar aquellos intereses tutelados sin causa de justificación y además está contemplado como resultado típico que complementa el disvalor del injusto <sup>16</sup> del delito.

En conclusión, puede afirmarse que lo que nace del delito es una obligación para el autor del mismo y un derecho correlativo para la víctima que consiste en la reparación del perjuicio sufrido, derecho que se fundamenta en lo injusto del daño, que no requiere estar previsto como resultado típico. Por razones de economía procesal, para evitar un “peregrinaje de jurisdicciones” y aprovechando además la instrucción del proceso que lleva el juez penal en el proceso antiguo se intenta esta acción en sede criminal. Lo único que diferencia a la acción civil que persigue la indemnización de los daños provocados por un comportamiento inserto en la esfera de la ilicitud criminal de uno igualmente dañoso pero no tipificado es su tratamiento procesal. La acción civil debe entenderse como acumulada incidentalmente a la acción penal, pero esto no modifica en nada su

<sup>15</sup> Cfr. DIEZ-PICASSO, LUIS; *EL derecho de daños*, Madrid, 1999

<sup>16</sup> Aquellos delitos estructurados como delitos de peligro de lesión, el daño se concreta al realizarse la conducta descrita por el tipo sin que *materialmente* se verifique ese daño. El fundamento de estas estructuras se encuentra porque los bienes jurídicos protegidos resultan lesionados por una simple puesta en peligro, *p. ej.* bienes jurídicos supraindividuales; o por un adelantamiento de las barreras de punición de manera tal que se sanciona el hecho que puede poner en peligro el bien jurídico en cuestión. En estos supuestos resulta más difícil identificar el daño requerido por el art. 2314 para hacer nacer la obligación de indemnizar, sobretodo por la referencia al *otro*, sujetopasivo que se diluye en los delitos referidos. Esta referencia es solo enunciativa ya que el objeto de este trabajo es el daño derivado de los delitos contra la libertad sexual, delitos de resultado, contra sujeto pasivo determinado y con un objeto tutelado bien delimitado.

naturaleza ni su contenido

## 2.2. DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL, CODIGO CIVIL Y COMPLEMENTARIAS

---

Nuestro CC. reconoce el delito como fuente de obligaciones civiles. Así lo contempla el Art. 1437 “Las obligaciones nacen... ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos” y el Art. 2284. La obligación que genera el delito surge del daño provocado por él y da origen a responsabilidad civil que consiste en la indemnización de los perjuicios causados.

El artículo 24 del CP. prescribe que “Toda sentencia condenatoria en materia criminal *lleva envuelta la obligación* de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables”. Esta norma no hace más que confirmar el mandato contenido en el CC. , Art. 2314 que señala que quien ha cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes.

También en el CC. el Art. 2329 señala por regla general que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Estas normas no hacen más que reafirmar la idea de que el fundamento de la responsabilidad civil es el daño.

En la praxis, esta pretensión restitutoria puede ejercitarse ante el tribunal que está conociendo del proceso criminal o ante el juez civil. El Art. 171 del COT, reformado por la Ley N° 19.708 del año 2001, otorga competencia a los tribunales del crimen para pronunciarse sobre pretensiones de carácter civil que se deduzcan en el proceso penal, siempre que se sean intentadas por la víctima y persigan la restitución de la cosa o las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. El texto anterior a la reforma discurría sobre la misma base, facultando al juez del crimen para conocer de “la acción civil derivada del delito”.

El NCPP otorga esta misma competencia acumulativa sólo si la acción indemnizatoria es ejercida por la víctima. Si la acción civil es ejercida por personas distintas de la víctima o por la víctima pero en contra de personas distintas del imputado, como los terceros civilmente responsables, sólo podrá ser ejercida ante el tribunal civil. (Art.59 NCPP)

## 3.-EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *ex delicto*: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Establecida la naturaleza civil de la acción que persigue la reparación de los daños que emanan del delito, corresponde señalar que ámbitos pueden ser afectados por el hecho lesivo y que daños son susceptibles de ser indemnizados.

Cabe señalar que el daño es requisito de la responsabilidad civil, de manera tal que sin daño no hay responsabilidad ni ha nacido el derecho de indemnizar

Nuestro CC. no contiene una definición de *daño* pero la doctrina ha entendido el concepto en dos sentidos, uno restringido que lo entiende como lesión o pérdida de un derecho de la víctima y otro más amplio, sostenido en forma dominante que postula que el daño no solo se refiere a la lesión de un derecho, sino al perjuicio que experimenta cualquier interés cierto y legítimo del sujeto.<sup>17</sup>

La regulación aplicable se encuentra Art. 2314 y siguientes del CC. Este precepto legal dispone que quien haya cometido delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes.

La norma no especifica que tipo de daños deben indemnizarse pero recordando que es el principio de responsabilidad uno de los pilares del derecho civil y recordando el viejo aforismo que señala que donde no ha distinguido el legislador no le es lícito distinguir al intérprete, puede entenderse la regla en el sentido que los perjuicios que deben ser solucionados son los patrimoniales y los morales en oposición a los primeros.

Nuestra jurisprudencia consideró en un primer momento que dicha reparación no podía extenderse al ámbito de los perjuicios morales, basándose en la imposibilidad de avaluar en dinero los derechos o intereses afectados por el daño. Sin embargo, la sentencia dictada por la Corte Suprema al conocer un recurso de casación en el fondo en los años veinte denota un cambio de criterio en la materia.

El recurso en cuestión fue interpuesto por la madre de un menor de ocho años que murió atropellado por un tranvía, en contra de la sentencia del tribunal de alzada que había negado lugar a la demanda por que si bien se encontraba acreditado en autos que el accidente se había debido a culpa del maquinista, no estaban probados los perjuicios ni tampoco las bases para su estimación.

El recurso se funda en que la constatación de la culpa debió haber sido suficiente para dar lugar a la demanda y que no correspondía plantearse la cuestión de la prueba de los perjuicios, atendiendo a la naturaleza de la acción.

El 16 de diciembre de 1922, la Corte Suprema<sup>18</sup> estimó que “el hecho fundamental de la demanda, la muerte de su hijo de ocho años... no podría menos que estimarse como una base para regular la reparación perseguida y como caracterización del daño inferido...”. Los argumentos contenidos en ese fallo discurren sobre estas líneas:

El artículo 2329 el CC. prescribe que por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado “pues los términos absolutos del Art. 2329 excluyen toda distinción”.

### ***“Que la consideración de que la muerte sea un mal irreparable en el sentido***

<sup>17</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corte De Apelaciones de Santiago, que en su sentencia del 3 de junio de 1973 falló que “daño es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial” (RDJ, tomo LXX, sec. 4ª, p.65)

<sup>18</sup> RDJ, tomo XXII, sec. 1ª, P.1053.



***literal no legal de la palabra, no excluye la responsabilidad establecida por la ley, porque en Derecho Civil, esta responsabilidad no existe sólo cuando puede restablecerse en absoluto el derecho lesionado, sino también en los casos en que no es posible alcanzar esta reparación absoluta, como en la infracción de obligaciones de no hacer, y otros análogos en que, siendo imposible ese restablecimiento, la sanción, por voluntad del Legislados, se transforma en otra, destinada a satisfacer los fines de la ley” “La reparación del daño causado, no puede obtenerse en muchos casos de modo absoluto; y para alcanzar una reparación relativa, no existe otro medio que la sanción pecuniaria” “Las disposiciones del derecho Civil y del Derecho Penal; en lo referente a la responsabilidad por los actos ilícitos se completan, pues lo civil es sin perjuicio de la pena que corresponde al delincuente, y lo penal lleva consigo la acción para obtener reparación o indemnización hacia el ofendido*** <sup>19</sup>

Aceptada por la jurisprudencia y doctrina la procedencia de la indemnización por daños patrimoniales y morales, ya para reparar el daño que puede ser cuantificado o para resarcir de alguna manera aquellos daños que no pueden serlo, deben establecerse los límites de cada una de las categorías. <sup>20</sup>

### **3.1. DAÑOS PATRIMONIALES.**

Este tipo de daño también se ha denominado daño material. Es el daño que afecta el patrimonio de una persona y se manifiesta en la diferencia en el estado y posición económica de la víctima después de ocurrido el daño y la posición en que se encontraría de no haber ocurrido. Resulta esclarecedora la definición practicada dentro de la teoría del análisis económico del derecho. Para esta corriente, el daño patrimonial provoca una “disminución de la utilidad, que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero” en cambio el daño moral (como extrapatrimonial) implica una “reducción en el nivel de utilidad del dinero que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar” <sup>21</sup>

Algunos autores toman como punto de partida la materialidad del daño para clasificarlo. De esta manera, entienden que daño material es aquel que es capaz de ser apreciado por las facultades sensitivas del ser humano mientras que el daño moral afecta la esfera inmaterial, incorporeal o invisible.

En este sentido JOSSERAND distingue de un lado el daño material que puede alcanzar a la víctima a) en su patrimonio o b) en su persona física. CAMMAROTA parte

<sup>19</sup> *Más comentarios sobre la misma en BARROS BOURIE, ENRIQUE; Curso de derecho de obligaciones, responsabilidad extracontractual; Santiago, 2001.*

<sup>20</sup> La procedencia de reparación del daño moral no es aceptada como principio general en todos los ordenamientos. Así, el art. 2059 del CC. italiano limita la indemnización por daño no patrimonial a los casos previstos por la ley, refiriéndose al art. 185 del CP. con lo que el daño moral subjetivo sólo es indemnizable cuando la conducta del agente merezca la intervención penal. Cfr. REGLERO, L., *op. cit.* p.77

<sup>21</sup> Vid. GOMEZ POMAR, FERNANDO, “Daño Moral”; *Revista InDret*, nº 1, Barcelona, 2000

del mismo principio pero no caracteriza al daño material como lesión de bienes corpóreos visibles sino como afectación del patrimonio y al reputar el daño a las personas como daño material no lo hace como una categoría autónoma sino que lo vincula con las consecuencias patrimoniales del mismo, según “la incidencia del perjuicio sobre la vida económica de la víctima”. De esta manera, en supuestos de daños corporales, apreciables visiblemente por los sentidos como amputación de una pierna o mano, serán materiales no en virtud de esta constatación sino por la alteración que provocan en el patrimonio de la víctima.<sup>22</sup>

Parte de la doctrina consagra el daño corporal como categoría independiente. Justifican esta independencia en que el daño corporal importaría una categoría intermedia entre el daño material y el daño moral, de manera tal que este daño provocaría consecuencias de índole patrimonial y extrapatrimonial. En esta tendencia se pronuncia CARBONNIER quien entiende que daño material es aquel que se produce por lesión a los bienes que integran el patrimonio, materializado en el daño emergente y lucro cesante. Luego caracteriza el daño moral como aquel que no importa ningún atentado contra el patrimonio sino sobre derechos que se han caracterizado como extrapatrimoniales: la vida, la integridad física, el honor. A continuación tipifica el daño corporal como el resultado de una lesión a los bienes físicos de la personalidad. Siguiendo la crítica formulada por GARCÍA LÓPEZ, no se justifica ni comprende esta clasificación tripartita de los daños, toda vez que si se ha señalado que el daño moral no importa atentado al patrimonio sino a los derechos de la personalidad luego se dote de autonomía a un segmento de esta esfera para practicar la clasificación. No se vislumbra razón suficiente que justifique la singularización del daño corporal como categoría independiente pues si se pone atención los desembolsos practicados por la víctima para la curación de las lesiones físicas deben entenderse como daño emergente, los beneficios económicos que dejó de percibir como consecuencia del accidente, a título de lucro cesante y luego, el ámbito doloroso integra el perjuicio moral. No debe perderse de vista que de un mismo hecho pueden derivarse consecuencias lesivas que resulten perjudiciales para más de una esfera del sujeto.

Para despojar esta categoría de confusiones, estimo necesario dejar la adjetivación de daño *material* y referirse a éste como patrimonial. Los daños cuya reparación se discute son aquellos que no repercuten directamente en el patrimonio de modo tal que es éste el punto crucial. Así las cosas, es más preciso referirse al perjuicio material como patrimonial y el moral como extrapatrimonial. Por lo demás al incorporar el daño corporal como daño material se están pasando por alto las semejanzas que comparte con el daño moral en cuanto dificultad de determinar la indemnización por la inadecuación equivalencial del dinero.

El principio que rige la indemnización de los daños patrimoniales es el principio de la diferencia. Lo que hay que reconstruir es la situación patrimonial del perjudicado. Según esta teoría, acuñada por F. MOMSEN, el daño se concreta en la diferencia entre la situación, valorada económicamente, del patrimonio del dañado después de ocurrido el evento dañoso y la que hipotéticamente tendría de no haberse producido el accidente.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Ambos en GARCÍA LÓPEZ, RAFAEL; *Responsabilidad Civil por daño moral, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1990, p.60

La tradición escolástica acuña los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans* para medir el alcance del daño patrimonial.

### 3.1.1.- EL DAÑO EMERGENTE

Se define como la pérdida o disminución patrimonial actual y efectiva que sufre la víctima a causa del accidente. Nuestra jurisprudencia ha fallado que el “daño emergente es el empobrecimiento real y efectivo padecido por quien pide que se le indemnice” ( <sup>24</sup>

El daño emergente puede estar integrado por la destrucción o deterioro de cosas valuables pecuniariamente, en los costos en que ha de incurrir la víctima a causa del accidente o en un perjuicio puramente económico. Dentro de los primeros, deben entenderse los gastos de hospitalización, honorarios médicos y medicamentos. De esta manera, un mismo hecho puede ocasionar daños en el patrimonio de una persona y en el ámbito afectivo de la misma. Así, la indemnización otorgada a título de daño moral por el sufrimiento que determinado perjuicio provoca no ha de confundirse con la indemnización que viene a reparar este daño en sede de daño emergente, por el pago de tratamientos psicológicos o la compra de químicos. Como se indicó antes, el criterio de la distinción radica en la posibilidad de estimar en dinero el daño. A riesgo de majadería, debo hacer notar que si bien un tratamiento fármaco-psicológico efectivo puede contribuir para restablecer el bienestar – o disminuir el malestar- es claro que a la víctima no le es igual padecer el daño y luego recuperarse mediante terapia que no sufrir daño alguno.

### 3.1.2.- EL LUCRO CESANTE

Comprende las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del accidente. Se dice que la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario requiere una construcción hipotética de lo que hubiere ocurrido. Para evitar la extensión desmesurada, el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud según el curso normal de los acontecimientos. <sup>25</sup>

La jurisprudencia nacional ha estimado que “la característica de esta clase de daño se produce por lo que el actor deja de percibir como consecuencia del hecho ilícito” <sup>26</sup> . También es lucro cesante la pérdida de oportunidades de uso y goce de la cosa. Diez Picasso postula que dentro del lucro cesante deben comprenderse los casos de lesiones personales, la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, la capacidad de obtener la remuneración del mismo.

<sup>23</sup> En contra de esta teoría, la concepción real concreta del daño, DIEZ-PICASSO, L; *op. Cit*; p.312 y ss.

<sup>24</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de diciembre de 1984., *RDJ*, tomo LXXXI, sec 4ª,p.266. La Corte Suprema, en sentencia del 2 de marzo de 1977 ha señalado que el daño emergente consiste en un “desmedro real y efectivo en su patrimonio”. *FALLOS DEL MES*, N°220,sent.1, p. 25

<sup>25</sup> Vid. Diez Picasso, J; *op cit.*,p. 323

<sup>26</sup> Corte Suprema, 4 de enero de 1971; *RDJ*, tomo LXVIII, sec.1ª, p.1

### 3.2.-DAÑOS MORALES.

---

El “daño moral” es un concepto cuyos deslindes no pueden fijarse con tanta precisión como los del daño patrimonial. Es una figura difusa y borrosa porque no se trata del daño típico, constatable materialmente, sino de un perjuicio que repercute sobre los ámbitos más íntimos del individuo. De otro lado, tampoco se ha aceptado siempre la reparación vía monetaria de este tipo de perjuicios, considerándose inmoral el pretender reparar en dinero valores puramente subjetivos ya que con ello se equipararían los valores de afección con los pecuniarios.

Puede definirse el daño moral como el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos, en sus afectos o en su calidad de vida. En general se ha identificado el daño moral con la expresión latina *pretium o pecunia doloris* o precio del dolor.

Esta aproximación no sería lo suficientemente comprensiva de todos los ámbitos que pueden integrar daño moral. Quedarían excluidos los perjuicios estéticos, los perjuicios de afección, los perjuicios de agrado, por nombrar algunos. Ocurre que al partir del vocablo “daño moral” se está restringiendo el concepto a aquellos daños que solo se relacionan con el dolor y el sufrimiento pero no alcanzaría a cubrir todos los perjuicios que se deriven de un hecho dañoso imputable a dolo o culpa del agente y que afecten esferas íntimas del sujeto, imposibles de reconducir a criterios patrimoniales.

#### 3.2.1. CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA

La doctrina comparada ha elaborado varios criterios para establecer cual es el alcance del término “daño moral”. Pueden sintetizarse todas ellas en el sentido que el criterio que permitiría separar el daño moral del patrimonial es la imposibilidad de avaluar pecuniariamente el primero, ya sea porque la categorización atiende al objeto dañado, a la falta de repercusión en el patrimonio, al resultado final o al derecho dañado<sup>27</sup>, de modo tal que el sello distintivo del daño moral se traduce en que se trata de un daño extrapatrimonial.

En este sentido se pronuncia GARCIA LOPEZ: “ No cabe duda de que el contenido del daño en sentido jurídico coincide plenamente con aquello que es objeto de tutela jurídica y que, por consiguiente, lo que el derecho tutela el daño vulnera [...] De modo más específico, la esfera de poder jurídico del sujeto de derecho se compone de bienes personales (como la vida, el nombre, el honor, etc.); bienes patrimoniales que se desenvuelven en la esfera de carácter económico que rodea a la persona; y bienes familiares y sociales, que representan el poder de la persona dentro de las organizaciones en que el sujeto se mueve.- El conjunto de tales bienes jurídicos o relaciones jurídicas se delimitan clara y nítidamente dos sectores perfectamente identificados: por un lado, el formado por los bienes o relaciones de carácter económico que se denomina *patrimonio*; por otro, aquel conjunto de bienes o derechos que

---

<sup>27</sup> Una completa reseña a estas teorías se encuentra en GARCÍA LÓPEZ, RAFAEL; *op.cit.*, p.51 y ss.

configuran el ámbito puramente personal del titular (bienes o derechos de la personalidad, derechos de la familia, derechos sociales. El patrimonio determina lo que la persona *tiene*, y el ámbito personal lo que la persona es.<sup>28</sup>

¿En que debe concretizarse esa extrapatrimonialidad? O dicho de otra forma ¿Qué ámbitos del sujeto deben ser afectados por el hecho para que estemos frente al daño moral? En nuestra tradición jurídica el daño no se refiere solamente a la lesión de un derecho sino que también a la lesión de un legítimo interés, por lo tanto puede entenderse que el daño moral es aquel que lesiona un derecho o interés extrapatrimonial de la víctima.

De esta forma, si la lesión de la esfera extrapatrimonial es un daño jurídico y las características de ese daño se dan siempre respecto de cualquier bien correspondiente a la esfera de que se trate, la adjetivación del daño que afecte un bien del ámbito personal será daño extrapatrimonial o no patrimonial. Emplear el término moral como calificativo de daño extrapatrimonial lleva a una confusión que restringe injustificadamente su ámbito. Puede entenderse el daño *moral* como integrante del daño extrapatrimonial, en el sentido de subdividir el primero en dos vertientes: por un lado, la lesión a los sentimientos y afecciones de la víctima y por otro se agrupan el resto de los daños no patrimoniales en la categoría de daño personal.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, de fecha 20 de abril de 2004, publicada en el Boletín del Ministerio Público, N° 19, julio 2004. Los sentenciadores entienden que el daño moral es “dolor, pesar o angustia a consecuencia del hecho, ello sin perjuicio del mayor alcance que el concepto de daño moral tiene como lesión a los intereses extrapatrimoniales”

### 3.2.2. INTERESES SUCEPTIBLES DE DAÑO MORAL

En virtud de la expansión del término “daño moral” se ha ampliado también el área de perjuicios resarcibles bajo este supuesto. Los civilistas franceses adhieren a este criterio expansivo, por ejemplo MAZEAUD —TUNC proponen dentro de los daños morales dos categorías que se contraponen: por un lado los que afectan la parte social del patrimonio moral, como la honra, la reputación, la consideración; y por otra los daños que afectan al sujeto en la parte afectiva del mismo, como el dolor y los afectos.

En la misma línea se pronuncian Philippe LE TOURNEAU y Lóic CADIET en su obra *Dróit de la Responsabilité*, París, 1966. Los citados autores parten del concepto “daño corporal” como todo perjuicio extrapatrimonial que resulta de un ataque a la integridad física y el que resulta de los ataques a los derechos de la personalidad sería el daño moral en sentido estricto. Dentro de los daños extrapatrimoniales que integran la noción de daño corporal los autores mencionan:

- 1° Los sufrimientos morales y psíquicos, el *pretium doloris*
- 2° El perjuicio estético
- 3° El perjuicio sexual, entendido como la imposibilidad total o parcial de la víctima

---

<sup>28</sup> *Ibid* .p.77

para mantener relaciones sexuales o procrear

4° Los perjuicios de agrado (*préjudice d'agrément*), integrado por la privación de la víctima para ejercer ciertas actividades en las que había alcanzado cierto nivel. La jurisprudencia francesa la definió en su oportunidad como “la privación de satisfacciones diversas de orden social, mundano y deportivo de las que tiene el derecho de beneficiarse normalmente un hombre de la edad y cultura de la víctima”<sup>29</sup>

Ricardo De Ángel destaca el elenco de conceptos que la jurisprudencia francesa ha reconocido como integrantes del daño a la persona: perjuicio fisiológico, perjuicios de placer (como perjuicio de agrado);<sup>30</sup> otros perjuicios considerados tradicionalmente como daños morales: el perjuicio sexual, el perjuicio estético, el perjuicio juvenil y como daño residual el “perjuicio de sufrimiento”, que comprendería todos los daños físicos o morales y duraderos.

La doctrina italiana ha hecho extensiva la noción de daño moral al daño a la vida de relación, identificable con los supuestos de perjuicios de agrado de los franceses y al daño biológico o daño a la salud, que consiste en las lesiones a la integridad psicosomática del individuo con independencia de las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales que genere.

Otra corriente doctrinaria tiende a despojar al daño moral de autonomía y estructura los resultados dañosos de carácter extrapatrimonial en torno al ente lesionado. En este sentido se manifiesta el profesor peruano Carlos Fernández Sessarego quien considerando la estructura ontológica del ser humano, sostiene que es una unidad psicosomática constituida en libertad, de modo tal que todos los daños que afecten al sujeto en su ámbito personal serán siempre daños a la persona. Dentro de estos daños distingue el daño psicosomático, si alcanza la estructura psicosomática del individuo y el daño al proyecto de vida, si afecta la libertad fenoménica del sujeto. El daño psicosomático puede comprender el daño biológico y el daño psíquico que deriva de una lesión somática o de un ataque dirigido expresamente a la psique. Por otra parte el daño al proyecto de vida incide en la capacidad del sujeto para autodeterminarse según su propia decisión. Este proyecto de vida se vería truncado parcial o totalmente, sin perjuicio de contemplarse también la posibilidad del retardo. Si bien es cierto que esta nueva conceptualización del daño personal es interesante, no deja de parecer aventurada la mención al proyecto de vida, porque en principio todos deberían tener uno pero no creo que sea justificación suficiente para reclamar la indemnización. Por lo demás es difícil pretender que el proyecto de vida funcione a nivel de axioma, en el sentido que por el solo hecho de contar con un resultado definitivo este se vaya a concretar. Se sostiene que este daño debe ser de tal magnitud que la vida de quien lo sufre pierde todo sentido, pero no debe olvidarse que no todos tienen la misma sensibilidad y el accidente que para algunos es razón de desesperación, angustia y desolación perpetua, para otros puede ser un traspié importante pero superable.

---

<sup>29</sup> Vid. SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN; *El ilícito civil en el código Penal*, Granada, 1997, p.95

<sup>30</sup> Ibid.

### 3.2.3. INTERESES ADMITIDOS POR LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Nuestra jurisprudencia admite en el daño moral en su sentido tradicional, esto es, como pretium o pecunia doloris. En este sentido:

Corte Suprema 3 de Junio de 1973

***“El daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en los sentimientos o en los afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos”***<sup>31</sup>

Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de Agosto de 1984

***“El daño moral consiste en los dolores físicos, sufrimientos y angustia experimentados por la víctima.”***<sup>32</sup>

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, 14 de Junio de 2002, Boletín del Ministerio Público N° 11, Julio 2002

***“El daño moral cuya indemnización se persigue es de índole netamente subjetivo y su fundamento se encuentra en la naturaleza psicológica y afectiva del ser humano, que en el caso que nos ocupa, se manifiesta en la actora, quien ha sufrido un menoscabo a sus facultades morales a raíz de la muerte de su hijo en las circunstancias del caso y, por lo tanto, tomando en consideración la pérdida irreparable que se produce por la muerte de un hijo y los sufrimientos permanentes que experimenta la actora, se accederá a la demanda”***

También puede reconocerse en la jurisprudencia una tendencia a conceder indemnización a título de daño moral según un concepto genérico del mismo. Esto implica que en general se concede atendiendo a perjuicios que alcanzan<sup>33</sup>

Atributos de la personalidad, como el honor o la honra, la intimidad o la propia imagen.

Corte de Apelaciones de Temuco, 19 de julio de 1972 ordenó pagar la suma de E° 2.000 a la víctima. Funda su fallo en que “tiene toda la razón el demandante al afirmar que un hecho como este, en que se vio envuelto, ha tenido que producir una mala imagen suya dentro del conglomerado social en general...” (RDJ, tomo. LXIX, 1972, sec 4a, p.91)

Corte de Apelaciones de Santiago, 14 de Enero de 1963, por delito de injurias y calumnias. Considera que la injuria que se infiere a una persona respetable provoca un daño moral representado por el dolor, el pesar, la angustia y las molestias de orden psíquico que la persona sufre en su sensibilidad, en sus sentimientos, en sus carencias o

<sup>31</sup> RDJ, tomo LXX, sec 1ª, p. 65. También Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 1961 en RDJ, tomo LVIII, sec 4ª, p.374; Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de marzo de 1981 en RDJ, tomo LXXVI, p.76; Corte Suprema, 15 de diciembre de 1983 en RDJ, tomo LXXX, p. 128; Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de Marzo de 1984 en RDJ, tomo LXX, sec. 4ª, p.65<sup>33</sup> Gaceta, tomo L, p. 108<sup>34</sup> Se sigue la clasificación elemental propuesta por BARROS BOURIE, E.; op. Cit., p.104

<sup>32</sup>

<sup>33</sup>

afectos. (RDJ, Tomo LX, 1963, sec. 4<sup>a</sup>, p. 67)

2) Intereses relacionados con la integridad física y psíquica, como el dolor corporal, los perjuicios estéticos o de agrado, los perjuicios de afección, los daños en la autoestima.

Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de Junio de 1973 que en lo pertinente considera que “el daño moral consiste en el dolor, la aflicción, el pesar que causa en sus sentimientos o afectos el hecho ilícito, ya sea en la víctima o en sus parientes más próximos...” (RDJ. Tomo LXX, sec. 4<sup>a</sup>, p.65)

Corte de Apelaciones de Temuco, 29 de Junio de 1972: “Es un hecho de la causa que Y, de apenas 14 años de edad, sufrió a raíz del accidente y por efectos del fuego, extensas quemaduras en su cara y extremidades y que las primeras le afectaron visiblemente su estética facial debiendo incluso requerir tratamiento especializado...” (RDJ Tomo LXIX, 1972, sec 4<sup>a</sup>, p.66.)<sup>34</sup>

Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de septiembre de 1991: “... antes del accidente era un muchacho alegre, deportista, que participaba en competencias deportivas y eventos sociales, habiendo ganado un concurso como el “hombre ideal”, en tanto que después del accidente se le aprecia como una persona desorientada, amargada, decepcionada... Para regular el daño moral tanto de la víctima como de sus padres, esta Corte tomará en cuenta todas las consecuencias físicas, psíquicas y familiares... especialmente cuando ellas han afectado a una persona en su plena juventud y que tanto esperaba de su futuro...” (RDJ. Tomo LXXXVIII, 1991, sec. 4<sup>a</sup>, p. 141)

Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de agosto de 1983: “El dolor, el sufrimiento, preocupaciones y molestias, sufridos por la ofendida al ser herida con cuchillo, en diversas partes de cuerpo, en un sitio público, al quedar con cicatriz en la cara y tener un período de recuperación prolongado constituyen el denominado daño moral, que debe ser indemnizado y que el tribunal estima prudencialmente en la suma de \$1.500.000” (RDJ. Tomo LXXX, 1983, sec. 4<sup>o</sup>, p.90)<sup>35</sup>

## **4.- EFICACIA PENAL DE LA REPARACION**

La pretensión restauradora o resarcitoria se ha definido como una pretensión de carácter civil pero no se puede desconocer su eficacia penal. Si entendemos que la finalidad del proceso penal es alcanzar la paz jurídica y restablecer la validez de la norma lesionada, es forzoso concluir que no es siempre necesario la verificación de todas las etapas del procedimiento para llegar a esta meta. De hecho, así parece confirmarlo el diferente tratamiento del inculpado según haya facilitado o no la persecución penal. De esta forma,

<sup>34</sup> Esta sentencia describe el perjuicio moral sufrido por la víctima pero concede una indemnización global, sin distinguir los rubros indemnizatorios, esto es el quantum del daño emergente, del perjuicio estético o del dolor físico.

<sup>35</sup> Ese período de recuperación convendría evaluarse en sede de lucro cesante, si procediera.



la confesión o el arrepentimiento provocan efectos atenuatorios o incluso de exención de pena. En los países del Common Law se reconoce por regla general una reducción de pena cuando el inculpado efectúa una declaración de admisión de culpabilidad o *guilty plea*.

En el mismo sentido, pueden inscribirse los *plea bargainings* o procesos de negociación que consisten en las concesiones que efectúa el fiscal a cambio de obtener la admisión de culpabilidad del imputado. Estas negociaciones responden al propósito de una mayor eficiencia de la justicia penal mas no al interés social o a alguna demanda de justicia. Estos procesos de negociación hacen nido en aquellos sistemas en que el sistema se proyecta como solución de conflictos y no como esclarecedor de la verdad material o de realización de justicia. Con todo, la doctrina europea objeta estos procederes argumentando que no puede existir acuerdo o consenso auténtico entre dos partes , desequilibradas desde ya por la posición de poder que detentan en el sistema: fiscal /inculpado <sup>36</sup> .

En contra puede indicarse que el sistema inquisitivo clásico ha sido desplazado por un sistema en que se presentan formas procesales contradictorias y consensuales, respondiendo de este modo a la progresiva incorporación de los derechos humanos al interior del proceso penal, además de la consagración de ciertos principios básicos como la presunción de inocencia, la protección de la víctima y el respeto a la dignidad humana. Detrás del procedimiento inquisitivo está la idea de que el proceso solo tiene como fin la decisión del juez, pasando por alto la voluntad de las partes y sus intereses de manera tal que lo único que importa es el pronunciamiento del juzgador, que observa en la normativa procesal penal una guía de actuaciones a seguir. Un procedimiento acusatorio, en cambio, aparece como una actividad con distintos propósitos pues supone la participación de todos los actores, de manera tal que bien puede terminar en una sentencia o considerar de forma relevante la autonomía de las partes, poniendo fin al proceso mediante acuerdos reparatorios. Las reglas del sistema acusatorio no están dirigidas exclusivamente al tribunal penal, ni establecen como única posibilidad exitosa el pronunciamiento de la sentencia, sino que pueden entenderse como dirigidas a los fines que se vayan plasmando conforme interactúen los sujetos involucrados.

El contenido material de la reparación se identifica y coincide con la obligación civil de resarcimiento, cuestión que la distancia del proceso penal. En un intento por ubicar a la reparación dentro del sistema de las consecuencias jurídicas del delito, se la ha definido como una pena más, independiente de las penas restrictivas y privativas de libertad. Las penas, como instrumento estatal dirigido a la sanción del individuo deben estar justificadas desde un fin, y esos fines son, *grosso modo*, la prevención general o especial. La reparación no puede concebirse como un instrumento de tales fines por las razones que siguen.

Desde la perspectiva de la prevención general en su vertiente negativa o intimidatoria, la pena supone una coacción general dirigida a la sociedad toda, prevención que se traduce en que los hombres reprimirán su impulso delictivo cuando sepan que

---

<sup>36</sup> Cfr. HORWITZ LENNON, MARÍA INÉS, Algunas formas de negociación el en proceso penal: Tendencias de derecho comparado, en *Revista de ciencias Penales*, Quinta época 1990-1993, tomo XL, N° 2

inevitablemente seguirá una sanción. La reparación no encuentra lugar dentro de esta concepción ya que no puede sostenerse que la imposición de una prestación será suficiente para impedir, en el ámbito racional del sujeto, el hecho delictivo. Por lo demás, si la gravedad del injusto y de la culpabilidad fuera superior a las necesidades de la reparación entonces, ésta se revelaría como inadecuada para la reafirmación del orden jurídico y de la prevención general.

La prevención especial, en su vertiente intimidatoria, tampoco logra justificar la reparación como *pena*. Al comparar la gravedad del hecho que ha realizado con el leve costo penal que importa, no se logra el efecto de advertencia del individuo. Por otro lado, aumentar la reparación para adecuarla a la medida del injusto y culpabilidad del autor, implicaría utilizar al Derecho penal como instrumento de la víctima pero contemplar la posibilidad de reparar a la víctima hasta la necesidad de la reparación y destinar el resto del importe a arcas fiscales, por ejemplo, aquella parte de la pena que excede la “necesidad de la reparación”, siempre de arbitrario cálculo, dejaría de ser una pena.

Con todo, ponderando el asunto desde la perspectiva de la prevención general positiva, procurando el fortalecimiento de la conciencia social de la norma además del sentimiento jurídico de fidelidad al Derecho, estimando así que la reparación basta para este cometido, queda entonces la impresión de que para ese grupo de casos penales para los cuales la reparación se convierte en pena deberían ser despenalizados, esperando la acción de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual. Por otra parte, el autor del hecho ilícito estaría obligado de todos modos a la reparación de aquellos daños.

Por otra parte, la pena y la reparación no pueden sustentarse como las únicas soluciones materiales de un conflicto. Sin embargo, la reparación o bien engloba las soluciones alternativas de la pena o importa, en sentido estricto, la forma paradigmática de sustitución de la pena.

Algunos autores han sostenido que la reparación sería una solución civilista impropia del proceso penal, pero para ellos las únicas formas aceptables de concluir el proceso son la absolución o condena del imputado, obviando las virtudes de la reparación.

La reparación como solución de conflictos importa desplazar del centro de la escena penal el efecto característico del sistema punitivo, la pena estatal, por la autonomía de la voluntad y el consenso. Importa también sustituir el discurso jurídico penal basado en la polarización dominante durante el proceso, delincuente-víctima; pecadores-virtuosos; procesados-no imputados, antinomias que trascienden el proceso y se proyecta hacia la sociedad toda. La virtud de la reparación se basa en que inclina el sistema hacia un derecho penal que contemple la posibilidad de solucionar conflictos por medio de acuerdos racionales, idóneos en los casos previstos por el legislador y que pongan énfasis en la paz social.

Por esa cuerda discurre la posición que presenta a la reparación como una tercera vía, en la medida que pueda servir a los clásicos fines de la pena. Estos fines pueden no ser alcanzados por la reparación en los delitos más graves, pero no existe mayor inconveniente para lograr esos fines preventivos a través de instrumentos jurídicos alternativos. La reparación como tercera vía permite satisfacer los fines relativos a la

prevención general positiva, por la satisfacción de la conciencia jurídica general que aparece cuando el conflicto se ha superado y en cuanto a la prevención especial, el efecto pedagógico de la norma, reconocido por el autor de la infracción quien conoce y satisface el interés de la víctima, acepta el valor de la norma y actúa cumpliendo con una prestación que lo dirigirá a su reinserción. En estos supuestos, la reparación no es considerada como pena típica sino como una alternativa a la misma, que brinda al autor la oportunidad de resocializarse él mismo.

Otro argumento que permite erigir a la reparación como tercera vía tiene que ver con la fundamentación misma del derecho penal, el principio de subsidiariedad. De acuerdo con éste, el ejercicio de la coacción estatal debe verificarse como la ultima ratio de la política social. En esta línea, la reparación actuaría positivamente evitando la inflación penal, evitando la conversión de la normativa penal en una simbólica declaración y favoreciendo, mediante la institución de mecanismos procesales idóneos, la compensación de la víctima sin que por ello pierda fuerza el carácter coactivo del sistema penal.

Con todo, existen problemas a los que se ve enfrentada la reparación como tercera vía. Uno de los supuestos de aplicación es el enfrentamiento entre la víctima y el "imputado", enfrentamiento quizás no esperado ni querido. Sin embargo, estas objeciones son, a mi juicio, más de carácter formal que sustancial ya que una correcta reglamentación y adecuada e íntegra asistencia, tanto a las víctimas, a sus familiares e igualmente al imputado harían posible salvar esta objeción.

Se ha criticado la imposibilidad de la reparación para cumplir con los fines de la prevención general intimidatoria, de manera tal que los sujetos podrían confiar que al realizar un hecho punible no grave, bastará para evitar la persecución penal que muestren voluntad para devolver la cosa ajena o restituir su valor, cuestión a la que igualmente están obligados a virtud de las normas de la responsabilidad civil extracontractual. El autor no constatará más que la verificación del riesgo de devolución de la cosa hurtada o robada. Sin embargo, creo que no es necesario pretender cubrir todo el espectro de los fines de la pena, pues considerar a la reparación como tercera vía importa desde ya considerarla como alternativa a las penas.

## **4.1 FUNCIONES DE LA REPARACIÓN EN EL DERECHO CHILENO**

---

En nuestro derecho, la reparación celosa del mal causado se configura como atenuante en el Art. 11 N° 4 del CP. No se establece cual es la oportunidad para que se verifique esta reparación, ni los rubros que comprende ni a que daños debe imputarse, si es que procede que se impute a la indemnización que determine la sentencia o solo será considerada como atenuante a los efectos de determinar la pena. Hay que considerar que aquellos delitos que se proveen previa instancia particular y el perjudicado pretende fundamentalmente una compensación económica es claro que no proseguirá con el proceso penal si dicha compensación se produce.

Para dimensionar el verdadero alcance de la indemnización cumplida como presupuesto para la aplicación práctica de las normas penales es útil consultar la Ley N°

18. 216 sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Dicha ley establece como requisito para la concesión del beneficiode remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada que se haya satisfecho la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. Sin embargo, se contempla también la posibilidad que en caso de impedimento justificado, podrá el tribunal prescindir de esta exigencia (Art. 5 letra d, Art. 12)

El Art. 16 de la misma ley plantea la diferencia entre indemnización y reparación. Sin perjuicio de haber apuntado ya que ambas derivan del daño que provoca el delito y de la naturaleza civil de ambas, lo cierto es que discurren por cuerdas separadas. Si se logra comprender el mérito de la reparación como tercera vía aparece claramente que ella deriva del delito en sí, de modo tal que al acordar de la reparación sólo se está poniendo fin a la pretensión penal por un camino distinto a la imposición de la pena, pero todavía quedará la acción civil que emana del ilícito dañoso.

Hasta la promulgación del Nuevo Código Procesal Penal, la reparación solo se consideraba a los efectos de atenuar la pena o para acceder a ciertos beneficios dentro de una pena privativa de libertad. Una de las alternativas previstas en el Código Procesal Penal es la suscripción de acuerdos reparatorios, previstos en el art. 240, celebrados entre el imputado y la víctima de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, sometidos a la aprobación del juez de garantía respectivo. De acuerdo al artículo 242 del Código Procesal Penal, junto con aprobar el acuerdo reparatorio propuesto, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente la responsabilidad penal de imputado que lo hubiese celebrado. Asimismo, el acuerdo reparatorio no podrá ser dejado sin efecto por ninguna acción civil. Se advierte aquí que se privilegia la autonomía de las partes por sobre el apego a un estricto procedimiento, sin perjuicio de las instrucciones de la fiscalía nacional sobre la procedencia de acuerdos reparatorios y suspensiones condicionales en los delitos sexuales.

El oficio N° 148 del 27 de marzo de 2003, sobre la situación de niños y adolescentes en la reforma procesal penal, dispone en su apartado N° 29 como criterio de actuación que “el fiscal se abstendrá de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en caso de delitos dolosos contra la vida, salud, integridad corporal, indemnidad sexual o libertad ambulatoria. Lo anterior, a menos de contar con informes, respaldados por la opinión de la Unidad, que indiquen que continuar con el proceso significaría someter al niño, niña o adolescente a una victimización aún mayor que la que sufriría de no proseguirlo, o que la reparación obtenida a partir de las condiciones que se impongan en tal suspensión tenga, para la víctima, un efecto más positivo que la continuación del proceso”. Precisamente esta consideración fundó la suspensión condicional de un delito de abusos sexuales en contra de una menor de 11 años, acordada el 4 de octubre de 2002 por el Juzgado de garantía de Villarrica. Configurada esta prevención, la aprobación de una suspensión condicional se revela como un instrumento claro de reparación y protección de la víctima. Ahora bien, el oficio N° 404 sobre criterios de actuación sobre suspensiones condicionales del procedimiento por delitos sexuales restringe aún más la aplicación de este tipo de salidas en los delitos que nos ocupan.

El oficio proscribe expresamente la posibilidad de una suspensión condicional en

delitos de violación, cualquiera sea el grado de ejecución y reitera la abstención que deben observar los fiscales cuando se trate de atentados a la libertad e indemnidad sexuales y la víctima sea menor de edad. Con todo, cuando no existan otros medios probatorios distintos a la declaración de la víctima, podrá optarse muy excepcionalmente por esta salida alternativa cuando la víctima se encuentre muy victimizada y sólo se cuente con la declaración de la víctima como medio de prueba, siempre que se acredite que la víctima no colaborará en el proceso por encontrarse sumamente afectada.

Además este instructivo desecha de plano la posibilidad de considerar como condición el pago de una suma de dinero a título de indemnización de perjuicios, condición establecida en la letra e) del artículo 238 del Código Procesal Penal, “porque ello equivale para la ciudadanía a la compra de la acción penal y un verdadero acuerdo reparatorio que en estas materias no está permitido”. Se permite en cambio acordar que el imputado solvente el pago de un tratamiento psicológico de la víctima deberá solicitarse en esos términos en la audiencia respectiva, “sin hacer alusión al pago de una determinada cantidad de dinero y mucho menos establecer la cancelación en cuotas”.<sup>37</sup>

## CONCLUSIONES

1.- La lesión de intereses o derechos extrapatrimoniales debería conceptualizarse como daño extrapatrimonial, pero considerando el arraigo lingüístico que tiene el término daño moral no habría inconvenientes en continuar utilizando ese concepto. En todo caso no debe perderse de vista que se refiere a hipótesis de daño no patrimonial o extrapatrimonial, so pena de restringir injustificadamente su ámbito a aquellas hipótesis de dolor o sufrimiento sin más.

Frente a lo anterior, encontramos dos posibles definiciones de daño moral: el daño moral que arranca de lo que el antiguo derecho común denominaba *pretium doloris* o daño en sentido estricto, que se ha entendido como dolor, sufrimiento padecimiento psíquico o físico injustamente ocasionado o, según SCOGNAMIGLIO, dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto<sup>38</sup> y por otro lado un concepto amplio de daño moral considerando que las lesiones a derechos de la personalidad producen por si mismas un daño con independencia de las consecuencias desfavorables sobre el ánimo del sujeto, además de las mencionadas consecuencias sobre el ánimo de la víctima.

2.- GARCÍA LÓPEZ define el daño moral como “el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen

<sup>37</sup> cfr. CASAS BECERRA, LIDIA y MERA GONZALEZ-BALLESTEROS, ALEJANDRA, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena; delitos sexuales y lesiones*, Cuadernos de análisis Jurídicos, N° 16, 2004, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, pp.52-53

<sup>38</sup> Citado por DIEZ PICASSO, J; *op. Cit*;p.326.

por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez”. Creo esta definición de daño moral cumple con los requisitos de amplitud necesaria para comprender en ella todos los perjuicios que deriven de un acto dañoso y que incidan en la esfera personal del sujeto, sin restringirse a derechos de la personalidad o al pretium doloris solamente. En virtud de anotado, puede definirse daño moral como todo perjuicio no susceptible de ser avaluado pecuniariamente, que resulta de la lesión a la persona, tanto en su integridad física o psíquica como en sus intereses extrapatrimoniales o derechos de la personalidad.

Utilizando la terminología adecuada puede sintetizarse el contenido del daño no patrimonial de esta manera: de un lado aparecen los daños personales, daños a la salud o daño biológico; por otra parte se encuentra el daño moral puro que afecta los derechos de la personalidad. Puede sostenerse que se contemplan como daños personales las alteraciones psicofísicas del afectado, lo que implicará además daños morales y patrimoniales, derivados de la misma lesión (asistencia médica) y los que derivan de las alteraciones psico-fisiológicas que afectan su capacidad para generar rentas.

Debo insistir en que la concurrencia de daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho dañoso provoque consecuencias de índole patrimonial o material, ambos daños quedan claramente delimitados pues afectan distintas esferas jurídicas del individuo. Así, la existencia de consecuencias lesivas de carácter patrimonial únicamente determinará la coexistencia de las mismas con el perjuicio de carácter moral, pero no afectará la diferente naturaleza de los concretos resultados dañosos en particular.

3.- La reparación de los daños provocados por un delito ha sido contemplada por la legislación chilena pero sólo para determinados casos, esto es, delitos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos. Se han establecido en consideración a la víctima. Por otro lado, la posibilidad la suspensión condicional del procedimiento también está acotada a aquellos supuestos en que la pena que pudiere imponerse, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere 3 años de privación de libertad y el imputado no tuviere antecedentes penales por crimen o simple delito. En estos casos, subyace la idea de que el Estado renuncie a la persecución penal en atención a ciertas circunstancias especiales. Esta reparación, contemplada por el Código Procesal Penal cumple una función de medida alternativa a las penas y medidas de seguridad, inscribiéndose dentro de lo que se denomina la tercera vía.

# CAPITULO SEGUNDO. Los delitos contra la Libertad Sexual

## 1 .- INTRODUCCIÓN.

Una de las cuestiones comunes en los delitos que informan el derecho penal sexual es la referida al bien jurídico protegido. Lo relevante de este apartado es que al determinar que es lo lesionado al verificarse un tipo o, en otras palabras, que es lo que protege el derecho penal sexual, podemos tener un acercamiento al sujeto pasivo, víctima de este comportamiento punible y determinar que esfera de su realidad psicofísica ha sido dañada o vulnerada. Al determinar lo anterior se configurará el antecedente necesario que nos avale al solicitar, junto con reacción penal frente al acto lesivo, una sanción civil o pena privada o, porque no aventurarlo, intentar la total reparación por vía de indemnizaciones civiles.

Es necesario precisar que en esta materia existen dos categorías básicas de delitos: por una parte están aquellos en los que se vulnera la libertad sexual o autodeterminación de otra persona en la esfera de su sexualidad. Por otra están aquellos delitos en los cuales se infringe la concepción social relativa al comportamiento sexual, sin abusar de una persona determinada. La primera categoría está integrada por los delitos de abuso

sexual y la segunda por los delitos de mera inmoralidad. En el mismo sentido se ha segmentado el sistema de los delitos sexuales reconociendo por una parte aquellas infracciones que se orientan a la protección de intereses individuales, fácilmente identificable con el primer grupo de la distinción anterior y por otra parte se distinguen aquellas conductas que atentan contra ciertos intereses sociales, con un claro sentido moral, representadas por el segundo grupo.<sup>39</sup>

El problema reside en desentrañar cual es el interés digno de protección en esos delitos y si es posible que exista un solo bien jurídico que sirva de sustento común a todos los supuestos. Las opciones varían dependiendo de los criterios que las distintas legislaciones utilicen al estructurar el sistema de los delitos sexuales y, claro está, del momento histórico en que se configure esta sistematización.

## 2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL SEXUAL<sup>40</sup>

### 2.1. El Derecho Romano.

---

En materia de delitos sexuales se diferenciaban tres grandes grupos, dependiendo del objeto lesionado: De un lado se agrupaban los que atentaban contra la libertad sexual, como la violación, castigada por la *Lex Iulia de Vi Publica* como una de las *iniuriae atroces*. Como atentados contra la moralidad sexual se encontraba el estupro o fornicación como tipo básico. Al lado del estupro y dentro de este mismo grupo se sancionan conductas como el bestialismo o *pecado nefando*, que comprende la homosexualidad o relaciones sexuales entre hombres, (conocido como *masculorum stuprum* en el derecho visigótico. Una última categoría aparece integrada por aquellos delitos que atentan contra la ordenación familiar, vgr. la bigamia y el adulterio.

### 2.2.- El sistema del derecho común.

---

Este modelo, influido fuertemente por la teología moral de la escolástica, se estructura en torno al orden natural del comportamiento sexual y considera como eje del comportamiento injusto la lujuria. El orden natural del comportamiento sexual es el coito heterosexual vaginal realizado por personas unidas en matrimonio. De esta forma se

<sup>39</sup> Es importante poner énfasis en que el objeto de este trabajo se refiere sólo a la primera categoría de delitos, es decir a aquellos que atentan contra la autodeterminación o libertad sexual y no a los delitos de mera inmoralidad.

<sup>40</sup> Sigo en este apartado el esquema y contenidos expuestos por BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Delitos contra la Autodeterminación Sexual*, Santiago de Chile, 2000, pp. 3-7



estructura la regulación del comportamiento sexual: de un lado se encuentran aquellas conductas que infringen la prohibición del placer sexual extramarital vgr. adulterio, rapto, estupro y simple fornicación; y de otro aquellas que infringen la prohibición del placer sexual antinatural, bajo un amplísimo concepto del delito de sodomía.

En este sistema el abuso de una persona no constituía un elemento esencial del injusto. Lo fundamental era exclusivamente la infracción al orden natural del comportamiento sexual.

### 2.3.- El modelo de la Ilustración.

---

La Ilustración reformula el sistema sobre la base que los hombres, actuando como entes racionales y soberanos de su ser, se reconocen recíprocamente como poseedores de un conjunto de derechos subjetivos, aspirando a conservar el máximo grado de libertad compatible con su seguridad.

Al cambiar la fundamentación del discurso jurídico, el delito deja de ser un atentado a un orden natural y pasa a considerarse como una lesión a un derecho subjetivo.

Entendiendo así el sistema, la categoría de los delitos sexuales debería desaparecer puesto que no podían ser reconducidos a ningún derecho subjetivo en particular. Lo notable de esta construcción es que se consideró el rapto y la violación (estupro violento) como delitos contra la libertad. El rapto y la violación (estupro violento) fueron definidos como delitos de fuerza (coacción) lo que hacía obvia su reubicación junto a otros delitos contra la libertad como el robo de hombre y el secuestro.

Estableciendo como presupuesto básico de la intervención penal la lesión a un derecho subjetivo, ciertas conductas que solo podían considerarse como indecorosas o inmorales debían quedar impunes mas en virtud de un concepto complementario, el de "delitos de policía" lograron mantenerse como infracciones de índole cuasi administrativa. El soporte de esta incriminación se encuentra en la consideración de estas acciones como lesión del derecho que tiene el Estado a ser obedecido.

### 2.4.El modelo de la codificación del siglo XIX

---

Mantuvo la identidad de la categoría de los delitos sexuales como delitos contra la libertad. Pero este grupo de delitos fue organizado sistemáticamente como parte de una clase más extensa de delitos a la que volvieron a permanecer todos los *delicta carnii*.

El problema que plantea este modelo es encontrar un denominador común en los delitos sexuales que sirviera como criterio sistematizador de ellos y además relevante dentro del sistema de la Parte Especial. La codificación alemana se inclinó por las buenas costumbres, los belgas por la moralidad pública y el orden de las familias (y esta es la fuente de nuestro código), los españoles por la honestidad.

Al considerar como criterio unificante de los delitos sexuales conceptos que se basan en un presupuesto moral como los arriba indicados, se concluye como necesaria consecuencia la diferenciación entre distintas clases de personas como víctimas más o

menos dignas de protección y el trato indiferenciado de los medios o circunstancias de comisión.

## 2.5.-El modelo del reformismo del siglo XX.

---

Se presenta como una alternativa más radical incluso que el modelo de la Ilustración. Queda evidente el deseo de reformar el modelo regulativo de la codificación y se conduce hacia una total eliminación del Derecho Penal positivo.

Para entender el sistema planteado por esta corriente es necesario referirse a sus características básicas. En primer lugar, se apoya en una interpretación liberal de la Constitución, encontrando allí una fundamentación jurídico-positiva supralegal. Por otra parte, el contexto histórico en que se ha desarrollado este modelo es el claro antecedente de sus postulados. El reformismo ha ido gestándose en una sociedad crecientemente pluralista y multicultural, contando con además con dos revoluciones culturales claramente liberalizadoras de la moral sexual y de la sexualidad femenina, como lo fue la década anterior a la primera Guerra Mundial y los años sesenta, con la mítica imagen de las mujeres estadounidenses quemando sus brassieres, sin contar la invención de la píldora anticonceptiva.

Una primera consecuencia del planteamiento reformista consiste en que al regular las hipótesis delictivas, el medio de ataque se alza por sobre el objeto de la acción como criterio sistematizador. El reformismo considera que *“la modalidad de abuso empleada determina las características del atentado contra la esfera de autonomía del otro”*.<sup>41</sup>

Otra característica del reformismo es su *tesis reduccionista*. Esto implica que desplaza el objeto de la prohibición, desde las reglas morales al involucramiento no consentido en una acción de significación sexual. De esta manera, aquellas ofensas al pudor o la pornografía ya no son consideradas como atentados a la moral o buenas costumbres, sino como actos de molestia a otro quien, consintiendo válidamente, excluye el injusto de la acción.

## 3.- EL CODIGO PENAL CHILENO

El Código Penal Chileno, que comenzó a regir el 1° de Marzo de 1875 recoge el modelo regulativo de la codificación, siendo sus fuentes materiales el Código Penal Belga de 1867 y el Código Penal español de 1848/50.

El epígrafe original del Título VII del Libro II “Delitos contra la moralidad pública y el orden de las familias” y su sistematización provienen del código penal belga. Estos rasgos permanecieron sin modificación hasta la promulgación de la ley N° 19927 / 2004 que modificó el CP y otros cuerpos legales en materia de delitos de pornografía infantil. El epígrafe del Título VII *Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la*

---

<sup>41</sup> Vid. BASCUÑÁN, A.; *Op. Cit.* p.6

*moralidad pública* incluye ahora *la integridad sexual*.<sup>42</sup>

La locución “orden de las familias” no alcanza a cubrir todos los delitos contenidos en el título VII. Además despersonaliza los atentados de significación sexual ya que aparecerían como infracciones a los cánones morales vigentes y no como un atentado a los derechos del individuo. Esta noción encuentra plena aplicación en el Derecho Civil, específicamente en el derecho de familia, pero su inclusión en el ámbito del Derecho Penal resulta improcedente: no corresponde estructurar el sistema penal en torno a criterios que organizan a las instituciones civiles, porque en el derecho penal se requiere que no sólo se contravenga un precepto sino que además se lesione efectivamente un interés considerado como relevante. Y no es que el orden de las familias no sea un interés relevante, sino que su lesión no justifica las penas establecidas para los delitos de que se trata.

La expresión “*moralidad pública*” no cuenta con un rigor mínimo para sistematizar el catálogo de delitos del Título en cuestión. Al contrario del término aludido en el párrafo anterior, “*moralidad pública*” si es un término mucho más vasto, pero el hecho de tipificar un delito con el único fin de proteger la moralidad pública contraviene el principio de lesividad.

Según Rodríguez Collao “... implicaría ejercer la potestad punitiva del Estado con un sentido distinto de aquel que impone del valor de la dignidad humana, es decir, no como un instrumento orientado a la protección de aquellos valores que resulten necesarios para el pleno desarrollo espiritual y material del individuo, sino como un medio para lograr la adhesión de la persona a determinados valores que el poder estatal ha considerado merecedores de ser impuestos o fomentados”<sup>43</sup>

Una pregunta surge al examinar el epígrafe: en evento de encontrarnos frente a un delito tipificado en este título, una violación por ejemplo, y considerando el elemento teleológico que debe guiar nuestra interpretación del tipo para lograr la subsunción del hecho dentro del supuesto penal, no sería descabellado pensar que podría alegarse atípica la conducta si el sujeto pasivo es una mujer reputada socialmente como inmoral, deshonesto o impúdica.

La reforma introducida por la Ley 19.617 / 1999 no modificó el modelo regulativo ni el epígrafe reseñado. Los delitos sexuales continuaron bajo el modelo de la codificación, estructurándose en torno a acciones con alguna significación sexual y la ley hizo más nítidas las relaciones sistemáticas entre los delitos de violación, estupro y abusos deshonestos.

Las variables de este sistema son tres: la edad del ofendido, las circunstancias de comisión y la acción sexual del autor. Se establecen asimismo tres acciones típicas, siendo la más genérica la acción de significación sexual (art. 363 quater); luego la acción sexual con requisitos (art. 363 ter) y la más específica es el acceso carnal por vía bucal,

---

<sup>42</sup> Cfr. RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS; *Delitos Sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N°19617 de 1995*; Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p.58

<sup>43</sup> *Ibid.* P.59

anal o vaginal, propia de los delitos de violación (361,362), estupro (363) y sodomía (365)

Si bien es cierto que en doctrina los delitos sexuales se reconocen como delitos contra la autodeterminación sexual o la libertad sexual, nuestra regulación, hasta la publicación de la ley N° 19.927 / 2004 el 14 de enero de ese año, muestra una continuidad impresionante con el modelo originario de la codificación, fundado en principios morales. Esta ley modifica el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Código de Procedimiento Penal, entre otros, en materia de delitos de pornografía infantil. Además aumenta las sanciones establecidas por la ley 19.617 / 1999 para los delitos sexuales en general, con especial énfasis en aquellas conductas que tienen como ofendido a un menor de edad. Asimismo aumentó el rango de protección a los menores hasta los 14 años. Se modifica también el epígrafe del Título VII del Libro II del Código penal, quedando de este tenor: “Crímenes y delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y contra la integridad sexual”

Es necesario situarse en el contexto histórico para entender la génesis de esta ley. Los diputados señores Pía Guzmán y Patricio Walker presentaron una moción 10 de abril del año 2002, destinada a modificar el código Penal, el código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal porque “ si bien en el año 1999 se dictó la ley 19.617 que modificó el Código Penal en materia de delitos sexuales, las normas respectivas han demostrado contener importantes vacíos y ser insuficientes e imperfectas para enfrentar adecuadamente el problema de la pornografía infantil...”<sup>44</sup> y se enumeran luego las razones que justificarían la necesidad de legislar sobre el tema. Con todo, si bien las motivaciones aludidas bastan para provocar la discusión parlamentaria, creo que el curso de los acontecimientos generó un apresuramiento en la forma de enfrentar el tema. Recordemos que la ley 19.617 fue publicada en 1999 y la ley 19.927 comenzó a debatirse el 2001, quedando estancada en la Cámara Alta por casi dos años y fue tramitada con el carácter de suma urgencia luego de octubre del año 2003.

Por lo demás, si bien la ley 19.927 se referiría específicamente a delitos relacionados con supuestos de pornografía infantil, la verdad es que se introducen nuevos tipos que no tienen relación con pornografía y manifiestan una tendencia a sancionar conductas que deberían, según entiendo, quedar entregadas al ámbito privado de cada cual, como por ejemplo el art. 374 bis inc. 2°, que incrimina la tenencia y almacenamiento de material pornográfico, aludiendo a la malicia del poseedor para justificar la punibilidad de la conducta, exigiendo de este modo el dolo directo del tenedor. Otra cuestión tiene estrecha relación con el principio de lesividad toda vez que no se aprecia con nitidez cual es el bien jurídico penal protegido, aunque ateniéndonos estrictamente a la ubicación de la norma podría argüirse que se atenta contra la moralidad pública y aceptar con eso que se intenta promover una moral sexual adecuada vía derecho penal. Esto aparece como indebida intromisión en la esfera íntima de las personas, además de dejar entrever que el legislador pretende utilizar al derecho penal como adalid de un determinado orden moral.

No me referiré aquí a la nueva regulación sobre pornografía infantil sino a las otras modificaciones tratadas a al carrera, en particular el cambio del epígrafe del Título VII y la inconveniencia de elevar la edad para considerar la inmadurez o vulnerabilidad sexual de

---

<sup>44</sup> Moción de la diputada señora María Pía Guzmán y del diputado señor Patricio Walker. (boletín n° 2906-07)

los menores de, ahora, 14 años.

El 2° informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado da cuenta de la modificación del epígrafe en cuestión. Si bien la moción de la diputada Guzmán y del diputado Walker no contemplaba esta reforma, el Senador Ominami propone la indicación n° 7 que intercala un nuevo número que reemplaza el epígrafe del Título VII del Libro II, que pasa a llamarse “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. La sugerencia del senador Ominami fue aprobada por unanimidad, quedando constancia en actas que se acoge “ya que actualiza la nomenclatura del Código Penal y el concepto de “integridad sexual” comprende tanto la libertad como la indemnidad en esta materia, que se ven protegidas por distintos tipos penales que allí se contemplan”

Resulta extraño que no se haya debatido en profundidad el asunto, ya que el *nomen iuris* de un título no debe asumirse como un asunto meramente formal, sino que además de constituir una guía interpretativa debería hacer referencia al objeto de tutela, otorgando coherencia al sistema, precisión y seguridad jurídica. Además, la supuesta actualización es sólo nominal, ya que continúan los resabios decimonónicos al permanecer los conceptos orden de las familias y moralidad pública. Por lo demás, tanto el Senado como la Cámara de diputados se referían durante la discusión a la libertad sexual, objeto de la protección penal según entiendo. Tanto es así que de hecho es aludida en el art. 6 n° 10 nuevo del COT, introducido por el art. 9 letra c de la ley n° 19.927 que en lo atinente prescribe: “Los sancionados en los art. 366 quinquies, 367 y 367 bis n° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indemnidad o libertad sexual de algún chileno...” ¿Es posible que los delitos sancionados por los artículos citados en el COT, artículos que se ubican dentro del título VII del Libro segundo del Código penal afecten la integridad sexual sin afectar la libertad sexual? Cuál es el sentido del adverbio “cuando” si, como se sostiene en este trabajo, *siempre* lesionan la indemnidad o libertad?

La diputada Saa, en la sesión del 5 de noviembre de 2003, reaccionó airadamente frente a la inclusión de la integridad sexual señalando que “El gran aporte hecho por el Senado se vincula con la integridad sexual. Pero, ¿hasta cuando no vamos a seguir llamando las cosas por su nombre? Estos delitos apuntan contra las personas y su libertad sexual, no contra entidades ni entelequias”. Aquí reside el *quid* del asunto. Los delitos sexuales se vinculan con la esfera íntima de las personas, con su facultad para conducirse en libertad en el ámbito de su sexualidad, de autodeterminarse y el bien jurídico atacado directamente es la libertad sexual, en clave de autodeterminación, de indemnidad o derechamente intangibilidad, según la edad de la víctima. Esa es una valoración compartimentada según el medio de ataque. Pretender ampliar el horizonte con referencias a la integridad sexual parece más una solución de compromiso, en un afán de modernizar sin debatir el fondo del asunto <sup>45</sup>.

El aumento de la edad límite para dispensar un extra de protección a los menores de ahora 14 años aparece como la panacea en horas de convulsión mediática. Ya algunos senadores instaron por la imprudencia de legislar al respecto, pues se sentía que esa

<sup>45</sup> Un análisis pormenorizado de la integridad sexual como bien jurídico penal se efectuará *infra*

modificación era fruto de una neurosis provocada por los acontecimientos, como lo señaló el propio Senador Ávila en la sesión del 15 de octubre de 2003. Cabe recordar que por esos días se vinculó a miembros no identificados del Congreso en una escabrosa red de pedofilia, conocido como caso Spiniak. Además, algunos sectores de la comunidad acusaron a los miembros del poder legislativo como responsables de la baja penalidad de los delitos de pedofilia, lo que crea, a opinión de los mismos honorables, un ambiente no apropiado para legislar. Sin embargo, y a pesar de dejarse constancia de que el tema del aumento del límite de edad era un asunto delicado y que convenía esperar para analizar ese y otros puntos del proyecto con más calma, se procedió igualmente a ampliar el margen de máxima protección.

Entre los antecedentes considerados pueden señalarse los resultados de la Tercera Encuesta Nacional de Juventud practicada entre septiembre y octubre de 2000, proveídos por el Instituto Nacional de la Juventud que arrojan los siguientes promedios: un 62,6% de los jóvenes tiene su primera relación sexual entre los 15 y los 18 años de edad, mientras que quienes se inician antes de esa edad llegan al 13,7%. Entre los 19 y los 24 años de edad se inician el 19,7% de los jóvenes y sólo un 3,9% de los encuestados inicia su vida sexual después de los 24 años. De esta manera, la modificación se encontraría acorde con la realidad social. Antes de los 14 años se considera que no se tiene la capacidad o el discernimiento para reflexionar seriamente sobre las consecuencias de consumir el acto sexual y que si bien es cierto que antes de los 14 años el organismo de la mujer está habilitado para concebir y el del hombre para procrear, esto no es suficiente para establecer algo tan sensible como la responsabilidad. Otros argumentos dicen relación con la coherencia del ordenamiento y así y con miras a la nueva ley de matrimonio civil, que eleva la edad para contraer matrimonio en 16 años, equiparando a hombres y mujeres, se estima que fijar la edad en 14 años acorta la brecha.

Por otro lado, se patentizan los perjuicios que trae aparejado el aumento del mínimo de edad en relación a aquellas interacciones sexuales consentidas entre menores de 14 años, o entre un menor de 14 y otro menor de 18, o entre dos menores de 18 o entre un adulto y un menor. En primer lugar, ha de consignarse que los menores de 16 años son inimputables, aquellos entre 16 y 18 años también, a menos que se declare que actuaron con discernimiento. En el evento que un menor de edad accediere carnalmente a su polola, menor de 14 años y se verificara que actuó con discernimiento, sería declarado culpable del delito de violación, aun cuando ambos hayan consentido en el acto. No es este el lugar para tratar de si es adecuado o no la iniciación sexual a tan temprana edad, pero si el momento para evidenciar los absurdos de la norma. No me parece procedente homologar la situación de un adulto con un adolescente con la de dos adolescentes, ambos en proceso de desarrollo o formación. Debe considerarse además que la violación es un delito de acción penal pública, lo que complica aun más la situación.

Creo que en este punto deben considerarse dos variables. En primer término, el proceso de maduración o de desarrollo de la autodeterminación sexual es, desde luego, un proceso, y resulta arbitrario fijarlo como parangón general en una determinada edad, en el sentido que no puede decirse cuando un menor deja de ser considerado "intocable" y comienzan a ser considerado, o a considerarse a si mismo, como posible sujeto de una

interacción sexual. Luego y en directa relación, cuando este menor púber es capaz de consentir válidamente en una acción de significación sexual. Pienso que el legislador se apresuró demasiado y dejó pasar importantes diferencias. Me parece prudente, desde el punto de vista del derecho penal y en virtud del principio de mínima intervención y ultima ratio, separar los estancos afectados, Desde luego, no es lo mismo discutir acerca de la capacidad para consentir en una acción sexual que respecto al acceso carnal, pero la discusión parlamentaria afectó todas las conductas del título VII, considerándose ahora intangibles los menores de hasta 14 años para cualquiera de éstas, que van desde la violación hasta actos que no implican contacto corporal con la víctima, reputándose de este modo inválido su consentimiento: no tienen derecho a la abstención sexual sino que están reconducidos a ella. Como lo señaló el jefe de la división jurídica del Ministerio de justicia, señor Maldonado, los acuerdos adoptados no deben necesariamente ser iguales para todas las conductas. Otro punto importante radica en diferenciar las interacciones dependiendo de la edad del sujeto activo, asunto también mencionado por el señor Maldonado pero postergado por la comisión mixta.

En fin, una interpretación de las normas de acuerdo al bien jurídico protegido en cada supuesto permitiría, en principio, evitar consecuencias gravosas en el ámbito de la formación de la autodeterminación de los menores púberes, considerando que aquí lo que se protege es la indemnidad de los mismos.

Partiendo de la base que la sistematización de los delitos sexuales se estructura en torno a dos variables, de un lado medios o circunstancias comisivas y de otro edad del ofendido y, como se sostiene aquí, considerando el bien jurídico libertad sexual en clave de autodeterminación sexual nos encontramos con que antes de los 12 (ahora 14) años, es irrelevante el consentimiento, por la incapacidad de consentir del menor. La lesión del bien jurídico libertad se verifica en la lesión del sub-bien jurídico intangibilidad: no es necesario acreditar ningún medio o circunstancia comisiva adicional, basta la agresión o abuso y la edad del menor. En el plano siguiente se encuentran los menores púberes, entre 14 y 18 años. Aquí se protege la indemnidad sexual, entendida como un estado de bienestar relacionado con la forma en que cada uno asume la vida sexual, se reconoce la posibilidad de consentir y la especial situación de vulnerabilidad del menor adulto, en el sentido de ser susceptibles de ser engañados y manipulados sexualmente. Por esta razón se incrimina la interacción sexual por medios comisivos menos graves que la coacción grave, constituyéndose aquí como paradigma el engaño y el abuso de prevalencia o de posición prevalente. La protección estatal se dirige a castigar la manipulación de la voluntad mediante engaño, tratando de evitar no, las experiencias, sino aquellas que resultan perturbadoras, que afectan su calidad de *indemne*.

No se divisa justificación dogmática que legitime la intervención penal respecto de sujetos que consienten en actos de significación sexual, consentimiento válido pues no se obtendría mediando los medios del 361 ni del 363. En algún caso podría argumentarse que este consentimiento fue obtenido debido al estado de necesidad del menor púber por lo tanto este consentimiento no estaría prestado libremente. Sin embargo, el legislador se anticipó demasiado y creó el delito consagrado en el art. 367 ter, a mi juicio innecesario pues si no se está abusando del grave desamparo en que se encuentra la víctima (circunstancia reconocida para el delito de estupro en el 363 N° 3) no se advierte sobre la

base de que se le está otorgando protección adicional a este menor púber, porque además elimina las referencias a los medios o circunstancias comisivas graves o menos graves.

Si se acepta esta escalada restrictiva y displicente de la autonomía de cada cual, se llegaría a excesos tales como, en este mismo supuesto del 367 ter, negar la autodeterminación del menor — ya de 14 años pero menor igual - y colocarlo en igual situación de irrelevancia del consentimiento de los menores impúberes. Si el motivo de esta incriminación es limitar la prostitución infantil la vía no es desconociendo facultades al menor y sancionar con penas similares a las correspondientes al tipo de lesiones graves (3 a 5 años). No se debe perder de vista el principio de última ratio ni tampoco creer que aumentando las penas dejaran los menores de prostituirse. Quienes están en situación de riesgo social tenderán a aquellas conductas marginales, representativas de la anomia en que se desarrollan que con frecuencia resultan lesivas a su propia dignidad, a menos de implementarse políticas sociales serias, con énfasis en la educación y la prevención. No queda otro camino que reconocer que esta normativa responde a razones de política criminal, más influida por por los *mass media* que por la dogmática penal.

Otras legislaciones han estructurado su derecho penal sexual en torno a criterios preponderantemente jurídicos. Países como España, Alemania e Italia se inclinan claramente por la libertad sexual, asignándole la propia ley el rango de bien jurídico protegido.

## **4. LA DOCTRINA**

Doctrinariamente se considera de modo casi mayoritario que el bien jurídico tras los delitos sexuales es la libertad sexual. Existen autores que descomponen otro valor - autodeterminación sexual - en dos concreciones: libertad sexual de un lado e indemnidad sexual de otro, atendiendo a determinados supuestos especiales del sujeto pasivo<sup>46</sup>; y quienes sostienen que el único interés susceptible de protección es la libertad sexual, sin más<sup>47</sup>. Otras corrientes doctrinarias postulan la intimidad como bien jurídico protegido.<sup>48</sup> Lo destacable de estas construcciones es que rechazan consideraciones morales al estructurar el interés digno de protección.

Es innegable que el derecho penal sexual es uno de los ámbitos del derecho penal con más carga moral. De aquí que se tienda, a veces, a confundir lo ético con lo jurídico. Tampoco se puede evitar notar que en ésta área el derecho invade el espacio más íntimo del individuo y por esta razón es necesario que se determine con claridad y nitidez que es

<sup>46</sup> Vid. BASCUÑÁN, A, *Op. Cit.*, p.14

<sup>47</sup> Vid. DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, "El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal Sexual", en *Delitos Contra la Libertad sexual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1999, p.217

<sup>48</sup> Ver *infra* 4.2.2.



lo que justifica la intervención coactiva del estado.

Cabe destacar que existen algunos autores que postulan que en el derecho penal debemos encontrar un sesgo moralizante y se ha dado en llamar a esta corriente *ético social*, minoritaria en nuestros días y con pocos autores que adhieran a ella en puridad.<sup>49</sup>

La honestidad, el pudor, la moral sexual y el orden de las familias han sido erigidas en el ámbito del derecho penal sexual como bienes jurídicos dignos, susceptibles y necesitados de protección sin embargo, me parece impropio reconducir los delitos sexuales a consideraciones morales. En el particular, no me creo adecuado que el legislador imponga así, sin más, lo que le parece ser el comportamiento sexual correcto<sup>50</sup>. ¿Quién más indicado que mismo individuo para resolver como debe su propia vida? Lo que importa en definitiva es que *toda persona ejerza la actividad sexual en libertad*.”<sup>51</sup>

Es peligroso y sigo en esto a DÍEZ RIPOLLÉS, que determinadas concepciones éticas pugnen por condicionar el ámbito de aplicación de los preceptos penales, plasmadas en elementos normativos. Sin embargo, no podemos dejar de notar que dentro de la esfera del derecho penal sexual los condicionamientos socioculturales existen dado que el derecho, en las sociedades democráticas, es fruto de la discusión parlamentaria, guiada por seres humanos elegidos por los ciudadanos para regular los conflictos sociales. Queda la sensación de que hay algo más sobre el tapete y de hecho lo hay. Es inevitable destacar una vez más que el interés protegido por el derecho penal sexual, aquello que justifica la reacción estatal, no son ni debieran ser aquellas consideraciones morales.

“el pudor, la honestidad, el honor sexual o la moralidad pública no pueden ser ascendidos a la categoría de bien jurídico protegido, no solo por su inconsistencia intrínseca, sino que también por su ambigüedad y extremada variabilidad intersubjetiva”<sup>52</sup>

Un derecho penal sexual basado en la libertad sexual es incompatible con la pretensión de utilizar al Estado como adalid de programas de contenido moral, tanto si éstos corresponden a la moral que se aspira como correcta o son reflejo de la coyuntura vigente.<sup>53</sup>

Despojando de la categoría de bien jurídico al pudor, la decencia, honestidad y otras categorizaciones morales por las razones indicadas, corresponde determinar cual es objeto de protección de los delitos sexuales. La doctrina se encuentra medianamente

---

<sup>49</sup> Vid. SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Edit Aranzadi, Navarra, 1997, p.33

<sup>50</sup> En contra, MONARCA para quien *el derecho debe preocuparse de salvaguardar la moral de toda decadencia, porque la moral es la ley divina sin la cual resulta vano esperar un ordenado y armónico desarrollo de la vida civil*, en MONARCA, AMADEO, “Fondamento Etico della repressione dei reati sessuali”, en *Giustizia Penale*, Tomo II, 1956, p. 537. Cfr. SUAREZ RODRÍGUEZ, C. *Ob. Cit.*, p.37

<sup>51</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J.L., *Ob. Cit.*, p.217

<sup>52</sup> Vid. SUAREZ RODRÍGUEZ, C., *Op. Cit.*, p.37.

conteste en este punto. La mayoría de los autores tienden a consagrar como objeto digno de protección a la libertad sexual Sin embargo es menester exponer otras corrientes para ilustrar el pensamiento y tomar partido por un valor fundadamente.

#### **4.1.- CORRIENTE ÉTICO-SOCIAL** <sup>54</sup>

---

Esta tendencia siempre ha contado con algunos seguidores, pero hoy es claramente minoritaria. Es difícil encontrar a autores que adhieran a ella en puridad pues se tiende a conectar con la corriente jurídico individual. Algunos autores reconocen que además del pudor u honestidad, se atenta siempre contra la libertad <sup>55</sup> y en este sentido, contra el valor individual de dichas consideraciones. Se ha señalado también que lo que se lesiona es un interés primordialmente singular de las personas, que coexiste con una perspectiva de tipo comunitario, en la que se vulnera o arriesga un interés ideal de moralidad media en la materia. <sup>56</sup>

En nuestro país, el profesor LABATUT señalaba ya en 1969 que lo lesionado es el pudor de la víctima junto con su libertad sexual. <sup>57</sup>

Uno de los exponentes puristas es el autor mexicano CARRANCÁ Y TRUJILLO, para quien es incuestionable que el bien jurídico protegido se concreta en torno al pudor de las personas <sup>58</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia PACHECO OSORIO quien expone que "... la libertad sexual, en cuanto puede conducir al vicio y al desenfreno de los apetitos, no es más que una simple tolerancia de la sociedad y de la ley, y no un derecho resguardado por el magisterio penal" <sup>59</sup>. Este autor propugna la idea que la libertad sexual es protegida por la ley únicamente en su aspecto negativo, es decir, la autoprivación total o parcial de

<sup>53</sup> Tamarit Sumalla ha señalado, y creo que con razón, que "los mayores excesos se producen normalmente en aquellos casos en los que una sociedad decide erigir en principio inspirador del Derecho penal no la moral realmente vivida, sino aquella que se quisiera tener", en TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, "La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual" en *Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Edit. Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2000, p.58

<sup>54</sup> SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *Ob. Cit.*, pp. 34-42

<sup>55</sup> En este sentido, SANCHEZ TEJERINA, ISAÍAS, "Derecho penal español, parte general- parte especial", Salamanca, 1937, p.537 en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *Ob. Cit.*, p.34. También QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Madrid, 1958, Vol. II, p. 234

<sup>56</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Ob.Cit.*, P.229

<sup>57</sup> LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Jurídica, Santiago, 1969, Tomo II, p. 258

<sup>58</sup> Citado en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *Ob. Cit.*, p.35

<sup>59</sup> PACHECO OSORIO, PEDRO, *Derecho Penal especial*, Bogotá, 1970, Tomo II, pp.278, 279

la satisfacción de los apetitos sexuales, anexa al pudor, la honestidad o el honor sexual. Al establecer esta tesis, es forzoso que el autor llegue al extremo de negarle protección jurídica a quien carece por completo de honestidad u honor sexual en principio (mujer de la vida o rufián)

*HOCHHEIMER considera que “estrictamente consideradas las cosas, la sexualidad como tal tiene para nuestro orden social y para nuestras reacciones psíquicas, desde un principio, un matiz fundamental de “anormalidad” Para la mayoría de los contemporáneos la sexualidad se halla, ya desde un principio, en el camino de la infracción de la ley e incluso hacia el delito* .<sup>60</sup>

A primera vista esta opinión puede parecer excesiva pero algo de eso hay. Es innegable que la sexualidad constituye una dimensión especial de la personalidad. Y si consideramos delictiva una conducta por ofender una pretendida honestidad, transformaríamos el Derecho en Moral y si esa Moral considera que la propia sexualidad se halla en el camino del delito importaría retroceder hasta la Inquisición.<sup>61</sup>

Estos conceptos más que colaborar en la estructuración de la sistemática del Código de que se trate lo que hacen es convertirse en una forma de expresión y no es suficiente un concepto-válvula como criterio sistematizador. No debe perderse de vista que los deberes morales son diferentes a toda otra clase de deberes y son además inherentes al ser humano en su calidad de ser racional. Ahora bien, no por eso se exigirá que el Estado manifieste su pretensión punitiva por la violación de uno de esos deberes, que corresponden al ámbito personal y propio de cada individuo. Por lo demás, aquello que resulte acorde con las buenas costumbres, o un comportamiento “honesto” estará sujeto a lo que algunos lo crean así, que puede ser diferente de lo que otros crean. De esta manera, el concepto resulta vago y sin el peso suficiente como para erigirse bien jurídico penal. La amenaza de la intervención penal estatal es muy intensa como para fundarse en este tipo de soportes.

Ahora bien, resultaría ideal que los ciudadanos evitaran comportarse delictivamente por la proyección valorativa de la norma primaria, pero sabemos que esto no funciona así. Es cierto que los bienes jurídicos se identifican con aquellos intereses surgidos de la dialéctica social en un momento histórico determinado y podría evitarse su lesión con el simple ejercicio de conductas consideradas “buenas” o la omisión de conductas consideradas “malas” pero no es el derecho penal el encargado de educar al individuo en lo ético.

Nuestro Código Penal hace referencia al orden de las familias y a la moralidad pública, pero en el sentido de nuestro ordenamiento no es más que una referencia formal.

---

<sup>60</sup> Vid. HOCHHEIMER, WOLFGANG, “El derecho penal desde el punto de vista psicológico-antropológico” en *Sexualidad y Crimen*, Madrid, 1969, p. 91, citado en SUAREZ RODRÍGUEZ, C. *Ob. Cit.*, p. 37

<sup>61</sup> BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, “Manual de Derecho Penal, Parte Especial, delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil” Madrid, 1989, p. 171 señala que la “invocación de la moral sexual constituiría un claro empeoramiento del entendimiento de los delitos del Título IX (del Código Penal español de 1848/1850) ya que en la actualidad no se persigue como finalidad primaria la protección de determinadas formas éticas de comportamiento sexual, sino la propia libertad del individuo en lo relativo a la actividad sexual”

Como sea no hay que olvidar que aunque el papel de los epígrafes o rúbricas legales sea relativamente reducido, sirve para de anuncio del sentido de los tipos que siguen o al menos como criterio interpretativo. Probablemente provenga de la confusión entre delito y pecado. La tendencia en el derecho comparado es a eliminar las referencias discriminatorias, como honestidad, buena fama, mujer de la vida.

## **4.2.- CORRIENTE JURIDICO INDIVIDUAL**

---

Un grupo importante de autores, que se consolida como la opinión mayoritaria, considera que el bien jurídico protegido en los delitos sexuales la libertad sexual<sup>62</sup>. Esta identificación, sin embargo, no es unánime ni exenta de matices. Se proponen ciertas diferencias en su contenido y en las características que revisten las agresiones sexuales – en sentido genérico- en los supuestos de víctimas menores de 14 años, personas de cuya enajenación se abusa, o aquellos sujetos privados de sentido.<sup>63</sup>

La libertad sexual como interés autónomo protegido por el derecho penal sexual o la autodeterminación sexual, según sea la posición que se adopte, se inscriben dentro de la corriente jurídico individual. En lo que sigue se expondrán los contenidos de cada concepto y sus consecuencias.

### **4.2.1 La libertad sexual como bien jurídico protegido**

Se distinguen dentro esta corriente la concepción positiva o dinámica de la libertad sexual, la concepción negativa o estática y una concepción mixta. Es importante apuntar que estas teorías no se contraponen entre sí ya que se basan todas en la misma idea: la libertad sexual. Lo que varía es la forma de abordarla.

#### a) Teoría positiva

Según esta teoría la libertad sexual se entiende como la facultad de la propia disposición carnal, la posibilidad de llevar a cabo un comportamiento de contenido sexual consentido o en solitario. Se refiere, en suma, al ejercicio de la propia sexualidad.

El derecho penal tutelaría básicamente el libre desarrollo de la sexualidad, sancionando aquellas conductas que involucren a personas en acciones sexuales sin su consentimiento.

Quienes participan de esta esfera libre son aquellos sujetos que poseen las

---

<sup>62</sup> Entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. *La protección...*, p. 58; DÍEZ RIPOLLÉS, J. *“El objeto de protección...”*, p. 217; SUÁREZ RODRÍGUEZ, C. *El delito de agresiones...* p. 57

<sup>63</sup> En este sentido ORTS BERENQUER, ENRIQUE, *Delitos contra la libertad sexual* Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, organiza el injusto en torno a la libertad sexual y la intimidad; BAJO FERNANDEZ, M. *Manual de Derecho penal...*, p. 171. En nuestro país y en el sentido anotado, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. expone en *Delitos contra la autodeterminación sexual* un sistema basado en la referida autonomía que se concreta en dos conceptos específicos, libertad sexual por un lado e indemnidad sexual por otro, atendiendo a ciertas características del sujeto pasivo. Por otra parte, RODRÍGUEZ COLLAO, L. *Delitos sexuales...* se inclina por el concepto indemnidad sexual. Una apreciación crítica de estas propuestas se efectuará más adelante

facultades cognoscitiva y volitiva, con la necesaria consecuencia que quienes carezcan de estas facultades carecerán también de libertad sexual en este sentido positivo o dinámico, de manera tal que no podrá ser considerada como interés en jurídico protegido por los delitos sexuales. Para salvar este obstáculo se propone la libertad sexual negativa o estática<sup>64</sup>, esto es, el derecho a la abstención de verse involucrado en una conducta de significación sexual, sin perjuicio de que estos autores acudan a otros conceptos correctivos o morigeradores de los efectos radicales de este argumento, configurando la *teoría intermedia*.

b) Teoría negativa o estática.

Para los exponentes de esta corriente lo que protege el sistema del derecho penal sexual es el derecho de una persona a no verse involucrada en un comportamiento sexual no deseado.

c) Teoría mixta o intermedia.

Esta posición supone que el objeto digno de tutela es tanto la disponibilidad de la propia sexualidad como el derecho a no verse envuelto en un comportamiento sexual sin consentimiento. Se reconoce así la faceta negativa y positiva libertad sexual. Pueden incluirse en este apartado aquellos autores que conciben la libertad sexual como autodeterminación y concretan este concepto en dos ideas más específicas: libertad sexual de un lado e indemnidad por otro.

Los autores que instan por la libertad sexual como objeto de protección tienden a considerarlo en el sentido de asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan lugar en condiciones de absoluta libertad entre los partícipes o más brevemente que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad<sup>65</sup>. Orts Berenguer patentiza los ingredientes de la libertad sexual indicando que ésta es *“la facultad de (la persona) de determinarse espontáneamente, facultad que se expresa en varios sentidos: comprende el derecho a escoger y practicar la opción sexual que más le plazca y junto a eso, la facultad de usar el propio cuerpo en la esfera sexual sin más limitaciones que las derivadas del obligado respeto a la libertad ajena, a las leyes físicas y a las habilidades y reciedumbre de cada cual; de otra, el de elegir al ‘partenaire’, con su consentimiento y el de rechazar las proposiciones indeseadas”*<sup>66</sup>

Desde un punto de vista político-criminal la mayoría de los autores propone que el sistema de los delitos sexuales debería estructurarse en torno a la libertad sexual. Este punto de partida ha influido sustancialmente en las sucesivas reformas que ha sufrido este punto en el derecho comparado y es posible encontrar algunas legislaciones, como la española, que la consagran a nivel de rúbrica legal junto a la indemnidad sexual, además de remitirse a ella al describir la conducta típica del delito de agresiones sexuales como “atentar contra la libertad sexual de otra persona”.

---

<sup>64</sup> En contra, cfr. DIEZ RIPOLLÉS, J. *Op cit.* pp.235 y ss.

<sup>65</sup> DIEZ RIPOLLÉS, J. *Op. Cit.* P. 217

<sup>66</sup> ORTS BERNEGUER, E. *Delitos contra...*, p. 25

Los argumentos para erigir a la libertad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales pueden reconducirse a uno: es el soporte sobre el que puede justificarse la intervención jurídico-penal en las prácticas sexuales de los ciudadanos, considerando los principios que inspiran un derecho penal democrático, entre otros, el principio de mínima intervención, el principio de lesividad y el carácter fragmentario y de última ratio del derecho penal

¿Dónde está el presupuesto que permite elevar a la categoría de bien jurídico la libertad sexual? Se ha señalado que es una vertiente de la libertad personal, como una de las dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los planteamientos de autorrealización del individuo, en suma, como uno de los elementos básicos del libre desarrollo de la personalidad.

Si consideramos la libertad sexual como una derivación de la libertad personal encontramos que ésta encuentra consagración constitucional en el artículo 19 N° 7 de la CPE. La concepción estándar consiste en considerar que la libertad personal es un término que utiliza la Constitución para referirse a la libertad ambulatoria, pero de la interpretación de la norma puede concluirse que dicho término ha sido entendido como un concepto genérico de la libertad de acción, siendo la libertad ambulatoria el evento más importante consagrado, no obstante puede apreciarse que dicho término ha sido entendido como un concepto genérico de la libertad de acción, constituyendo la libertad ambulatoria el evento más importante consagrado, pero que en ningún caso agotaría la fuerza del precepto.

La libertad sexual puede considerarse como uno de los pilares del libre desarrollo de la personalidad. Si bien nuestra Constitución no lo consagra, otros ordenamientos reconocen explícitamente el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental, por ejemplo el art. 10.1 de la Constitución española<sup>67</sup>. Lo anterior no implica que en nuestro derecho esté vedado el libre desarrollo de la personalidad o que éste resulte supeditado a otros derechos, sino que puede entenderse como una consecuencia del derecho a la vida privada, contemplada por el artículo 19n° 4 de la CPE. La expresión “vida privada” importa varias acepciones siendo una de ellas la de autonomía, en el sentido de que existe un ámbito íntimo que queda excluido de la regulación estatal, un espacio libérrimo que impone un coto a la intervención punitiva del Estado.

Anotados los nexos de la libertad sexual con la libertad personal y expuesta como un supuesto del libre desarrollo de la personalidad, deben precisarse sus contornos para destacar la especialidad que asume la libertad sexual como variable independiente de la libertad personal. Esta prevención es de suyo considerable, habida cuenta que considerar la libertad sexual una derivación de la libertad personal determinaría la desaparición del sistema de los delitos sexuales: si los consideramos como un ataque a la libertad del individuo debería bastarnos entonces con el sistema de los delitos de coacciones y amenazas. En otras palabras, es preciso responder a la interrogante de cual es el

---

<sup>67</sup> El art. 10.1 está ubicado en el Título Primero de la Constitución española, denominado “*De los deberes y derechos fundamentales*” y prescribe “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”

fundamento de la especialidad en el tratamiento de los delitos contra la libertad sexual.

Diez Ripollés analiza esta especialidad en tres planos:

1. - El especial ámbito en que se desarrollan estos atentados – la referida vinculación de la sexualidad con la autorrealización personal- dota a estos delitos de una peculiar cualidad de injusto, cualidad que no se captaría adecuadamente si se integran estas infracciones dentro del sistema de los delitos genéricos contra la libertad personal.<sup>68</sup>

2. - La necesaria diferenciación entre los medios o circunstancias comisivas, tanto por las diversas conductas realizadas como por las diversas modalidades de atentado a la libertad sexual quedarían poco definidas si se incluyeran estos comportamientos en el sistema de los delitos contra la libertad.

3. - Los elementos normativos de estos delitos que no se encuentran en el sistema genérico de los delitos contra la libertad.

Resulta imprescindible precisar que

3.1: Lo que se protege es la libertad sexual en la medida que no se involucre a otra persona en una conducta sexual no querida (libertad sexual en su vertiente negativa) sin que en ningún caso se pretenda proteger conductas que impidan al sujeto llevar a cabo comportamientos de connotación sexual con otra persona consintiente o en solitario (libertad sexual en su vertiente positiva. Esta decisión político criminal encuentra su justificación desde varios ángulos. En primer lugar, el carácter fragmentario de derecho penal no se corresponde con la pretensión de una exhaustiva regulación, y lo mismo ocurre en los otros tipos protectores de la libertad personal: es imposible (e inconcebible) que todas las posibilidades y todos los frentes sociales sean comprendidos por una norma. Por otra parte tampoco parece posible especificar circunstancias o medios comisivos para el ejercicio de la libertad sexual en su vertiente positiva. Además, el ejercicio forzado de dichos comportamientos si aparece protegidos por los delitos de coacciones y amenazas, sin perjuicio de asumir que tras esta opción político criminal subyace una concepción valorativa que presume que el desvalor es mayor al ser forzado a integrarse en un comportamiento sexual no deseado que ser impedido de llevar a cabo una actividad sexual.

3.2: El consentimiento excluye el injusto. Esta circunstancia impide considerarla como alternativa a los delitos genéricos de coacciones y amenazas toda vez que el objeto de la acción del sujeto activo de esos delitos es la voluntad de la víctima, sea en su fase de decisión, formación o ejecución. Además la estructura de estos delitos se basa en ausencia de consentimiento y su punto de partida es que la relación sexual no se desea mientras el otro no manifieste su consentimiento<sup>69</sup>. Esto supone una importante carga socio-cultural que evidencia que el comportamiento sexual pertenece a la esfera íntima de las personas y por lo tanto toda intromisión en este nivel personalísimo debe ser

---

<sup>68</sup> Una destacable interpretación expone Rodríguez Collao, L en "*Delitos sexuales...*" al sostener que si se considera la libertad sexual como una faceta de la libertad general, no existe justificación sistemática que funde este tratamiento autónomo al no contar con, en el plano estrictamente jurídico, criterios suficientes para determinar que ciertos atentados contra la autodeterminación del ser humano representen un mayor desvalor que las restantes formas de atentado contra el mismo bien. Lo anterior resulta sostenible solo si prescindimos del desvalor de la conducta del sujeto activo y nos atenemos únicamente al desvalor del resultado.

rechazada, en contra a considerar que toda conducta lúbrica es siempre y *a priori* admitida y sólo descartada en ciertos y determinados eventos.

3.3: Como se ha indicado con insistencia, es éste el ámbito del derecho penal en que se revela una particular tendencia a que determinadas concepciones éticas sobre los correctos comportamientos sexuales pugnen por circunscribir la esfera de los delitos sexuales lo que se traduce en imprescindibles condicionamientos normativos. No obstante lo anterior no hay que perder de vista que todo el derecho penal se encuentra influido por condicionamientos socioculturales, sin que ello desvíe la atención sobre los diversos objetos de protección.

En el derecho comparado se reconoce cierta tendencia a despojar los tipos de elementos normativos que impliquen referencias a ciertas consideraciones éticas sin que esto importe la desaparición de las constantes presiones para que criterios genéricos sobre lo sexualmente correcto que supediten la interpretación y aplicación de estas normas- especialmente cuando se refieren a menores e incapaces- esto no importa que estas presiones deban ser admitidas y satisfechas.

### **4.2.1.1. VALORACIÓN CRÍTICA**

Una de las críticas más contundentes de que sufre la libertad sexual como objeto de tutela en el derecho penal sexual viene dada por la incapacidad de ejercer esa libertad en forma estándar o incluso, por la imposibilidad absoluta de practicarla. El concepto libertad, entroncado con el valor absoluto del albedrío humano, supone la posibilidad real de ejercerla, no es un valor que se satisfaga con la sola enunciación. Por esto se ha sostenido que carece de sentido referirse a la libertad sexual si la persona que sufre este atentado es de aquellos seres respecto de quienes el mismo ordenamiento jurídico niega la capacidad de consentir válidamente en la realización de los actos sexuales o si bien poseen esta capacidad se encuentran impedidos de manifestarla. En otras palabras, la libertad sexual solo adquiere relevancia cuando existe la capacidad de autodeterminación y ésta es una habilidad factible de ejercitar.

Si bien es cierto que ciertos autores, entre ellos Díez Ripollés, defienden la idea de la libertad sexual como único objeto susceptible de protección, la justificación no me parece satisfactoria. Haciéndose cargo de la objeción formulada señala que debe comprenderse el concepto como la posibilidad de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad y de esta manera la libertad sexual calza perfectamente con la idea de que los bienes jurídicos deben referirse a situaciones o relaciones de la realidad social y no meros derechos subjetivos o intereses sociales. De esta forma el valor libertad sexual si aparece como criterio estructurador del sistema de los delitos sexuales, toda vez que no es suficiente el argumento de que difícilmente se le pueda reconocer libertad sexual a los menores o incapaces en cuanto éstos no pueden ejercerla efectivamente, sea porque no

<sup>69</sup> En otras legislaciones esta decisión es patente. El art. 181.1 del Código Penal español señala que será abuso sexual todo acto sexual contra persona "sin que medie consentimiento". Nuestro CP. sin ser tan explícito, también recoge esta circunstancia al tratar la violación. EL Art. 361 supone la ausencia de consentimiento: todos los medios o circunstancias comisivas excluyen la posibilidad de manifestarlo ya sea porque hay coacción grave o incapacidad de ejecución o menosprecio de la voluntad. *A contrario*, existiendo consentimiento, no se verifica el supuesto típico.



poseen las capacidades cognitivas o volitivas necesarias, sea porque aunque ya no carezcan de ellas, la ley no les ha reconocido aun la posibilidad de ejercerlas. Diez Ripollés nunca pierde de vista la íntima conexión de la libertad sexual como variable fundante del libre desarrollo de la personalidad y para entender como se configurará esta libertad respecto de los menores e incapaces esquematiza el sistema desde las modalidades del atentado y distingue cinco formas de comisión: venciendo la voluntad contraria, contando con el consentimiento viciado, logrando el consentimiento inválido de la víctima, sin el consentimiento de la víctima y por último sin dar oportunidad a la víctima de manifestar su consentimiento.

Los dos primeros supuestos — venciendo la voluntad contraria y consentimiento viciado — reconocen la posibilidad de que la víctima pueda efectiva y válidamente consentir. La hipótesis del consentimiento inválido nos sitúa en situaciones en que la víctima carece de la posibilidad de entender el sentido y repercusiones de su decisión en este ámbito. La diferencia primaria entre consentimiento viciado y consentimiento inválido se basa en que en el primer caso se refiere a sujetos que carecen de las condiciones para ejercer su libertad por circunstancias previas e independientes del caso particular, en cambio el segundo supuesto dice relación con aquellos supuestos en que el sujeto se encuentra imposibilitado de ejercer su libertad pero en la situación concreta.

Es en este escalafón en que encontramos a los menores y a los incapaces. Todo el consentimiento que presten estos individuos es irrelevante, hasta que alcancen una mayoría de edad o hasta que pierdan la calidad de incapaces. Aquí aparecen dos condicionamientos socioculturales que discurren así: El legislador presume la invalidez del consentimiento del sujeto pasivo al considerar la oposición a la relación por sobre la aceptación de la misma, pero esta oposición se reputa válida desde que puede es manifestarse externamente, aun cuando el incapaz carezca de las condiciones para captar la significación de su oposición, de lo que se infiere que los menores e incapaces gozan también de la capacidad de ejercer esta libertad sexual y por ende, no resulta procedente la remisión a otros intereses para justificar la protección dispensada.

Si bien es cierto el concepto *libertad sexual* es útil para entender el sistema de los delitos sexuales la justificación respecto de los menores e incapaces no resulta del todo convincente. Para corregir esta tensión han surgido criterios correctivos o complementarios a la libertad, como la intangibilidad o la indemnidad sexual. De lo que se trata en el fondo es de reconocer que el concepto libertad sexual, como concepto genérico, no alcanza a cubrir aquellas hipótesis en que el sujeto pasivo carece del presupuesto básico de la misma, de la autodeterminación y lo que se pretende es que estos individuos que por naturaleza, edad o ficción de la ley no puedan relacionarse libre y conscientemente permanezcan en una esfera especialmente protegida, intangibles.

Por otra parte si bien el Código Penal Español reconoce en cierta medida la voluntad de los menores de trece años al reconocer el vencimiento de su voluntad como supuesto de agravación (Art.178 y180.3) y al otorgamiento de consentimiento viciado ( Art.181.3) con una pena notoriamente menor lo que resultaría inaplicable si se rechaza el supuesto de voluntad para los sujetos de este ámbito. Así, la resistencia de un menor a mantener relaciones sexuales o su aceptación mediante amenazas transforma un abuso sexual en una agresión sexual.

Lo anterior no está consagrado en el Código Penal chileno, de manera que es imposible estructurar el sistema de los delitos sexuales respecto de los menores de edad sobre la base de su libertad sexual. No se han especificado medios comisivos cuando la víctima es uno de estos sujetos de lo que se infiere que la sola interacción sexual es merecedora de pena, al menos en el supuesto del Art. 362 y si concurre coacción grave es causal de agravación de la pena. Lo mismo en los supuestos de involucramiento en una acción de significación sexual, no hay especificación de medios o circunstancias comisivas respecto de los menores de 14 años, por tanto, al menos de lege lata, no cabe referirse a libertad sexual en estos supuestos.

Viene a hacerse necesaria una especificación del contenido de la libertad sexual, toda vez que al vincularse con la esfera individual de los individuos no se trata de un valor uniforme y colectivo sino que es susceptible de acomodarse a distintas concepciones en torno a su naturaleza y límites<sup>70</sup>, lo que conduciría a una necesaria y continua referencia a otros valores para otorgarle concreción normativa.

#### **4.2.2. LOS CRITERIOS MORIGERADORES DE LA LIBERTAD SEXUAL EN LOS SUPUESTOS ESPECIALES DE VULNERABILIDAD E INMADUREZ DE LA VICTIMA**

La cuestión radica en determinar si las personas que se hallan en ciertos supuestos de incapacidad, ya sea porque el propio ordenamiento le niega la posibilidad de conducirse libremente o porque si bien están dotados de esta facultad se encuentran temporalmente en situación de no poder decidir acerca de la realización de estos actos, pueden ser considerados como titulares o agentes de la libertad sexual.

Se ha sostenido que no puede ser la libertad en los términos clásicos, ya que aquellas personas no se encuentran en condiciones de ejercerla válidamente al carecer de los elementos cognitivos y volitivos y así también de la capacidad de prestar un consentimiento válido para la ejecución de estos actos.

Uno de los criterios acuñados para explicar la sanción de los comportamientos que tiene como víctima a menores e incapaces es el de *intangibilidad sexual*, entendida como una consecuencia esta ausencia de libertad sexual y constituiría una cualidad de aquellos sujetos que no pueden ejercer su libertad sexual por estar incapacitados para ello<sup>71</sup>. Semánticamente, intangibilidad alude a la calidad de intocable, asumiendo esta calidad el

---

<sup>70</sup> Cfr. MYRIAM HERRERA MORENO, "VII. La problemática del bien jurídico protegido en la criminalidad sexual violenta" en *Violencia en la violación. Aspectos dogmáticos y victimológicos*, Junio 2002, [www.noticias.juridicas.com](http://www.noticias.juridicas.com), que también plantea que "la noción de libertad sexual, como facultad personal de la autodeterminación sexual puede operar como *axioma-comodín*, peligrosamente mutable y de heterogénea interpretación"

<sup>71</sup> En este sentido, CARMONA SALGADO, CONCHA, *Los delitos de abusos deshonestos*, Edit. Bosch, Barcelona, 1981. También COBO DEL ROSAL, MANUEL, "El delito de raptó" en *Comentarios a la legislación penal, t. II, el Derecho penal del Estado Democrático*, Madrid, 1983. p. 402, quien prefiere referirse a indemnidad antes que intangibilidad pues considera que indica con precisión que el "menor de doce años es protegido de todo ataque sexual, que tiene el derecho a estar exento o libre de cualquier daño de orden sexual"; cfr. SUARÉZ RODRÍGUEZ, A., *El delito de agresiones...*, pp.51 y ss.

objetivo a tutelar en los supuestos en que el sujeto pasivo son menores o incapaces personas, equiparando este valor a la libertad sexual de los capaces. La intangibilidad sexual se revela como un reconocimiento de protección a una sexualidad inmadura o aún en formación.

La utilidad del concepto se revela en tres puntos clave: dota de autonomía al bien jurídico, excluye la contradicción de la libertad sexual consigo misma y, por último, otorga concreción al bien jurídico en los supuestos específicos. Se critica esta supuesta concreción pues aparece que sólo los menores e incapaces serían titulares de esta intangibilidad en circunstancias que toda persona, capaz o incapaz, menor o adulto tiene derecho a esta intangibilidad, confundiendo una cualidad propia de la libertad sexual al esgrimir la intangibilidad como bien jurídico autónomo y acotado a los supuestos antedichos. Lo que aquí subyace es la intangibilidad como derivación necesaria de la indemnidad a que tienen derecho todos los ciudadanos, sin comprenderse porque los menores son considerados como titulares exclusivos. Por otro lado, se alza como interés susceptible de protección un valor que constituye el daño al que se tiene derecho evitar, en definitiva lo que constituye el núcleo del injusto en el sistema analizado.

Hay que matizar. Es de incontestable notoriedad que no es igual situación la de menores y adultos, tanto de hecho como de derecho, de manera tal que tampoco es equiparable su posición. Asumiendo que se encuentran en escalafones distintos y que ambos tienen se encuentran protegidos por el derecho penal es necesario ponderar su situación, de vulnerabilidad e inmadurez en una caso y de madurez y escasa vulnerabilidad en el otro. De esto resulta que no puede identificarse la intangibilidad a que tienen derecho los menores de 14 años con aquella garantía a que tienen derecho los adultos, e incluso los púberes. La intangibilidad, entendida como una acepción específica de la indemnidad, se funda en la especial vulnerabilidad de ciertos sujetos, que en virtud de ella pasan a ser considerados “intocables”, cuestión que no puede sostenerse respecto de aquellos sujetos que no cuentan con las mismas características de especial vulnerabilidad o inmadurez. En esos supuestos juega el concepto de indemnidad, como la garantía de estos sujetos de permanecer indemnes, esto es sin daño, de ejercitar sus posibilidades de forma libre, en ausencia de interacciones abusivas o violentas. Como se advierte, el valor que juega en todos los supuestos es la indemnidad, sólo que el modo de permanecer indemne de los menores e incapaces se concreta en permanecer intangibles, cualidad que desaparece en los demás casos.

Otros autores hablan de la libertad sexual potencial o *in fieri* . En este nivel la premisa es la libre opción sexual en los adultos y el libre desarrollo de la personalidad de los menores. Así los tipos penales deben dirigirse a proteger este desenvolvimiento en condiciones libres y carentes de traumas y otros resabios nocivos.

La problemática se reduce a definir que es lo que justifica la protección adicional dispensada a los impúberes, al menor adulto y a los incapaces, considerando la incapacidad del valor de la libertad sexual para hacer frente a las objeciones planteadas.

ORTS BERENGUER estructura el sistema de esta forma: lo que se tutela es un conglomerado de intereses que podrían ser comprendidos en el término “interioridad” con lo que se quiere expresar la intención de prodigar a los menores un desarrollo de la personalidad libre de injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y

moral sin traumatismos, un adecuado eso de formación y un descubrimiento no forzado de su sexualidad; en los enajenados la protección se proyecta en dirección a su bienestar psíquico y a sus expectativas de socialización y con relación a los privados de sentido lo que se protege es su intimidad en su acepción amplia, como el ámbito más privado o reservado de toda persona. Pueden reconocerse en este asunto estrechos vínculos con el derecho a la vida privada, consagrado constitucionalmente en el art. 19 nº4 de la CPE.

La intimidad tiene dos vertientes, una externa y la otra interna. La primera está constituida por el respeto a aquel ámbito de la vida personal y familiar que debe permanecer exenta de intromisiones ajenas o externas; la segunda se trata de aquella esfera personalísima, llamada vida interior y muy ligada a la autonomía personal.

La indemnidad como criterio correctivo se relaciona más con el derecho que tienen estas personas de no experimentar daño o perturbación en sus aptitudes y parte de la potencialidad lesiva que conlleva un atentado sexual en una persona incapaz de manifestar su voluntad, en el sentido de abstenerse de participar más la capacidad corruptiva que dicha conducta puede ocasionar en los menores.

#### **4.2.2.1. VALORACIÓN CRÍTICA.**

Los conceptos morigeradores o correctivos enunciados no están libres de observaciones. Quienes defienden a la libertad sexual como único bien susceptible de protección de los delitos sexuales postulan que las nociones indemnidad y otras análogas poseen deficiencias jurídicas *difícilmente superables*<sup>72</sup>

El problema que se plantea en este punto radica en la necesidad de fundar jurídicamente la necesidad de considerar como merecedora de pena la interacción sexual con un menor desde ya. Se ha sostenido la ausencia o invalidez del consentimiento prestado por los menores, sin embargo, *“la autodeterminación no es un bien cuya lesión pueda ser consentida en modo válido o inválido, sino que es ella misma la ausencia de abuso en relación a la interacción sexual”*<sup>73</sup>.

Por otra parte podría sostenerse que si bien lo que se protege es la libertad, esta protección está indisolublemente ligada al reconocimiento de ciertas calidades que hagan factible el ejercicio o despliegue de la misma y antes de la posesión plena de estas calidades o facultades lo que se protege es el desarrollo libre de las mismas.

La intangibilidad, entendida como la conveniencia de que menores e incapaces se mantengan total o parcialmente aparte de los comportamientos de carácter sexual o importancia de mantenerlos libres de ciertos perjuicios manifiesta cierto consenso social que no responde a las preguntas sobre la razón del mismo. Como respuesta, dos posibilidades:

- La primera señalaría que el legislador quiere promover cierta moral sexual a través de la proliferación de ciertas pautas de comportamiento sexual que se realizarían dentro de los parámetros aceptables en nuestra sociedad. Esta opción informa que lo que se

---

<sup>72</sup> Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *El objeto de protección...*, p.239

<sup>73</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. *Op. Cit.*, p. 18

pretende proteger es el bienestar psíquico de los menores pero no escapa de la objeción formulada en el sentido que el derecho penal se encontraría en función de cierta idea de lo sexualmente correcto.

- La otra respuesta discurre sobre la base de que este consenso identificaría el carácter perjudicial de las interacciones sexuales de menores con adultos a partir de la idea de proteger y asegurar el ejercicio de la sexualidad en condiciones de libertad. Así, el consenso no versaría sobre un rechazo indiscriminado al ejercicio de la sexualidad por menores e incapaces, sino al rechazo de que la ejerzan carentes de libertad.

No deja de llamar la atención que se propugne por un lado la intangibilidad de los menores e incapaces y por otro convivir cotidianamente con el amplio margen dejado por las conductas mediáticas, aceptadas y toleradas, en dirección a educar y divertir sobre la base de la sexualidad. ¿Es realmente una convicción mayoritaria la que pretende mantener a los incapaces y a los menores alejados de conductas de significación sexual? El énfasis que pone la sociedad y los medios sólo revelan lo sensible del tema pero en caso alguno podría pensarse que la idea es mantener a estos sujetos suspendidos en una especie de limbo asexuado hasta que cumplan cierta edad o por siempre si no pueden comprender la significación de estos actos. Con todo, no es posible equiparar la influencia de los medios en los sujetos vulnerables con la potencialidad lesiva de un acto potencialmente perturbador de su desarrollo. Como se adelantó más arriba, creo que la intangibilidad es una noción útil y otorga, a mi juicio, la solidez necesaria al sistema, proponiéndose como objeto de protección en los supuestos especiales.

Otra respuesta se puede proponer desde la indemnidad como bien jurídico protegido en los supuestos con sujeto pasivo menor o incapaz. Considerando que el menor adolece de libertad sexual porque carece de los presupuestos que significan la efectiva posibilidad de realizarla entonces resulta que dichos sujetos no tienen derecho a la abstención sino que están reconducidos a ella. En otras palabras, toda interacción sexual con un menor es en principio punible, como se lee de la regulación que no exige medio comisivo alguno en estas hipótesis. De aquí decanta la idea que el objeto de protección en esos casos es la incolumidad o indemnidad de su sexualidad.

El término indemnidad alude a aquella situación de quien está libre de sufrir daño o perjuicio. Trasladado al ámbito sexual, se puede definir la indemnidad sexual como garantía de protección de aquella esfera íntima, integrada por la forma que cada uno asume su vida sexual, en atención a su edad, desarrollo físico y psíquico, su orientación sexual, su escala de valores y libre de intromisiones que afecten esta asunción<sup>74</sup>,

Las objeciones que recibe la indemnidad sexual como criterio orientador en estos supuestos son similares a las críticas del concepto intangibilidad: Falta de contenido definido y la posible reconducción hacia una moral sexual colectiva. Si se considera a la indemnidad como la no interferencia en la formación adecuada de los menores necesariamente importa tomar una decisión sobre que es lo sexualmente correcto para determinar que interferencias son tolerables y cuales son inconvenientes, a menos que se quiera entregar esta decisión al arbitrio de quien tiene a su cuidado la educación y

---

<sup>74</sup> El concepto está tomado en parte de RODRÍGUEZ COLLAO, L, *Op. Cit.*, p. 127

crianza del menor y si este fuera la motivación pierde sentido la referencia a la adecuada formación.<sup>75</sup>

Sin embargo, creo que lo anterior es un temor fundado en un entendimiento poco acertado del concepto. En efecto, si consideramos el término como una garantía de permanecer indemnes en aquella esfera privada podría sospecharse que el Estado impondría una indemnidad sexual oficial, proscribiendo aquellas conductas que escapan a la ortodoxia sexual por entenderlas especialmente dañosas o insalubres. En este sentido sólo procedería contemplar a la indemnidad desde la perspectiva de la intangibilidad, es decir, en aquellos supuestos en que existe un consenso social respecto de la conveniencia de parapetar a los menores e incapaces e impedir toda interacción sexual respecto de ellos. Pero, en sentido estricto, la indemnidad sexual no debería conducirnos a ello. Desde la subjetividad de esta área, es más adecuada para demarcar que conductas han sido dañosas, dependiendo de la particular configuración de cada individuo y de su “*parcela bio-psico-social*”, sin perder de vista el criterio rector de este sistema que como se sostiene, es la libertad sexual.

#### **4.2.3. LA AUTODETERMINACION SEXUAL COMO BIEN JURIDICO PROTEGIDO<sup>76</sup>.**

Se entiende la autodeterminación sexual como la capacidad de una persona de ejercer su voluntad y desplegar su personalidad en la interacción sexual con otras personas. EL concepto reconoce una división en dos nociones específicas: libertad sexual de un lado e indemnidad sexual de otro<sup>77</sup>. Lo particular de este enfoque es que combina dos concreciones que razonan sobre distintas bases, considerando las variables que utiliza el sistema de los delitos sexuales: la edad de la víctima y los medios de ataque.

Considerando la primera variable, la edad de la víctima, existe un sustrato objeto de protección especialísima: los menores. Con respecto a los mayores de 18 años, el sistema sólo reacciona frente a casos evidentes de lesión a su voluntad- y digo evidentes por la especificación de los medios comisivos, todos consistentes en medios coercitivos graves.

Los sujetos menores de 18 pero púberes son también protegidos de forma particular: pueden ser coaccionados por medio de circunstancias comisivas que revistan la forma de coerción menos grave o incluso manipulación de su voluntad mediante engaño. Al configurar estos medios comisivos reconoce el derecho penal que existen supuestos de protección adicional, pero que es lo que quiere evitar? Al contemplar este tipo de

<sup>75</sup> DIEZ RIPOLLES, J, plantea *ob. Cit*, que si deben considerarse como interferencias inconvenientes aquellas actitudes del educador u otros encargados cargados de recelos, tabúes o desconfianzas hacia la actividad sexual, porque si así fuere, también debería esperarse una reacción del Derecho penal frente a aquellas.

<sup>76</sup> Cfr. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A. *Op. Cit.* Pp.14 y ss.

<sup>77</sup> A la libertad sexual, entendidas como el derecho de toda persona de no ser involucrado en realciones de significación sexual sin su consentimiento o como el derecho de toda persona de ejercer su sexualidad en libertad, me referí en un subapartado anterior. Ver *supra* 4.2.1

circunstancias o medios comisivos, constitutivos de coacción menos grave, queda patente que este grupo reconoce un plus de protección, menor que la dispensada a los menores pero mayor que la de los adultos.

En principio, la protección de la libertad sexual solo tiene sentido cuando existe la posibilidad de ejercerla. Luego, el paso de una situación de relativa incapacidad de ejercicio de la libertad sexual a la posesión plena de aquella no se produce de un momento a otro, sino dentro de un proceso. De esta forma, la que se protege es la formación libre de perturbaciones- ya no adecuada- de la libertad sexual.

Lo anterior repercute en dos esferas absolutamente relevantes: en primer lugar, el consentimiento del menor adulto excluye la tipicidad de modo tal que se sanciona sólo sino la interacción abusiva. Y en segundo lugar no es sólo la edad de la víctima sino su especial situación personal lo que fundamenta el merecimiento de pena de la intervención abusiva

El segmento más protegido es el de los menores impúberes. Las razones de esta especialísima protección radican en que si bien es imposible predicar respecto de ellos la libertad es patente la noción de que se encuentran circunscritos a un ámbito carente de interacciones sexuales, como presupuesto básico del desarrollo de su capacidad personal. Es en este plano donde aparece la segunda vertiente de la autodeterminación sexual, la indemnidad, con las características ya presentadas.

De esta manera, un sistema basado en la autodeterminación sexual como objeto susceptible de protección se estructura así:

Antes de los 14 años: Se protege la ausencia de interacciones sexuales con el menor, como presupuesto del desarrollo de su capacidad personal.

Entre los 14 y los 18 años: El objeto de protección es la ausencia de interacciones sexuales abusivas.

Desde los 18 años: El objeto de protección es la expresión de la autodeterminación sexual en forma de libertad.

#### **4.2.4. LA INTEGRIDAD SEXUAL COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

Para comprender el significado de la integridad sexual aludida en el epígrafe del Título VII del Libro II de nuestro CP, es necesario delimitar el alcance del término. Este concepto aparece como una derivación de la integridad personal, que comprende tanto la integridad física, psíquica y moral, recogido por la Carta Internacional de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se ha sostenido que la integridad se basa en el reconocimiento de que la persona mantenga incólumes su cuerpo y espíritu para un desarrollo integral que atienda las exigencias de su dignidad, de modo tal que el derecho a la integridad comprende tres aspectos: integridad física, integridad psicológica e integridad moral. La integridad física se refiere a la conservación de la totalidad del cuerpo humano, concretado en la protección de ataques injustos que provoquen incapacidad para trabajar o desplazarse, o que le causen enfermedad, deformaciones físicas o mutilación de cualquiera de sus miembros. Este aspecto está ligado al delito de lesiones y, en consecuencia, a la salud de las personas. En el ámbito

psicológico, la integridad se entiende como la preservación de aquellas facultades normales del cerebro humano. El desarrollo doctrinario ha expandido este concepto con miras a incluir en aquél algunos aspectos que trasciendan el bienestar físico y psíquico y que se relacionen con la dimensión espiritual y emotiva de las personas de donde surge el concepto “integridad moral”, referido a la capacidad de la persona para mantener, desarrollar o modificar sus sentimientos y valores.

El Código Penal Español reconoce la integridad moral del individuo y reconduce a este valor aquellas conductas que importan cierto grado de violencia y un trato vejatorio para el ofendido en aquellos supuestos de agresiones físicas o malos tratos graves que no vayan acompañados de lesión, cuya calificación como falta puede resultar insuficiente.

El concepto de integridad personal ha sido ampliado por la convención de Belém do Pará Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer a fin de introducir la integridad sexual, como se deriva de la lectura de su art. 1 que indica “Para los efectos de esta Convención debe entenderse como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer (...)”. El art. 2 también arroja luces al respecto, señalando que “La violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica”. Si bien esa Convención tiene como objeto específico a la mujer esto no es obstáculo para considerarla en la tarea de desentrañar el sentido de la integridad sexual. Semánticamente, íntegro significa, en una primera acepción, «entero, completo, que no faltan partes, probo, desinteresado». En una segunda acepción es la «cualidad de una persona íntegra, recta, honesta», en tanto que integridad hace alusión a “virginidad”. Sin embargo, los delitos ubicados en este título escapan con mucho a la sola mantención de la indemnidad de una membrana, de manera tal que, considerando los tipos consagrados, debería tenderse a la primera acepción de íntegro, constituyéndose como objeto de protección la incolumidad de la sexualidad de las personas, de lo que resulta imprescindible referirse a otro valor como la indemnidad para determinar cuando y en que medida ha dejado de estar la sexualidad *completa*.

La doctrina reconoce que el sistema de los delitos sexuales relaciona criterios que están muy cerca de lo que se reconoce como integridad personal, sin perjuicio de no existir un planteamiento uniforme en este punto.

Al considerar la integridad personal como un conjunto de condiciones ideales para el desarrollo normal de la personalidad y cabal ejercicio de las facultades que de esta derivan, comprendiendo la integridad moral y la integridad física, es claro que estos supuestos ideales se ven afectados por la comisión de un delito sexual.

En el caso de los menores, a quienes no se les reconoce autodeterminación sexual, es posible argüir que lo afectado es la esfera psíquico-física del mismo, apareciendo la idea de integridad personal del mismo.

La reforma del derecho penal sexual español del año 1999 discurre sobre la base de reconocer la existencia de bienes jurídicos distintos de la libertad sexual en los supuestos de menores e incapaces. Así se reconoce ya desde el epígrafe del Título VIII “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”. Además el párrafo tercero de la Exposición de Motivos de la ley orgánica 11/99 menciona otros intereses distintos de la



autodeterminación sexual del individuo, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la integridad sexual.

El código Penal Argentino, a partir de la ley N° 25.078 / 1999 modifica el articulado y el epígrafe del título referido a los delitos sexuales, cambiando la antigua denominación “Delitos contra la honestidad” por “Delitos contra la Integridad sexual”. Si bien el término fue aplaudido por superar el anacronismo presente en “honestidad”, se discutió en el debate parlamentario si la denominación más apropiada para el bien jurídico debía ser la “Integridad sexual”. Se ha mencionado que el alcance del término es la libertad sexual de la persona mayor de 18 años y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad. Lo que se tutela en definitiva, es el derecho de toda persona a ejercer su sexualidad en libertad, prohibiendo conductas sexuales respecto de sujetos que se sabe quedarán insertas en una situación carente de voluntad (menores) y prohibiendo conductas sexuales que hacen imposible el ejercicio de la libertad sexual<sup>78</sup>. Como se advierte, los legisladores tenían en mente la idea de libertad sexual al referirse a la integridad pero decantaron por este último por considerar que la nueva expresión *procura englobar la objetividad jurídica protegida*.<sup>79</sup>, lo que no obsta a que la doctrina mayoritaria de ese país considere que el verdadero bien jurídico protegido está integrado por la intangibilidad y la libertad sexual.

#### **4.2.4.1. VALORACION CRÍTICA**

El término integridad sexual definido como “entero, completo, que no faltan partes, probo, desinteresado” resulta aplicable en los supuestos de adultos respecto de quienes puede entenderse factible una vulneración de su integridad sexual, en los supuestos de menores e incapaces no aparece con la misma nitidez. ¿Qué conforma esa integridad en aquellas hipótesis? ¿Acaso la integridad sexual de menores / incapaces está constituida por ausencia de interacción sexual con ellos? ¿Qué integridad sexual puede conformarse por la ausencia de interacciones sexuales? Me parece que el argumento es circular, ya que si la sola interacción es punible no procede referirse en estos casos a integridad *sexual* por cuanto esta supone una esfera de sexualidad factible de ser fraccionada, desintegrada, pero en los supuestos aludidos queda claro que es otra cosa lo que se protege. Aquél valor que permite comprender la razón del legislador de conducir a los menores e incapaces a una situación de incontaminación sexual es la protección de su intangibilidad, que es diferente de integridad.

El valor integridad no es suficiente para justificar el plus de protección dispensado a los supuestos especiales ya que de la lectura de las normas del título VII toda interacción con menores es punible, asumiendo desde ya el menoscabo a su integridad. Ahora bien, no toda interacción sexual lesiona la pretendida integridad sexual de los menores piénsese por ejemplo en aquellos comportamientos que tienen por participantes a un menor de corta edad y un adulto que lo conmina, a modo de juego y con ánimo de

<sup>78</sup> En este sentido CAFFERATA NORES, *Antecedentes parlamentarios*, LL 1999-B

<sup>79</sup> Valcarce I, FABIÁN, El bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad sexual, en *Portal de la Justicia*, [www.justiciamisiones.com.ar](http://www.justiciamisiones.com.ar), 2 de agosto de 2004

provocar su propia excitación sexual, a efectuar tocamientos en sus zona pudendas. Difícilmente puede sostenerse que un menor de 2 años pueda comprender el alcance de esta situación y alegar que ha sido vulnerada su integridad sexual, a menos que se consideren estos delitos como delitos de peligro de la integridad sexual de los menores, sin requerir la concreta lesión del bien jurídico. Con todo, esto no se ajusta con la formulación de las conductas típicas, que exigen un comportamiento determinado que interpretadas desde la perspectiva de la intangibilidad, si ganan en cohesión al confirmar la lesión al bien jurídico directamente afectado. Creo que este objeto es mucho más coherente con la política criminal revelada en los tipos penales: mantener y procurar que los menores permanezcan en un estado de incontaminación sexual, aplicando penas más severas a quienes quebranten esta esfera.

Además, instituir la integridad sexual al lado de el orden de las familias y la moralidad pública podría llevar a considerar que la integridad sexual tutelada es aquella acorde con esas conductas socialmente consideradas como correctas y que dicha integridad, en el sentido de mantener la sexualidad completa o sin daños, se daría sólo dentro de el orden de las familias. Como se advierte, el mantener las antiguas rúbricas junto con la nueva resulta una mezcla peligrosa.

Por lo demás, aun cuando existe cierto consenso relativo a que no hay un bien jurídico unitario en las figuras del título VII, se intenta como criterio unificador un concepto que nada ordena. Se ha indicado que la sistematización del derecho penal sexual se estructura en torno a dos variables, por un lado la edad del ofendido y por otro la circunstancia o medio comisivo. En atención a este esquema no me parece ver en la integridad sexual un criterio que otorgue coherencia sistemática a los delitos sexuales. Ya no se protegería la libertad sexual de una persona mayor de 18 años, ni el libre desarrollo de los menores, ni la intangibilidad de los menores. El objeto de protección de la norma se traslada desde la autodeterminación sexual y su valoración escalonada a instituir como bien jurídico aquel daño que se quiere evitar. Asumiendo que los bienes jurídicos son distintos en cada uno de los segmentos, conviene explicar la objeción por separado.

En los supuestos de mayores de 18 años, es necesario que el quebrantamiento de la voluntad se verifique utilizando medios constitutivos de coacción grave- fuerza, intimidación, abuso de la incapacidad de resistencia o de determinación- y estos medios inciden directamente sobre la voluntad del sujeto y no sobre su integridad sexual.

Tratándose de menores de 18 y mayores de 14 años, el sistema está enfocado a proteger su indemnidad, esto es, su formación libre y exenta de traumas. Si bien en este terreno podría sostenerse que lo protegido es la integridad sexual, también se requiere de la concurrencia de medios comisivos específicos que atacan directamente la fase de formación de la voluntad y no la pretendida integridad

En los casos en que el ofendido es un menor de 14 años se verifica la lesión por el solo hecho de acreditarse la edad y la conducta lesiva pero, de acuerdo a lo expuesto, el término intangibilidad es más comprensivo de los ataques de que puede ser sujeto el menor, toda vez que lo que justifica la reacción penal es la interacción sexual con el menor, sin importar si resulta de hecho lesiva para su integridad. El menor no tiene derecho a una abstención sexual, está reconducido a ella.

Es evidente que la integridad sexual resulta afectada por la verificación de los supuestos típicos pero el objeto de la punición de aquellas conductas se alinea más con la idea de libertad e indemnidad sexuales que con la integridad, toda vez que son aquellos valores los que resultan directamente afectados por los comportamientos sancionados y la integridad sexual es alcanzada solo en forma refleja. Lo legitima la intervención penal es el quebrantamiento de la libertad del otro y no la aptitud del acto para lesionar la integridad ajena.

## 5. POSICION PERSONAL: LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL COMO BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS EN EL SISTEMA DE LOS DELITOS SEXUALES

Tomando en cuenta las argumentaciones entregadas arriba en torno a los distintos valores que han sido considerados como capaces de contener en si mismos el objeto tutelado por el sistema de los delitos sexuales, creo que es necesario asumir tres premisas fundamentales y conexas: en primer lugar, aquel bien jurídico que se indique debe ser capaz de comprender aquel sector del individuo particularmente afectado por el delito, bien jurídico que, en virtud de la especialidad de aquella esfera atacada, dista de ser unitario. Es más, creo que en el caso que nos ocupa puede designarse que es tanto la libertad como la indemnidad sexual el objeto de tutela. Aquellos intereses deben ser considerados como los bienes jurídicos protegidos y cumplir desde la perspectiva que nos otorgan las funciones propias de su categoría: criterios interpretativos, informar sobre la lesividad de la conducta, en fin, límites del *ius puniendi*.

Comparto además la argumentación aportada por el Profesor Diez Ripollés en dirección a que el derecho penal no puede convertirse en un instrumento para erigir desde su particular ubicación dentro del sistema jurídico y con sus especiales herramientas – penas y medidas de seguridad- en un instrumento válido para prescribir que comportamientos sexuales son los adecuados. Esto acarrearía como consecuencia reestablecer la moral sexual como criterio orientador del sistema de los delitos sexuales, lo que me parece francamente imprudente en un derecho penal de un Estado pluralista y democrático.

Un bien jurídico acorde con las aspiraciones de un Estado social y democrático de derecho debe respaldar aquellas condiciones que sirvan de base a la posibilidad de desarrollo de cada uno de los individuos en la sociedad en que viven y no ha de ser suficiente el respaldo de valores meramente morales o mandatos morales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social, por el respeto de la esfera de libertad privada de cada uno de los individuos<sup>80</sup>. En el ámbito del derecho penal sexual, esa condición básica es la libertad sexual. La justificación de la agresiva intervención del derecho penal y la puesta en marcha del proceso penal es que los

---

<sup>80</sup> Cfr. MIR PUIG, S. *Derecho penal...*, pp.124 ss

ciudadanos no puedan ejercer su sexualidad en libertad. Cualquier otra mención se torna en excesiva intromisión y no es suficiente ni acorde a los principios que rigen el derecho penal, mínima intervención, necesidad y ultima ratio.

A pesar de lo anterior, no es posible efectuar de esto una afirmación tajante, sin escuchar las voces críticas que se alzan en contra de la libertad sexual como bien jurídico protegido. En este sentido, el profesor Rodríguez Collao sostiene que en verdad la enunciación de la libertad sexual como faceta de la libertad en general no justifica su independencia sistemática respecto de otros delitos contra la libertad. Señala que no existen argumentos suficientes para sostener que los atentados contra esta forma de autodeterminación ostenten un mayor desvalor que las restantes formas de atentado en contra del mismo bien y si lo que justificare este mayor desvalor fuera que los atentados sexuales se fundan en que representan un riesgo para la vida, honra o integridad, adquirirían estos delitos la condición de delitos de peligro en relación con dichos bienes jurídicos y deberían tener asignada una pena inferior que la de aquellos delitos que tienden específicamente a la protección de los mencionados intereses, considerando que determinados atentados llevan efectivamente implícitos el ataque en contra de la libertad de la víctima.

Los fundamentos de esta especialidad derivan del peso específico de la sexualidad en la vida de los hombres, se trata de la especial vinculación de la sexualidad con la esfera personal de autorrealización de cada individuo y es éste matiz diferenciador el que los eleva como necesitados de un apartado especial frente a otras formas de lesión a la libertad no tan vinculadas a la autorrealización personal. Por otra parte, el sistema de los delitos contra la libertad no alcanza a cubrir todas las alternativas comisivas, circunstancia imprescindible para estructurar adecuadamente el sistema de los delitos sexuales. La necesaria diferenciación entre los medios o circunstancias comisivas, tanto por las diversas conductas realizadas como por las diversas modalidades de atentado a la libertad sexual quedarían poco definidas si se incluyeran estos comportamientos en el sistema de los delitos contra la libertad.<sup>81</sup>

Otra de las objeciones planteadas por el Profesor Rodríguez discurre sobre la imposibilidad de utilizar criterios estrictamente jurídicos para diferenciar la autonomía de la libertad sexual respecto de la libertad general señalando que no queda otro camino que recurrir a criterios éticos o socioculturales, es decir, se considera que la libertad sexual requiere una regulación propia porque según los cánones morales imperantes se estima más grave el atentado a la libertad cuando esta repercute sobre la esfera de la sexualidad que en otras áreas de la vida humana. En este sentido, creo que las razones de la especificación pueden comprenderse al asumir que toda regulación importa valoraciones jurídicas específicas, distintas al simple desvalor contenido en la acción o en el resultado, de manera tal que el injusto presente en la infracción las normas de conductas presentes en la regulación de los delitos sexuales es de verdad mayor que el contenido de injusto de las coacciones y amenazas porque ambos subsistemas importan distintas valoraciones. Lo que trato de exponer es que no puede considerarse la antijuridicidad solamente desde su relación con la norma imperativa, sino desde el

---

<sup>81</sup> Los fundamentos de esta especialidad fueron abordados arriba. Ver *supra* 4.2.1 c)

reconocimiento de la existencia de valoraciones jurídicas específicas distintas a la infracción del imperativo normativo y es cierto que estas valoraciones jurídicas pueden tener cierto contenido moral pero debemos reconocer que el hombre, en cuanto racional, es un ser moral.

Otra objeción más difícil de salvar la plantea el mismo autor al referirse a que “los actos de significación sexual no pueden ser equiparados en orden a su gravedad. Así, se considera que el acceso carnal es más reprobable que otros actos de la misma índole; que aquel reviste mayor gravedad cuando es impuesto mediante violencia que cuando es obtenido mediante engaño y por último que los menores deben merecer una protección especial en vista al efecto corruptivo que puede traer consigo su relacionamiento con personas sexualmente maduras. Estos matices no pueden ser explicados con el solo recurso de la libertad sexual. Frente a dos situaciones idénticas en cuanto a la forma en que se ha doblegado la voluntad de la víctima (por ejemplo, intimidación mediante un arma de fuego) pero diferentes en cuanto al acto ejecutado (acceso carnal en un caso, introducción de un miembro distinto de pene en otro) sencillamente no hay diferencia en lo que respecta a la lesión de la libertad sexual...”<sup>82</sup>

Aun cuando la observación ya no es pertinente por la modificación que sufrió el título VII y que, entre otros cambios, equipara las penas para todos los supuestos de acción sexual específica versus acción sexual agravada, lo cierto es que la diferencia de penalidad estuvo vigente desde 1999 hasta el 14 de enero del 2004, por lo que no basta con afirmar sumariamente que tal desproporción ya no rige. Para enfrentar la prevención me referiré primero a la libertad sexual como bien jurídico protegido y luego a los supuestos especiales.

Los criterios que nuestra legislación emplea al sistematizar los delitos sexuales son la edad de la víctima, el medio comisivo y la significación de la acción. Es imposible no estar de acuerdo con el profesor Rodríguez cuando plantea que porqué un mismo atentado a la libertad sexual merece penas distintas si la forma en que se obtuvo o verificó tal evento fue la misma (por ejemplo, intimidación con un arma de fuego). Más razonable parece ser la solución del Código Penal español que aplica iguales penas cualquiera haya sido la forma en que haya verificado el acceso- mediante introducción de objetos o no. Sin embargo, sólo puede deberse esta mala calificación a una deficiente técnica legislativa. De lege lata, ambos comportamientos afectan un mismo bien y por ende, deberían tener asignada la misma pena. De lege ferenda, esta diferenciación parece responder a criterios socioculturales que no contribuyen demasiado a la sistemática del Código.

He dejado el supuesto de los menores para el final y es que merecen especial atención. Proponer la libertad sexual como interés susceptible de protección del sistema de los delitos en estudio supone la asunción de tres premisas fundamentales. En primer lugar, la libertad sexual sólo tiene sentido cuando existe la capacidad de autodeterminación y ésta es una habilidad factible de ejercitar. En segundo lugar, el paso de una situación de relativa incapacidad de ejercicio de la autodeterminación sexual a

---

<sup>82</sup> RODRIGUEZ COLLAO, L., *Op cit*, p. 69. cabe anotar que la edición citada es del año 2000, fecha en que no se había modificado aún el Título VII.

otro estadio de completa autonomía no se produce de un momento a otro, si no que es producto de un proceso de maduración, conocido como pubertad. Y por último, la madurez sexual no se alcanza ( o no necesariamente) con independencia de la experiencia sexual.

Por esto me parece apresurado erigir como bien jurídico protegido en los delitos cuyo sujeto pasivo son los menores la libertad sexual. Es cierto que esta idea dota de un “continuum valorativo” al sistema pero es forzar mucho el argumento. Aún considerando que la libertad sexual se reconduce a ejercitar la sexualidad en libertad, y que en los supuestos de interacción sexual con menores también hay lesión a la libertad porque esta interacción no es libre, sea porque se contradice la voluntad de la víctima o porque no se le ha dado la oportunidad de manifestar su voluntad libremente o porque la víctima aun no es capaz de decidir o no lo será nunca ( menores e incapaces, respectivamente) me parece una petición de principio. Se ha sostenido que la libertad sexual de estas personas se protege prohibiendo todo tipo de conductas de contenido sexual respecto de quienes se sabe, *a priori*, quedarán en una situación carente de libertad y en segundo lugar, prohibiendo conductas sexuales que crean situaciones de imposible ejercicio de la libertad.

Sin perjuicio de los argumentos reseñados, es innegable e ineludible reconocer que hay algo más detrás del plus de protección dispensado a los menores e incapaces. Creo que insistir con la idea de la libertad sexual en estos casos no procede. La libertad supone ciertas capacidades factibles de ejercitar y los menores carecen de las mismas. Si lo que se pretende sostener es que el derecho penal está protegiendo la formación libre de traumas e interferencias abusivas de los menores, entonces parece más adecuado discurrir en otra dirección.

Los menores y los adultos se encuentran sujetos a una tutela diferenciada en el sentido que en el caso de los menores y otros supuestos especiales la intervención penal se revela más gravosa por cuanto los tipos que consagran las conductas punibles no especifican medios comisivos- de manera tal que la sola interacción es punible- y la pena asignada es mayor. Esta diferenciación conduce a pensar que no es posible identificar el bien jurídico en ambos casos y , de ser así, nos encontraríamos con que el sistema no posee un bien jurídico unitario. Ahora bien, contando con que la razón del Estado de esta tutela diferenciada viene dada porque su finalidad es propender a la formación libre de perturbaciones de la capacidad de autodeterminación de los menores, y no porque se adhiera a una tesis moralizante en virtud de la cual el Estado deba sostener una moral sexual prohibitiva via derecho penal, nos encontramos con que el objeto jurídico de protección es el derecho del menor de no sufrir interferencias en el proceso de formación de su personalidad en general y autodeterminación sexual en lo específico y la forma de garantizar esta ausencia de daños es a través de la indemnidad sexual.

No se trata de excluir del todo la libertad sexual del debate sino de comprender que los menores son merecedores de una protección adicional y que esta protección se funda en su indemnidad interpretada en clave de autodeterminación sexual, esto es, evitar los daños que pueda sufrir el menor en su proceso de desarrollo psico-sexual que devendrá en su autodeterminación. Este desarrollo es lo que ha de tenerse en cuenta al estructurar el sistema de los delitos sexuales y a virtud del mismo, la protección dispensada a los

menores impúberes y a los púberes tampoco es idéntica. Para el supuesto de los menores impúberes, cualquier intervención abusiva con ellos es merecedora de pena: el impúber no tiene derecho a la abstención sexual sino que está reconducida a ella. Por lo tanto lo que la ley protege es la intangibilidad de su sexualidad, que debe interpretarse como supuesto de su indemnidad, conectada sistemáticamente con la libertad sexual que se convierte en el principio de justificación de la intervención punitiva del Estado.

¿Por qué este trato diferenciado? Se considera a priori la intervención sexual con menores como merecedora de pena porque sabemos que la autodeterminación sexual no puede ser consentida válida o inválidamente, ella misma supone ausencia de abuso. Por lo tanto si se sostiene que el menor es incapaz para consentir lo que se esta haciendo es declarar de plano la afectación del bien jurídico en comento y no declarar irrelevante una causa de exclusión del carácter de injusto del comportamiento de que se trate. Así las cosas, lo más correcto desde un punto de vista analítico es erigir como interés protegido por el Estado, en el caso de los impúberes, el desarrollo libre de los presupuestos que posteriormente lo habilitarán para poseer y ejercer su libertad sexual.

El análisis sufre variaciones en el caso de los púberes. Cualquier intervención abusiva con un menor púber no es el fundamento de la pena. Lo que en realidad la justifica es el abuso de la inexperiencia del menor, desde el punto de vista de la autodeterminación sexual. Si el menor posee cierta experiencia sexual, es obvio que no merece la misma protección jurídico penal de quien no tiene este igual conocimiento. Es la condición personal del menor lo que justifica este merecimiento, sin que por esto se desvíe el objeto del proceso hacia el pudor sexual del menor. En otras palabras el engaño solo es relevante cuando el sujeto es susceptible de ser engañado acerca de la significación sexual de la interacción. Lo anterior queda claramente expuesto de la enunciación del medio comisivo del artículo 363 n° 4, a propósito del estupro: “cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual”. Entonces, si bien la ley considera por regla general la edad del menor como justificación de la pena en casos de intervención abusiva, el requisito de la inexperiencia es el presupuesto para la regulación del estupro y abusos sexuales menos graves. Todo medio comisivo del estupro es punible si y sólo si se abusa de la inexperiencia del menor.

En conclusión, creo que el objeto de protección del sistema es la libertad y la indemnidad sexual, concepto que dota de precisión necesaria al sistema, pues es notorio que existe un ámbito que supera el albedrío de los individuos. Si el sistema reconoce supuestos distintos debe reconocerse que existe una fundamentación para sostener la compatibilidad del binomio propuesto. Así si es el atentado a la libertad sexual lo que opera como presupuesto de la intervención penal, la lesión a la indemnidad sexual fundamenta específicamente esa intervención. De esta manera se compatibiliza la protección escalonada con el bien jurídico penal protegido: desde nula capacidad de ejercicio a total capacidad de decisión, pasando por el momento intermedio.

## CONCLUSIONES

1.- El derecho Penal de un Estado democrático no debe proponer como bienes jurídicos aquellos que tutelén meros intereses morales, sino al contrario, debe tenderse hacia aquellos valores que sin impedir el libre desarrollo de la personalidad de las personas, protejan esta esfera íntima de la sexualidad de intrusiones abusivas.

2.- Debe considerarse que lo que el derecho penal sexual prohíbe es la interacción forzada o abusiva y no la ausencia absoluta de interacciones, al menos en las hipótesis de sujetos adultos y capaces. Así, de la redacción de los tipos penales se desprende que lo atacado es la voluntad del sujeto, ya sea por fuerza, violencia o intimidación.

3.- Se reconocen otros medios o circunstancias comisivas en los supuestos de menores púberes e impúberes, de lo que se lee que no es idéntica la protección penal para cada segmento. En el supuesto de los menores impúberes se sanciona la interacción abusiva y en las hipótesis de impúberes, es punible toda interacción.

4.- De lo anterior entiendo que no es posible configurar como bien jurídico un solo valor que reúna todas las hipótesis contempladas por el sistema. Es por esto que propongo el binomio libertad-indemnidad sexual, de manera tal de cubrir las variables previstas, interpretando los preceptos desde la libertad sexual, en aquellos casos en que la víctima tenga posibilidades de titularidad, sin perder de vista la indemnidad del mismo sujeto. En aquellos supuestos en que el sujeto pasivo no pueda ejercer esa libertad, se satisface el criterio con la lesión a la indemnidad.

5. El sistema se divide en tres escalafones:

1. De 0 a 14 años: nula capacidad de decisión sobre la interacción. El objeto de protección es mantener indemne al menor, considerando que no tiene derecho a abstenerse sino que esa misma abstinencia es consecuencia de su capacidad personal. Las conductas típicas se estructuran sobre la interacción pues no hay circunstancia alguna que legitime la misma. Así, se considera que en este particular la indemnidad se traduce en la intangibilidad del menor

2.-Entre los 14 y los 18 años: Lo protegido es la ausencia de intervenciones abusivas y perturbadoras de la capacidad formativa. Un escalón más arriba que el nivel anterior, se reconoce que este sujeto puede consentir. Las conductas típicas se estructuran sobre el engaño acerca de la significación de la interacción, por la relativa incapacidad de decisión. Desde la perspectiva libertad-indemnidad, este proceso de desarrollo de la libre autodeterminación sexual se tutela desde la ausencia de daños de la misma.

3.- Desde los 18 años: Plenamente capaz para consentir en una interacción sexual. El objeto de protección es el ejercicio de la sexualidad en libertad y por ende, sin daño injusto (esto es no consentido). Las conductas típicas se satisfacen no con el consentimiento logrado mediante engaño, toda vez que se presume que no puede engañarse a un mayor de edad sobre la significación sexual de una interacción, sino mediante la verificación de circunstancias comisivas específicas : coerción grave, abuso de incapacidad de resistencia o de ejecución.



# CAPITULO TERCERO. El daño derivado de los atentados a la libertad e indemnidad sexual

## 1.-Planteamiento

El ataque a la libertad sexual importa una de las agresiones más radicales que puede sufrir un sujeto. Lo que se afecta es un ámbito personalísimo e íntimo y no hay duda que una experiencia de esta índole es traumática. Como señalé en el capítulo anterior, la sexualidad es una de las esferas más estrechamente ligadas con el desarrollo personal de las personas y por eso que debería intentarse una reparación de los daños que ha sufrido la víctima como consecuencia del delito de que se trate.

La principal consecuencia del delito es la sanción penal. Sin embargo, parece que la respuesta punitiva del estado no es suficiente para reparar el daño sufrido por la víctima de un delito sexual. La depresión de víctima, los trastornos de ánimo, el padecimiento en su honra y consideración social no pueden ser reparados por el sistema penal, sin considerar la victimización secundaria que experimenta al relatar lo ocurrido y contestar las preguntas del fiscal y del defensor.

Establecida la libertad sexual como el bien jurídico protegido por el sistema de los delitos sexuales, es el daño que se produce como consecuencia del ataque a este bien jurídico el que justifica la pretensión indemnizatoria. Si comprendemos que los bienes jurídicos son aquellas condiciones de la vida social que afecten las posibilidades de participación de los individuos en la misma, resulta que aquellas condiciones deben ser consideradas como fundamentales y no basta con la enunciación de mandatos formales o valores puramente morales. La participación aludida no debe entenderse como intervención activa en la vida colectiva, sino como la posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad respecto de los demás<sup>83</sup>. En esta línea, la libertad sexual entendida en el sentido expuesto en el capítulo anterior, aparece como la posibilidad de disponer de la propia sexualidad y como el derecho a no verse envuelto en un comportamiento sexual sin consentimiento.

Junto a la libertad sexual he posicionado el valor de la indemnidad sexual en pos de dotar de cohesión al sistema para los supuestos de menores e impúberes. Esta indemnidad sexual, comprendida como la posibilidad de mantener la esfera sexual libre de daños o traumas que incidan en el normal desarrollo del individuo, contribuye a facilitar la comprensión acerca de la pertinencia de la acción indemnizatoria, que se perfila como coadyuvante en el proceso de reparación del individuo.

## **2. EL DAÑO INDEMNIZABLE EN LOS DELITOS SEXUALES**

El fundamento de la responsabilidad sexual es el daño. En el capítulo primero indiqué que tal responsabilidad no deriva del delito en cuanto tal ni del delito como daño. Este daño, provocado como consecuencia de la verificación de los presupuestos típicos, afecta el bien jurídico que el derecho tutela y respalda la pretensión penal estatal. Del mismo modo, este daño es la piedra angular del sistema de la responsabilidad civil.

En el sistema de los delitos sexuales, el bien jurídico está compuesto por el binomio libertad-indemnidad sexual, de manera tal que la concurrencia de los supuestos típicos lesionará aquella personal esfera del individuo. En este orden y siguiendo la categorización planteada en el capítulo primero, si atendemos a la naturaleza del ente lesionado o a sus consecuencias, ambas se encuadran en el ámbito personal del individuo. La libertad e indemnidad sexual, vulneradas ambas por esta clase de ilícitos, no pueden considerarse como bienes patrimoniales y las consecuencias de este daño -sufrimientos, dolor, angustia, depresión- tampoco.

Puede concluirse que el daño provocado es, a todas luces, un daño del tipo extrapatrimonial, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de daño patrimonial en clave de daño emergente en aquellos supuestos que requieran de un tratamiento para tratar los padecimientos de la víctima. Podría incluso considerarse la posibilidad de lucro cesante

---

<sup>83</sup> Cfr. MIR PUIG, S. *Ob cit*, pp.124-126

por eso que la víctima dejó de percibir si es que el atentado fuere de tal magnitud que haya quedado imposibilitada para seguir con sus actividades remuneradas, ya por depresión o lesiones.

En España, la 2ª sala del Tribunal Supremo ha fallado con fecha 16 de mayo de 1998, por un caso de violación, que “el daño moral [...] sólo puede ser establecido mediante un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa (sic) de la víctima, por la cual deberá atenderse a la naturaleza y gravedad del hecho, no siendo necesario que ese daño moral, consecuencia misma del hecho delictivo no se olvide, tenga que concretarse en determinadas alteraciones psicológicas o patológicas”<sup>84</sup>.

La sentencia citada pone de relieve que el daño moral se presume sufrido, sin necesidad de probar la efectiva presencia de alteraciones sico-patológicas. Se sostiene en este punto que el daño moral no requiere prueba, sin perjuicio de la necesidad de acreditar la ocurrencia del hecho lesivo. Con todo, es de difícil ocurrencia que tras una violación no queden secuelas en la psiquis del sujeto, considerando que al lado de la libertad sexual debe comprenderse siempre a la indemnidad.

En esta materia, puede afirmarse que todo atentado a la libertad sexual acarrea importantes consecuencias. En primer lugar, dada la íntima vinculación entre la personalidad, en el sentido de autodeterminación del individuo y la libertad sexual, el efecto es patente. De los informes psicológicos efectuados a las víctimas se advierte la presencia reiterada de sensaciones de repugnancia, suciedad y sentimientos de culpa acompañados de una marcada disminución del autoconcepto además de características del síndrome de stress post-traumático como pérdida de apetito, dificultad para conciliar el sueño y pensamiento rumiante. Ahora bien, se ha señalado que todo trauma, si bien irreversible, es susceptible de ser reparado.

Algunos autores inscritos en la escuela del análisis económico del derecho como BECKER y POSNER sostienen que el daño moral en estos casos encubre otro daño que consiste en el empeoramiento de la posición de la víctima en el mercado matrimonial o paramatrimonial. En este sentido se habría pronunciado la jurisprudencia española en Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de septiembre de 1979 que condenó a reparar no solo el daño originado por el ultraje al pudor y recato que supusieron para la víctima los “tocamientos impúdicos”, sino por haberse visto privada arbitrariamente del “signo de su virginidad”- “signo material del honor femenino”<sup>85</sup>

La jurisprudencia nacional ha fallado que “se entiende el daño moral como la lesión o agravio, efectuado culpable o dolosamente, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial o inherente a la persona”<sup>86</sup>. De manera tal que aun manejando un concepto restringido de daño moral, como el que discurre sobre la base de “lesión a derechos subjetivos extrapatrimoniales” y no a intereses legítimos del titular sería igualmente

---

<sup>84</sup> En GOMEZ POMAR, FERNANDO, “Daño Moral” en *Revista Indret*, n° 1, 2000, Barcelona, [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1990, *Gaceta Jurídica* n° 123, sent 7ª, pag. 47

procendente una indemnización por daño moral, argumentando que la libertad sexual es un derecho subjetivo extrapatrimonial, que de acuerdo a la teoría del interés de Ihering, el derecho subjetivo comprende dos elementos: uno material, consistente en la utilidad o goce, y otro formal, constituido por la protección jurídica dispensada.

En nuestro país, tradicionalmente se han admitido indemnizaciones por daño moral en aquellos casos en que el daño patrimonial es mínimo, escasa jurisprudencia se ha pronunciado acerca del daño moral provocado por los atentados a la libertad sexual, debido en parte a la timidez de las víctimas y la práctica forense chilena.

Pero los tiempos cambian y también las demandas de las víctimas. El desarrollo que ha sufrido el derecho de daños en otras latitudes ha terminado por imponerse en nuestro país y se ha entendido que quien ha sufrido la agresión derecho a una reparación total, de manera que ya no basta con la aplicación de la pena privativa de libertad, es necesaria una reparación pecuniaria que haga las penas más livianas y que constituya, por que no decirlo, una pena privada que afecte una de las esferas más valoradas por el ser posmoderno: su economía.

Uno de los casos más sonados ha sido el del sacerdote Andrés Aguirre, también conocido como cura Tato, acusado de dos delitos de estupro y nueve de abusos deshonestos cometidos en menores asiduos a su parroquia de Quilicura. La magistrada del 16° juzgado del Crimen de Santiago condenó al prelado por los delitos mencionados, además de obligarlo al pago de 50 millones de pesos por daños, instituyendo al arzobispado de Santiago como obligado solidariamente al pago. La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo sendas apelaciones presentadas por la defensa del sacerdote, por los querellantes y por el Arzobispado, en cuanto a la acción civil, mantuvo la decisión del tribunal de primera instancia en cuanto considerar al Arzobispado como responsable solidario, confirmó la decisión del tribunal a quo referente al rechazo de la acción civil deducida por dos querellantes pero revocó la sentencia en la parte que acogía las alegaciones de la defensa tendientes a rebajar el monto de la indemnización por considerar que los padres expusieron imprudentemente al riesgo a las menores, de tal suerte que el monto de la indemnización quedó fijado en cien millones de pesos “por los perjuicios sufridos por las menores individualizadas”

También fue titular de periódicos la medida precautoria de embargo de bienes efectuada por el diputado Walker en el caso Spiniak, para asegurar las responsabilidades pecuniarias que deriven del ilícito.

En Punta Arenas, recientemente se ha interpuesto una demanda de 111 millones de pesos en contra del Obispado de esa ciudad, por los padres de un menor víctima de abusos sexuales por parte del sacerdote diocesano Víctor Hugo Carrera, quien se encuentra procesado y en libertad bajo fianza.

Se advierte un alza en el ejercicio de acciones civiles, por lo menos por parte de los querellantes particulares en el nuevo proceso penal. Con todo, la procedencia de acuerdos reparatorios está proscrita para los delitos que aquí se tratan por cuanto no afectan bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial ni consisten en lesiones menos graves o delitos culposos y la interpretación mayoritaria excluye a los delitos sexuales del ámbito de aplicación de los acuerdos reparatorios<sup>87</sup>.

Se ha señalado también que no ha lugar a un acuerdo reparatorio en estos supuestos atendiendo a la gravedad de los mismos y a la circunstancia que el consentimiento prestado no sería libre y espontáneo debido a que muchos de estos delitos se cometen por sujetos cercanos a la víctima, inscribiéndose dentro de situaciones de violencia intrafamiliar, violencia que “distorsiona la voluntad para acceder a un acuerdo que renuncie a la posibilidad de llegar a un juicio”<sup>88</sup>

### 3. FUNCIONES DE LA INDEMNIZACIÓN

La imposibilidad de avaluar económicamente la lesión de la libertad sexual enlazada con la especial configuración de la misma, en cuanto esfera íntima y privada del individuo promueve cierto recelo a considerarla como daño susceptible de ser indemnizado. Los requisitos del daño indemnizable son: causar un perjuicio, pérdida o menoscabo, recaer sobre derechos o intereses de una persona y ser , de alguna forma, susceptible de resarcimiento. Este derecho al resarcimiento, instrumento por el cual opera la responsabilidad civil muestra ciertas características especiales al enfrentarse al daño no patrimonial, lo que deriva de la peculiar relación entre el dinero y los bienes / intereses jurídicos carentes de valor pecuniario.

Cualquiera sea el monto de la indemnización no puede pretenderse con ésta reestablecer al sujeto al mismo estado en que se encontraba antes del suceso. Son casos en que la esfera personal del sujeto ha sido afectada, por lo tanto la indemnización puede revestir características de pena privada o de simple función reparatoria, otorgándole medios a la víctima para hacer más liviana la carga que ha de soportar.

Se ha señalado, tanto en jurisprudencia como en doctrina, que al determinar el monto de la indemnización debe atenderse a criterios tales como las facultades económicas de los sujetos, la gravedad de la culpa y la intensidad del ilícito, otorgando a la indemnización características retributivas o de pena privada. Sobre este punto volveré más adelante.

De lo que se trata es de descubrir que función cumple o podría la indemnización otorgada a título de daño moral, si puede concebirse como efectiva reparación, como pena privada o cumpliría a la vez fines compensatorios y punitivos<sup>89</sup> . En lo que sigue se expondrán las distintas funciones de la indemnización referida al daño moral

---

<sup>87</sup> Existe solamente un caso de acuerdo reparatorio por delitos sexuales en la VII región, suscrito en el 2002, citado en CASAS BECERRA, LIDIA y MERA GONZALEZ-BALLESTEROS, ALEJANDRA, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena...*, p.52

<sup>88</sup> Ibid. p. 46

<sup>89</sup> cfr. GARCIA LOPEZ, RAFAEL, *op.cit*, pp.99 y ss.

### 3.1. La imposibilidad de reparar el daño no patrimonial con suma de dinero.

---

Para los exponentes de esta teoría <sup>90</sup>, llamada *teoría negativa*, los daños no patrimoniales no afectan ni directa ni indirectamente el patrimonio, de tal suerte que los objetos dañados, libertad e indemnidad sexual y los daños derivados, honor, honra, autoconcepto, autodeterminación, al no gozar de naturaleza exterior, no tienen existencia jurídica. El resarcimiento supone la posibilidad de una evaluación precisa del daño, lo que exigiría que el daño sea siempre patrimonial. Así, en los supuestos de daño no patrimonial, no es posible efectuar una relación equivalencial entre el valor del bien dañado y una suma monetaria. ¿Cómo podría medirse el dolor o el daño no patrimonial en general y exponerla en determinadas unidades de medidas? Y asumiendo que si se logra ¿cuáles serían las unidades idóneas?

Se desprende que:

Se considera inmoral la entrega de dinero como indemnización por daño no patrimonial. Partiendo de la premisa que el daño no patrimonial es inconmensurable en dinero, toda pretensión que tienda a su compensación en dinero supone una evaluación pecuniaria del mismo y una particular tasación. En este punto reacciona BAUDRY-LACANTINERIE en la obra citada sosteniendo que “sería escandaloso que se pudieran discutir ante al juez el honor, los efectos más sagrados, los dolores más dignos de respeto”. Creo que es más reprobable pasar por alto esos mismos dolores y olvidar la trascendencia que pueden tener para la vida próxima de la víctima del daño de que se trate. Es cierto que los daños no patrimoniales no pueden ser evaluados y ni siquiera tasados, lo que se pretende con la indemnización es aligerar la vida para quien ha tenido que soportar una dura carga y el dinero no pretende reestablecer el estado de las cosas al estado anterior al accidente sino solamente procurar algunos medios a la víctima para que pueda tener otras satisfacciones.

b) Como el daño no patrimonial se refiere a bienes que no son evaluables pecuniariamente, no sería admisible la pretensión restitutoria por lo que toda asignación pecuniaria devendría en un enriquecimiento injusto. En este punto cabe señalar que no podría tratarse de enriquecimiento sin causa pues la fuente de esta obligación es el ilícito cometido, por tanto su prestación no es carente de causa ni ajena a derecho.

c) La inconmensurabilidad de los daños morales acarrea la arbitrariedad de toda suma que se otorgue.

### 3.2. Teoría de la pena privada

---

Esta teoría se basa en dos pilares fundamentales. De un lado, la condena pecuniaria a favor del perjudicado moral y de otro la imposibilidad de que pueda tratarse de un

---

<sup>90</sup> GABBA, *Questione di Diritto Civile*, Torino, 1989 y *Nuove questioni di Diritto Civile*, Torino, 1985. También BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato Teorico Practico Di Diritto Civile*, Milano 1904, ambos en GARCIA LOPEZ, RAFAEL, *Op.cit.*, p.105

verdadero resarcimiento del daño moral. La noción reparación o resarcimiento supone la entrega de una cantidad de dinero eficaz en cuanto reparación del daño, considerando que ese importe representa el bien lesionado.

Así ponderadas las variables, es claro que el puerto lógico de este razonamiento sea excluir la función resarcitoria de la suma de dinero porque evidentemente ésta no podrá consolar al padre cuyos hijos han sufrido un grave accidente ni quien ha sido herido en su autoestima sentirá alivio por el hecho de recibir una indemnización.

A primera vista podría aparecer que esta teoría coincide con la teoría negativa expuesta en el apartado anterior, sin embargo, tanto la jurisprudencia como la practica legislativa aceptaban paulatinamente la idea de otorgar al perjudicado moral una suma de dinero, motivadas por razones de justicia.

RIPERT indica en su obra *“La regle morale dans les obligations civiles”*: “Lo que mira en realidad la condena no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor. Los daños y perjuicios no tienen aquí carácter resarcitorio sino carácter ejemplar. Si hay delito penal, la víctima pide que se agregue algo a una pena pública insuficiente o mal matizada; si no hay delito penal, la víctima denuncia al culpable que ha sabido deslizarse entre las mallas de la ley penal.” Hay pena privada porque es preciso pronunciar la pena desde el prisma de la reparación<sup>91</sup>

La justificación de la reparación aparece cercana al ofensor y no a la víctima: no es un resarcimiento sino una pena civil, impuesta ejemplarmente a quien ha lesionado un interés. La pena civil persigue un fin similar al de la pena pública, conminatorio o intimidatorio. La víctima recibe una suma de dinero pero lo que en realidad persigue es culpabilizar al ofensor, en otras palabras, la indemnización es el precio de la culpa.

Algunos ordenamientos, sobretodo los de corte anglosajón, contemplan expresamente la posibilidad de que la indemnización cumpla fines de pena privada a través de los *daños punitivos* o *punitive damages*. En todo caso, se restringen su aplicación para los casos previstos. Otras legislaciones como la italiana, limitan la indemnización por daños no patrimoniales sólo a aquellos casos en que este daño se provocó por la comisión de un delito, marcando esta indemnización con una clara intención punitiva.

Parece difícil trasladar el esquema de los daños punitivos a los países con tradición de las codificaciones. Por otro lado, el sistema de la reparación como pena privada no aparece libre de observaciones.

No hay justificación suficiente que permita establecer como pena privada la concesión de una indemnización. Si se ha concedido una suma de dinero por concepto de daños morales no parece equitativo ni justo que la víctima reciba una cantidad mayor, porque en ese supuesto se estaría enriqueciendo. Por lo demás si se atiende al elemento subjetivo de la culpa para la determinación del monto de la indemnización, aquellos casos en que el agresor participe con un grado mínimo de negligencia supondrían una indemnización relativamente baja sin atender a los resultados lesivos. En otro orden, un grado de culpa cercano al dolo con consecuencias lesivas mínimas importaría una

---

<sup>91</sup> Citado en GARCIA LOPEZ, RAFAEL, *op. Cit.* p.107

indemnización cuantiosa.

Por otra parte, la imposición de una pena solo debe darse en el marco de un procedimiento en que el inculcado goce de las garantías constitucionalmente previstas. Reconociendo la posibilidad que sea el juez del crimen el que conozca de la pretensión resarcitoria de la víctima, tampoco es justo que además de la sanción prevista por el ordenamiento penal se le aplique una pena privada por infracción al *ne bis in idem*, sin perjuicio de que pueda considerarse como delito civil por el solo hecho de concurrir daño y constituir así una entidad distinta. Como sea, las normas sobre responsabilidad civil no pueden extenderse más allá del daño efectivamente causado, por muy reprochable que haya sido la conducta del agresor.

Las objeciones apuntadas se refieren en definitiva a la imposibilidad de considerar el resarcimiento de daños morales única y exclusivamente como pena privada. Creo que primero cumple una función satisfactoria y luego, por añadidura, podría reconocérsele cierto rasgo sancionador.

### **3.3. La función satisfactoria de la indemnización**

---

Considerando que la reparación tiene por objeto restituir al perjudicado en un estado igual o similar al que poseía antes de sufrir el evento dañoso y la misma imposibilidad de ejecutar esta operación en los casos del perjudicado moral, se habla en estos supuestos de resarcimiento.

La dificultad de reparación de los daños morales viene dada por la naturaleza de los intereses afectados. Al contrario, en algunos supuestos de daños patrimoniales puede aceptarse la reparación *in natura* que recae sobre el mismo objeto dañado con claro carácter restitutorio. Sin embargo, algunos autores, entre ellos García López, indica que en algunos supuestos de daño moral la reparación natural o específica tendría aplicación y en la medida en que fuera procedente sería necesario aceptarla. En casos de delitos contra el honor, prototipo del bien respecto del cual es propia este tipo de reparación, se configuran como medios idóneos para hacerla efectiva la publicación de un desmentido en el periódico en caso de injurias, la retractación pública y la publicación de la resolución judicial que condena al ofensor.<sup>92</sup>

Otros daños también podrían ser reparados de esta manera, como por ejemplo las lesiones físicas que se rehabilitan mediante los tratamientos médicos adecuados. Podría mencionarse también la rehabilitación que se produce como resultado de un tratamiento psicológico o psiquiátrico, que no hace más que reestablecer la integridad psíquica del perjudicado. La condena al causante de estos daños a abonar el importe del tratamiento no cambia la naturaleza de la reparación, aunque debe anotarse que esta especie de reparación debe ser considerada en sede de daño emergente y no como reparación del daño moral. En estricto rigor se trata de reparación específica toda vez que al sujeto no le es indiferente haber sufrido el daño y ser tratado por los profesionales especializados que no haberlo sufrido. De los supuestos que nos ocupan aparece que el daño no patrimonial,

---

<sup>92</sup> cfr. GARCIA LOPEZ, R, *op. Cit.*, p.114



constituido por las lesiones o traumas psicológicos pueden ser reparados por tratamientos aptos pero no eliminarán la experiencia.

La dificultad para proceder a la reparación específica o in natura de los daños no patrimoniales conduce a considerar al dinero como elemento equivalente. Al resarcimiento es “aquella modalidad reparatoria que contempla al bien dañado no para reintegrarlo en si mismo, sino para sustituirlo por un valor pecuniario”<sup>93</sup>

Siguiendo con la clasificación expuesta en el capítulo Primero, los daños no patrimoniales carecen de una valoración económica por integrar la esfera personal del sujeto. Así no hay una relación directa entre la función equivalencial del dinero y el daño en si, sin embargo, la teoría de la función satisfactoria de la reparación enlaza estos conceptos, dinero y daño moral

El dinero cumple una función cambiaria y una función valorativa. A virtud de esta última, puede sostenerse que el dinero es una herramienta para los fines personales de cada sujeto. Puede medirse la valoración económica de un bien en función del dinero, pero no puede determinarse el valor moral que éste derivará para el titular. El anillo de brillantes que el novio adquiere para su novia ciertamente puede valorarse pero el regocijo que sentirá cuando su enamorada acepte su proposición no es susceptible de evaluación pecuniaria. Lo mismo puede afirmarse del predio que compra el matrimonio adulto para pasar su vejez o el padre que regala a su hijo una bicicleta.

Puede incomodar a algunas conciencias considerar el dinero como medio satisfactorio para reparar el daño pero si bien es cierto no sirve para borrar los padecimientos o el daño, no puede desconocerse su aptitud para procurar al sujeto de otras satisfacciones que le permitan distraer su mente a fin de mitigar las penas.

En el campo de los daños morales debe considerarse el dinero en su vertiente satisfactoria y no en su función equivalencial, como ocurre en la reparación de los perjuicios patrimoniales. Esto se explica porque al tratarse de un bien no avaluable pecuniariamente no puede siquiera pensarse en equilibrarlo por medio del dinero, lo que se intenta es que se acceda a otros bienes o satisfacciones morales por medio del dinero. Es justo precisar que no se trata de acumular satisfacciones que se compensen con los padecimientos y así anular el daño. Esto importaría una desafortunada interpretación. De un lado se estaría imponiendo un tope ilusorio al daño y por otro supone que el pesar y angustia pueden de hecho ser mitigados por el disfrute de otros goces.

En los supuestos más extremos, como la pérdida de un ser querido, la pérdida de capacidades, habilidades básicas y otros, es evidente que el *vacío del bien perdido no podrá ser llenado nunca*, pero no puede dejar de reconocerse la posibilidad de que el sujeto que ha sufrido el daño experimente otros gustos, disfrute de otras satisfacciones o de nuevos bienes morales, lo que no ocurre con la exclusiva ejecución de la condena penal. Si se rechaza esta posibilidad, el resarcimiento de los daños morales perdería todo sentido, quedando el perjudicado atado a su sufrimiento; pero si se acepta que el hombre no queda detenido en el evento dañoso- y es a lo que debe aspirarse- y es capaz de disfrutar de nuevos goces, entonces es admisible la función satisfactoria del dinero para

---

<sup>93</sup> Ibid, p.119

la reparación del daño moral. De la reparación pecuniaria no resulta la abolición del daño, es necesario admitir que algunos ni siquiera se atenúan, pero otorga al damnificado el logro de una satisfacción aparte y distinta.

GARCIA LOPEZ , en la obra citada señala que "el valor compensatorio del dinero no se encuentra en el mismo, sino en el hecho de ser el dinero el medio o el instrumento para adquirir aquello que puede realizar propiamente la función compensatoria: otro bien moral [...] No hay que ser ingenuos y pensar que bienes patrimoniales y morales conforman compartimentos estancos, porque el idealismo y espiritualismo no nos han de impedir ver que los bienes patrimoniales pueden servir a fines que se alejan de todo materialismo y que, en definitiva, una cosa es que los bienes patrimoniales sean materiales y otra que su utilización se califique de materialismo: todo dependerá de la educación, sentimiento y valores que tenga quien los posea, y del uso a que los destine"

### **3.4 La función punitiva y satisfactoria de la indemnización**

---

Algún segmento de la doctrina alemana reconoce en la indemnización concedida por daño moral una doble función punitiva y satisfactoria. Esta teoría encuentra su origen en la objeción formulada a la consideración de la indemnización como satisfacción en este sentido: el perjudicado acostumbrado a un alto nivel de vida exigiría una indemnización notoriamente mayor que una persona de nivel medio. Esta objeción permitió entender que, en todo caso, la suma otorgada como indemnización tiende a proporcionar al perjudicado una satisfacción por la aflicción o por la ofensa que se le causó. A resultas de esta idea la indemnización debía otorgarse en virtud de la injusticia cometida en su contra, trasladando el eje desde el perjuicio sufrido hacia la mayor o menor culpa del agresor. Considerar el elemento subjetivo de la culpa del agresor para determinar el monto de la indemnización, excluye la posibilidad de reparación in natura en los supuestos en que pudiere verificarse y se alteraría el monto de la indemnización en aquellos casos en que claramente tendría aplicación como satisfacción. La función compensatoria y punitiva se excluyen mutuamente como criterios para determinar la cuantía del daño: o se atiende al daño sufrido o a la culpa del agente, pero atender a ambos atentaría contra la seguridad jurídica, porque podrían verificarse supuestos de mínimo daño pero negligencia rayana en el dolo, o a la inversa, entonces surge la duda de que criterio prevalece al momento de fijar la indemnización.

No puede obviarse que en el fuero interno del ser humano habita cierto germen vindicativo pero este hecho no puede ser fundamento para convertirlo en derecho para el perjudicado.

## **4. CRITERIO JURISPRUDENCIA NACIONAL**

La tendencia jurisprudencial tiende a otorgar a la indemnización por daño moral un carácter retributivo o punitivo del ilícito. Esto significa que para determinar el monto de la indemnización se consideran las facultades económicas del agresor y de la víctima, la

gravedad de la culpa y la intensidad del ilícito.

En esta línea se pronuncia la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo del 6 de julio de 1925 indicando que debe considerarse “la naturaleza y extensión del daño” y el “grado de culpabilidad de los autores”<sup>94</sup>

El mismo Tribunal, con fecha 4 de octubre de 1961, considera la gravedad de las ofensas dirigidas contra la honra de la víctima y las facultades económicas de la demandada<sup>95</sup>. En sentencia del 4 de septiembre de 1991, considera la extensión del daño y las facultades económicas del demandado<sup>96</sup>

## 5. DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO

A diferencia de los daños patrimoniales, que pueden valorarse de manera más o menos precisa, el sufrimiento físico y espiritual, la disminución de la calidad de vida o la baja en la autoestima no pueden cuantificarse con exactitud. Esto no obsta a que se otorgue indemnización con fines compensatorios, como se indicó en la sección anterior.

La determinación del quantum indemnizatorio queda entregada a la apreciación prudencial del juez. Así lo ha entiendo la jurisprudencia también.

1. Corte de Apelaciones de Rancagua, 18 de marzo de 1986: "Siendo el daño moral de orden espiritual y por lo mismo no susceptible de apreciación aritmética, precisamente corresponde al sentenciador fijar prudencialmente el monto de su indemnización ponderando los antecedentes del caso..."<sup>97</sup>

2. Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de octubre de 1950, confirmando la sentencia recurrida de primera instancia: "En cuanto a la regulación del daño moral, la sentencia recurrida establece en su considerando 6° que la regla contemplada en el art. 174 del CPC no tiene aplicación tratándose de esta clase de daños [...] por cuya razón debe el tribunal regular prudencialmente la reparación [...] .- Que, como lo dice la sentencia, la disposición del art. 174 no se refiere a la regulación del daño moral, porque las condiciones de carácter espiritual que lo constituyen no son susceptibles de ser evaluadas específicamente, por cuya razón debe el tribunal, a falta de ley que regule la estimación de estos perjuicios, recurrir a los principios de equidad que le permitan apreciarlos prudencialmente"<sup>98</sup>

3.- Corte Suprema, 14 de septiembre de 1987, al pronunciarse sobre un recurso de

<sup>94</sup> RDJ, Tomo XXVI, sec. 1ª, 1927, p. 141

<sup>95</sup> RDJ, Tomo LIX, sec. 4a, 1962 p. 25

<sup>96</sup> RDJ, Tomo LXXXVIII, sec. 4ª, 1991, p. 141

<sup>97</sup> RDJ, Tomo LXXXIII, sec. 4ª, 1987, p. 36

queja interpuesto contra sentencia de segunda instancia expuso que “el daño moral solo puede ser avaluado prudencialmente por el tribunal y la solicitud de un monto exacto por este concepto no impide la determinación distinta del tribunal para indemnizar tal perjuicio”.<sup>99</sup>

También se ha fallado que el hecho de no haber solicitado el demandante un monto determinado por indemnización a título de daño moral y luego haberse dado lugar a esta, no es causal de ultrapetita. Así se ha pronunciado la Corte Suprema, en fallo del 5 de Junio de 1986, indicando que es suficiente que el el petitorio de la demanda el actor indique que solicita que se le pague “la cantidad que el tribunal estime de justicia”<sup>100</sup>.

Son los jueces de fondo quienes tienen la facultad de fijar el monto de la indemnización pues, como tradicionalmente lo entiende la doctrina y la jurisprudencia, se trata de una cuestión de hecho, no revisable en casación, no obstante ha ocurrido en algunas oportunidades que la Corte Suprema revisa este monto conociendo de un recurso de queja<sup>101</sup>. Ahora bien, aunque se sostenga que la determinación del monto de la indemnización es facultad privativa de los jueces de fondo, nada obsta a recurrir de casación una sentencia por infracción de criterios normativos en la determinación del monto.

La jurisprudencia española distingue dos elementos en la determinación del quantum. Uno es la cuantificación y el otro las bases de la regulación. La cuantificación es la determinación de la suma y la bases de la regulación se refieren al establecimiento de los supuestos de hecho que sirven de fundamento para determinar la existencia y entidad del daño moral. Lo que no es objetable en casación es la cuantificación pero al proceder la revisión de las bases de la regulación, el quantum indemnizatorio puede verse afectado por apreciarse “falta de prudencia o elemental racionalidad en la determinación de la suma indemnizatoria”<sup>102</sup>

Se desprende de lo anotado que la determinación del daño moral depende enteramente de la discrecionalidad del tribunal que apreciaría “a ojo de buen cubero” la valoración del daño. La falta de criterios estables y permanentes, la escasa motivación de las sentencias y el otorgamiento de indemnizaciones globales, sin precisar que parte del monto satisface que clase de daño, acentúan esta aleatoriedad.

La valoración del daño moral debe ser un ejercicio practicado con ponderación de las

<sup>98</sup> RDJ. Tomo LII, 1954, sec. 4<sup>a</sup>, p.182

<sup>99</sup> RDJ, Tomo LXXXIV, 1988, sec. 4º, p. 137

<sup>100</sup> Fallos del mes, nº 131, sent. 5, p. 384. Creo, en todo caso, que la cantidad solicitada por el demandante debería considerarse como el límite para la apreciación prudencial del tribunal.

<sup>101</sup> Así, Corte Suprema, 9 de agosto de 1979, aumentó el monto de la indemnización, Fallos del Mes, Nº 249, sent. 3ª, p. 243; Corte Suprema, 5 de diciembre de 1979, Fallos del Mes, Nº 253, sent. 1ª, p. 463, Corte Suprema, 11 de Abril de 1995, Fallos del Mes, Nº 437, sent. 21, p. 210

<sup>102</sup> Cfr. GARCIA LOPEZ, R, op. Cit. P. 153

circunstancias de cada caso, pero ante situaciones análogas debe procederse congruentemente.

La Sentencia de la 2ª sala del Tribunal Supremo español advierte que la valoración de los daños morales debe hacerse "procurando a todo trance, no proceder de un modo mezquino, tacaño y cicatero minimizando las consecuencias lesivas del acto antijurídico, ni tampoco con prodigalidad ni generosidad insólitas, magnificando lo sucedido, desde el punto de vista económico, a un nivel de dilapidación o de derroche propios de quien no teniendo que abonar las cantidades señaladas no se percata, a veces, de lo desmedido y desmesurado de la indemnización señalada"<sup>103</sup>

## 6. CRITERIOS DE DETERMINACION<sup>104</sup>

La jurisprudencia se inclina por revestir a la indemnización de un carácter retributivo o punitivo por lo que atiende a las facultades económicas del ofensor y de la víctima, la gravedad de la culpa o intensidad del ilícito. También se atiende al poder económico del demandado (teoría del *deep pocket* del sistema norteamericano). Se discute en doctrina la legitimidad de esta consideración pues si contamos con que la indemnización no puede representar nunca enriquecimiento para la víctima y sólo debe resarcirla por el daño sufrido, al constituir la culpa un considerando se estaría atribuyendo un beneficio más allá del que le corresponde. Por otro lado, contemplar la posibilidad de los punitive damages importaría una explosión del sistema, con mega indemnizaciones y juicios por doquier. Ya no se contempla esta solución como respuesta a eventos sustancialmente dañosos si no como incentivo para demandar, recordando la responsabilidad de los abogados en esta situación.

Aparte de los criterios reseñados, los tribunales también consideran el perjuicio estético (RDJ Tomo LXXXI, 1984, sec. 2ª, pág 121; RDJ Tomo LXXX, 1983, sec 4º, pág 90), el cambio en las condiciones de vida de la víctima, edad avanzada, juventud, sexo femenino, exposición imprudente al daño.

En las indemnizaciones otorgadas por los delitos que nos ocupan, la jurisprudencia ha hecho especial mención al grado de parentesco y ala relación de cuidado observada. Ha omitido por otra parte consideraciones a la mayor o menor culpabilidad y en general alude al carácter subjetivo del daño extramatrimonial.

<sup>103</sup> Ibid. p. 154

<sup>104</sup>

Un tratamiento sistemático y exhaustivo efectúa LETELIER BOMCHILL MAX, "El daño moral derivado de los atentados a la integridad física de la persona: Titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la jurisprudencia", Memoria de Grado, 2001, Santiago, Universidad de Chile,



## CAPITULO CUARTO. JURISPRUDENCIA

Violación de mujer adulta

Ittre. Corte de Apelaciones de Rancagua, 5 de Septiembre de 2001, Revista Fallos del Mes, N° 504, sentencia 1ª, p. 3843

El tribunal de primera instancia absolvió al acusado por no haberse acreditado su participación en el delito de violación en contra de la querellante, desestimando la demanda civil por fundarse en los mismos hechos. Elevada la sentencia en consulta, se revoca el fallo, condenando al acusado por el delito de violación y acogiendo la demanda civil. Se impone al autor del delito el pago de una indemnización de 10 millones de pesos por daño moral consistente en el pesar por el ultraje, indemnización otorgada con fines compensatorios. La Corte funda su decisión en el Art. 2314 del CC. estableciendo que:

***“El daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza de la sicología afectiva del ser humano, de tal manera que puede decirse que este daño se produce siempre que un hecho externo afecta la integridad física o moral del individuo, y por lo tanto, la apreciación pecuniaria de éste debe considerarse por entero entregada a la apreciación discrecional del Juez [...] Que considerando el modo en que se produjeron los hechos, se determinará en definitiva, una cifra que proporcione alguna satisfacción compensatoria o en cierta medida neutralizadora de los males experimentados , esto es, el pesar moral por el ultraje sufrido”***

Esta sentencia fue posteriormente casada de oficio por la Corte Suprema pues al no haber apelado el querellante, carecía de competencia el tribunal de alzada para

pronunciarse sobre la acción civil, adoleciendo el fallo de ultrapetita.

Corte Suprema, 8 de noviembre de 2001, Gaceta Jurídica N° 259, p. 108

Conociendo de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el condenado en contra de la sentencia de alzada, resolvió negar lugar al recurso, confirmando el fallo del tribunal de segunda instancia, fallo que condenaba al acusado como autor del delito de violación en contra de mujer adulta, acogiendo la demanda civil y ordenando el pago de 3 millones de pesos por daño moral, sin pronunciarse sobre la naturaleza de la indemnización y sólo sobre los efectos dañosos pues los hechos “le significaron un ultraje en lo más íntimo de su ser, degradación y otros males, transformándola en una mujer con graves trastornos de personalidad, que le han obligado a estar sometida a terapia”

Violación frustrada

2° Juzgado del Crimen de San Carlos, 1 de Septiembre de 2001, Fallos del mes, N° 505, sentencia 4, p. 4647.

El Tribunal acoge la demanda civil intentada por la ofendida por el delito de violación frustrada, condenando al ofensor al pago de 3 millones de pesos por el daño moral sufrido por la autora. Basa su decisión en los Art. 2284, 2314 y 2319 del CC. Y en el hecho de estar suficientemente acreditado en autos el hecho punible en grado de frustrado y la participación del demandado, además de estar igualmente acreditado que la demandante fue objeto de un atentado sexual en plena vía pública. No se pronuncia el tribunal sobre el interés lesionado específicamente, pero debería entenderse que la indemnización se fundamenta en el sufrimiento espiritual y físico de la demandante, aludidos en la demanda civil.

Violación con resultado de muerte

Itre. Corte de Apelaciones de Talca, 3 de Julio de 2000, Fallos del mes N° 505, sent. 4, p. 4824

La sentencia de alzada revoca el fallo de primera instancia en cuanto éste aplicaba la pena de muerte para el delito de violación y homicidio, desechando la demanda civil que solicitaba una indemnización de 100 millones de pesos para cada padre a título de daño moral. El Tribunal de primera instancia, si bien reconocía que los padres han sufrido un padecimiento o sufrimiento extrapatrimonial, atiende también a la capacidad económica del hechor y a la “posibilidad de quedar vivo para responder de su daño civil moral”

La Itre. Corte de Apelaciones de Talca revoca el fallo rebajando la pena de muerte a la de presidio perpetuo y acogiendo la demanda civil ya que “está demostrado que los demandantes son los padres de la menor ofendida [...] razón por la cual deben ser indemnizados por la inmensa evidente y profunda aflicción que ello (la acción ilícita) les causó. Aunque la pérdida sufrida por ellos es irreparable y la vida que se quitó no puede ser avaluado en dinero, debe fijarse prudencialmente una suma [...] optándose por determinarla, en definitiva, sólo en \$100.000.000 para ambos”

Ex. Corte Suprema, 16 de marzo de 2000, Fallos del mes N° 496, sentencia 10, p. 284

La sentencia de primera instancia condena al autor del delito de violación al pago de



5 millones de pesos a cada padre. Apelada la sentencia la Corte de Apelaciones modificó el quantum indemnizatorio, ordenando al querellado a pagar \$2.000.000 al padre y \$3.000.000 a la madre. Recurrida este fallo de casación en el fondo, la Corte Suprema toma en consideración la relación de la víctima con sus padres y expone que “en lo referente a la demanda civil se le hará lugar pues es cierto que un hecho de esta clase tiene que haber causado, más allá de toda consideración, un intenso dolor a los progenitores de la víctima, no exento de sentimientos de culpa y remordimientos. Pero al fijar la cuantía, [...] ha de tenerse presente que en el proceso hay suficiente evidencia [...] que el menor xx se crió en el mayor abandono, vagando por las calles maltratado por padres que incluso lo enviaban a pedir limosna e incurriendo en violencia [...] En tales circunstancias, el daño moral experimentado por el demandante no puede en modo alguno ser de la magnitud que pretende. Por tales motivos se lo fijará únicamente en la cantidad determinada por el tribunal de alzada”

Corte de Apelaciones de La Serena, 11 de julio de 2000, Gaceta Jurídica N° 262, p. 130

Se deduce acción civil en contra del querellado que demanda el pago de \$90.000.000 de pesos a título de daño moral por el grave daño provocado al padre, a la madre y a toda la familia con ocasión de la violación de la menor. La Corte de Apelaciones señaló que en un delito de esta naturaleza, basta el hecho que un familiar directo, como lo es la madre, hubiere sufrido un daño moral para lograr su indemnización, encontrándose acreditado el hecho punible. Al no haberse justificado que quien decía ser el padre biológico, lo era efectivamente, se rebajó el monto de la indemnización a \$12.000.000 por el perjuicio sufrido por la madre.

#### Abusos sexuales

Ex. Corte Suprema, 2 de diciembre de 1998, Fallos del Mes N° 481, sentencia 8, p 2737

El 1er. Juzgado de Letras de Rengo había calificado el acto doloso como violación, acogiendo la demanda civil por lo que “a título de reparación de daño moral y psicológico” condenaba al autor al pago de \$5.000.000. Al recalificar el delito de violación a abusos deshonestos, la Corte Suprema reduce el monto de la indemnización a \$500.000.-

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, 10 de marzo de 2004, Boletín del Ministerio Público N° 19, Julio 2004

Condenando el señalado tribunal al acusado por la comisión de cinco delitos de abusos deshonestos y por trece delitos de violación reiterada, todos en contra de víctimas menores de edad, acoge la demanda civil interpuesta por el querellante particular en representación de diez de los menores afectados, condenando al acusado a pagar la suma de \$5.000.000. a todos y cada uno de los menores patrocinados por el acusador particular por concepto de daño moral. El demandante civil había solicitado el pago de \$10.000.000. a cada uno de sus diez representados argumentando que “los delitos de que han sido víctimas los menores les ha provocado a éstos un dolor en sus afectos, dolor que será imborrable e imperecedero, causándoles además un sufrimiento imposible de sobrellevar, un daño moral que no con todo el dinero del mundo se podrá mitigar”,

añadiendo que el daño debe ser resarcido por el acusado pues se debe necesaria e ineludiblemente a su actuar doloso. En el considerando 21, el Tribunal acoge estas alegaciones señalando que “Que, de la unión lógica de las probanzas rendidas en el presente juicio, tanto por el Ministerio Público como por el demandante civil, ha quedado plenamente acreditado que el acusado y demandado XX cometió los ilícitos que produjeron perjuicios a los ofendidos y que, a consecuencia de los tales, las víctimas y actores civiles y sus familias han experimentado un evidente sufrimiento, dolor, pena y angustia producto de los ilícitos perpetrados, tal como se dedujo del relato coherente de los propios menores ofendidos y de sus familiares que declararon en estrado” Entre las declaraciones consignadas que dan cuenta del dolor y sufrimiento causado por la comisión de los ilícitos, consideradas de relevancia por el tribunal pueden contarse las de los familiares, de peritos y de los propios menores. Finalmente, en el considerando 22° expone que “siendo el daño moral de naturaleza netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza afectiva del ser humano, la apreciación de la cuantía del mismo debe hacerse prudencialmente, teniendo para ello en cuenta, además de lo ya señalado, las circunstancias personales del acusado” refiriéndose luego a las labores que ha desempeñado y no a otras circunstancias, ni tampoco remitiéndose al dolo del sujeto, a la especial condición de las víctimas y ni aun al delito específico cometido en cada caso, toda vez que aun cuando se concedió la indemnización de perjuicios a favor de esos 10 menores, no todos fueron víctimas del mismo delitos: 8 fueron víctimas de violación y dos de abusos deshonestos, proceder ecuaníme según creo pues el daño extrapatrimonial radica en la psiquis de los menores y no cabe establecer diferencias arbitrarias según se haya afectado más o menos la integridad física de los sujetos pasivos porque en definitiva lo dañado es la indemnidad de los mismos.

Juzgado de garantía de Villarrica, 4 de octubre de 2002, RUC 9397-8 2001

El Ministerio Público, en audiencia solicitada para los efectos de plantear una salida alternativa, propone la suspensión condicional del procedimiento estimando que se cumplen los requisitos previstos para su procedencia. El tribunal consulta por el interés superior de la menor en este asunto, abusos sexuales, y el fiscal le explica que justamente se trata de evitar las plurales victimizaciones a que se ven enfrentados los menores con la judicialización de sus problemas. Se indica que se han tenido presente los informes presentados por la Unidad de Atención a Víctimas y Testigos y organismos especializados, estimándose más conveniente esta salida. Así, la evaluación de la víctima arrojó que ella no advertía una proyección futura en los hechos y los padres de la menor manifestaron su interés en evitar el juicio. El Tribunal decreta la suspensión del procedimiento estableciendo entre otras condiciones, el pago de \$40.000.- pesos mensuales, durante 30 meses, a título de indemnización de perjuicios.

Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 25 de agosto de 2003, R.I.T.050-2003

El tribunal condena al acusado por delito reiterado de abusos sexuales en contra de una menor de 7 años. La madre de la menor dedujo demanda civil en contra del acusado por al suma de \$5.000.000 de pesos por concepto de daño moral o la que el tribunal determine, en virtud de los hechos a los que se refieren las acusaciones fiscal y particular. El tribunal acoge la pretensión condenando al autor del delito mencionado pero disminuye el monto de la indemnización a \$1.000.000 de pesos, estableciendo en el

considerando 13° de la sentencia que “todo aquél que comete un delito debe indemnizar los perjuicios causados con su accionar delictivo y estando probada la calidad de madre de la víctima de la demandante, con el certificado de nacimiento de la menor introducido en la audiencia y el daño moral con la numerosa pericia psicológica y psiquiátrica recibida en el juicio, a la cual se ha hecho mención en extensión en el fundamento quinto del presente fallo, la que debe tenerse por reproducida y consistiendo el daño moral en la aflicción que el hecho provoca en la víctima del delito o en quien pide su reparación, sólo toca al tribunal regularlo de manera prudencial atendiendo a la efectiva calidad económico-social de las partes y a las circunstancias del hecho de manera que éste no constituya un enriquecimiento sin causa para quien lo recibe, sino una adecuada reparación de los sufrimientos inferidos, por lo que atendidas las referidas circunstancias, el tribunal acogiendo, con costas la demanda, lo regula prudencialmente en la suma de \$1.000.000.-, la que no devengará ningún tipo de intereses ni reajustes por no haber sido solicitados”. Entre las opiniones emitidas por los psicólogos y psiquiatras puede apuntarse que éstos estiman que agresión sexual le ha ocasionado a la menor un daño irreparable, puesto que después de un año aún se mantiene el cuadro de stress post traumático, siente su vivencia como algo que le cambia la vida y la hace muy diferente del resto, su madre no la protege y eso hace que el pronóstico sea muy malo, que la menor sufre un stress post traumático y un daño severo en el aspecto psico sexual y en fin que la menor ansiedad, excesiva contención emocional, angustia y episodios críticos de terrores nocturnos y pesadillas con el agresor y por las represalias que éste pudiera tomar, mucha rabia y su auto-estima muy disminuida con rasgos depresivos que la hacen sentirse una persona distinta de las demás, se siente rechazada por sus compañeros de colegio y ha bajado su rendimiento escolar, todas manifestaciones sintomáticas atribuibles a un abuso sexual, englobando en esta expresión todo acto inapropiado de un adulto para con un menor.

Tribunal de Juicio oral en lo Penal de Temuco, 13 de enero de 2003. RIT 097- 2002

El tribunal condena al acusado por el delito de violación y rechaza la demanda civil intentada por los representantes de la víctima, quienes solicitan se condene al acusado al pago de la suma no inferior a los \$ 10.000.000, por concepto de daño moral. El tribunal desestima la acción debido a que su petición no fue ratificada en la audiencia del juicio Oral por la demandante civil.

Tribunal oral en lo Penal de Antofagasta, 5 de Septiembre de 2003, RUC 88-2003

En la causa seguida por delito de abusos sexuales reiterados en contra de un menor, la defensa del acusado alegó la circunstancia atenuante contemplada en el art. 11 N° 7 del Código Penal, esto es, la reparación celosa del mal causado, sustentándola en los depósitos en la cuanta corriente del Juzgado de Garantía, consignaciones que realizó el acusado a favor del menor, y a fin de contribuir a los gastos que su atención psicológica implican. Los montos de las consignaciones, considerando la deplorable situación económica del acusado representarían el celo con se intentaría aminorar los efectos del delito. La fiscalía se opuso a la invocación de esta atenuante, considerando que en este tipo de delitos no procede la reparación celosa del mal causado, el que además por su naturaleza, -los daños y trastornos en la personalidad del niño que puede dejar como secuelas un ataque sexual – tienen una cuantía y extensión indeterminada, por lo que

mal podría repararse con los señalados depósitos. El considerando 22° de la sentencia expone el criterio del Tribunal Oral en cuanto no recoge el criterio de la fiscalía y señala que la doctrina mayoritaria ha considerado esta atenuante como una de carácter general, asumiendo también un fundamento de política criminal orientada por la victimología, que ha configurado esta atenuante *ex post ipso* admitiendo así, que la disminución de la responsabilidad no proviene de la disminución de la culpabilidad del hecho, sino que de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la comisión del ilícito, sin embargo rechaza la atenuante en el caso concreto debido a que el psicólogo admitió que el niño requeriría una terapia para contener los efectos del stress pos traumático, tratamiento que no podría ser cancelado con la consignación efectuada. Además el mal causado por el delito no puede identificarse con el daño psicológico inmediato sufrido por el niño, sino que también ha de comprender las secuelas en su desarrollo personal, el que ciertamente es de cuantía indeterminada. Considera igualmente que la reparación ha de ser suficientemente significativa y relevante, pues no se trata de conceder efecto atenuatorio a reparaciones aparentes, que sólo pretenden como fin inmediato, la aminoración de la pena, sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del mal causado. Sobre la entidad del mismo, indica que éste se vincula con los bienes jurídicos que mediante el establecimiento de la figura del abuso sexual de impúberes, se pretendieron resguardar. El niño tiene el derecho a gozar de una protección especial y disponer de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad y que en el caso de autos los bienes jurídicos efectivamente conculcados son la indemnidad sexual y el derecho al respecto de la dignidad del niño, los que no logran ser reparados con las consignaciones efectuadas por el acusado.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

1.- A pesar de que el sistema de los delitos sexuales no se encuadra desde un punto de vista normativo ni desde la praxis o los instructivos del Ministerio Público dentro de las alternativas propuestas por el código para suscribir a su respecto un acuerdo reparatorio o acordar la suspensión condicional del procedimiento, creo que debiera atenderse más al daño en si provocado por los delitos en cuestión, pues en algunas hipótesis someter a las víctimas a la continuación del proceso significaría una victimización mayor que de no seguirlo. Este criterio aparece recogido en el Oficio N° 148 del Ministerio Público que instruye sobre los criterios de actuación de los fiscales en el caso de niñas y niños, señalando expresamente que los fiscales deberán abstenerse de instar por la suspensión condicional en aquellos delitos que atenten contra la indemnidad de los menores salva la indicación primera o que la reparación obtenida tenga para la víctima un efecto más positivo que la continuación del proceso.

2.- Creo que la reparación, además de representar un legítimo beneficio para la

víctima, parece más sana en cuanto propende a la sanación de las lesiones psíquicas provocadas, fomenta el diálogo y la paz social, permite una auténtica resocialización del individuo y si agregamos otras condiciones previstas por el artículo 238 del Código Procesal Penal, se logra una mejor solución para la víctima, especialmente cuando la víctima se encuentra muy afectada por la agresión y la exposición a juicio podría afectarla aún más.

3.- No es fundamento suficiente el esgrimido por la Fiscalía Nacional en orden a prohibir la estipulación de la condición prevista en el art. 238 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, la consideración a la opinión pública. De acuerdo a lo que se expuso, la procedencia de una indemnización en este tipo de delitos responde a criterios jurídicos que se enlazan más con la efectiva reparación del daño sufrido que con la percepción pública del delito. Creo que en ciertos y determinados casos es más beneficioso para la víctima recibir una suma de dinero que le permita adquirir otros goces morales entendiendo entonces la reparación en su función satisfactoria, en contraste al perjuicio sufrido que insistir en un proceso doloroso, cuyo único triunfo consiste en la prisión del imputado vía exposición y revisión de los sucesos dañosos.

4.- La imposibilidad de suscribir un acuerdo reparatorio puede objetarse igualmente. El art. 241 del CPP señala que solo pueden referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial". La alusión a la patrimonialidad del bien restringe excesivamente la aplicación toda vez que existen delitos que atentan bienes jurídicos no patrimoniales que perfectamente podrían ser objeto de reparación. Lo que aquí subyace es la exclusión de los daños morales como susceptibles de ser indemnizados, en el sentido de que al legislador parece repugnarle la idea de reparar con una suma de dinero aquel daño inferido a bienes jurídicos no patrimoniales, de lo que deriva un daño moral. Si bien es cierto la libertad sexual no es un bien jurídico de carácter patrimonial, el oficio N° 038 sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios del 21 de enero de 2003 define este tipo de bienes jurídicos como "aquél cuya afección puede ser consentida o perdonada por su titular con efecto eximente o extintivo de la responsabilidad penal". Considerando que las afecciones a la libertad sexual revelan un atentado a la voluntad del individuo, no podría sostenerse que esta lesión puede ser consentida o perdonada, pero debe considerarse igualmente que el consentimiento válidamente emitido excluye el injusto en estos delitos. Así, en determinados casos de abusos sexuales en que el quebrantamiento de la voluntad no se hubiere verificado por medios comisivos extremadamente graves, podría estarse más a la voluntad de la víctima en orden a suscribir un acuerdo reparatorio que conduciría al efectivo reestablecimiento de la paz social, pues el autor reconocería la vigencia de la norma junto a la posibilidad práctica de otorgar a la víctima medios para recuperarse de la lesión.

5.- Considerando que los bienes jurídicos afectados por los delitos sexuales es el binomio libertad-indemnidad sexual, puede concluirse que siempre que nos encontremos frente a un ilícito de estas características se está afectando aquel derecho a permanecer indemne, esto es, libre de daños en consecuencia este daño debe ser reparado, lo que no siempre se alcanza con la condena del ofensor. Medidas destinadas a la mejora de ánimo del sujeto y el reestablecimiento de las fronteras de esa parcela denominada

“indemnidad” pueden lograrse positivamente con la estipulación de las condiciones previstas en el art. 248 del Código Procesal Penal, siempre y cuando el delito de que se trate no sea de tal entidad que obviar la sanción penal prevista para el mismo tolere esta salida.

# BIBLIOGRAFÍAS

## BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ALASTUEY DOBÓN, CARMEN; *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*; 2ª. Edición, Valencia, 2000

BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, “*Manual de Derecho Penal, Parte Especial, delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*” Madrid, 1989

BARROS BOURIE, ENRIQUE; *Curso de derecho de obligaciones, responsabilidad extracontractual* ;apuntes de clase Santiago, 2001.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, *Delitos contra la Autodeterminación Sexual*, Santiago de Chile, 2000

CARMONA SALGADO, CONCHA, *Los delitos de abusos de honestos*, Edit. Bosch, Barcelona, 1981 .

COBO DEL ROSAL, MANUEL, “El delito de rapto” en *Comentarios a la legislación penal, t. II, el Derecho penal del Estado Democrático*, Madrid, 1983

DIEZ-PICASSO, LUIS; *El derecho de daños*, Madrid, 1999

DIEZ RIPOLLES, JOSÉ LUIS, “El objeto de protección del Nuevo Derecho Penal

- Sexual”, en *Delitos Contra la Libertad sexual*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial 1999, p.217
- GARCÍA LÓPEZ, RAFAEL; *Responsabilidad Civil por daño moral, doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1990, p.60
- GRACIA MARTÍN, LUIS, BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL Y ALASTUEY DOBÓN CARMEN, “Las consecuencias jurídicas del delito” Valencia, 1º edición, 1996
- LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho Penal. Parte Especial*, Edit. Jurídica, Santiago, 1969, Tomo II,
- MIR PUIG, SANTIAGO; *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Reppertor, 6ª edición, Barcelona, 2002
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE, *Delitos contra la libertad sexual* Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995
- REGLERO CAMPOS, LUIS FERNANDO, “Conceptos generales y elementos de delimitación” en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2000
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS; *Delitos Sexuales de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley Nª19617 de 1995*; Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p.58
- SUAREZ RODRÍGUEZ, CARLOS, *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, Edit Aranzadi, Navarra, 1997
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA, “La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual” en *Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Edit. Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2000

## BIBLIOGRAFÍA ESPECIFICA

- CASAS BECERRA, LIDIA y MERA GONZALEZ-BALLESTEROS, ALEJANDRA, *Violencia de género y Reforma Procesal Penal chilena; delitos sexuales y lesiones*, Cuadernos de análisis Jurídicos, N° 16, 2004, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago.
- GOMEZ POMAR, FERNANDO, “Daño Moral”; *Revista InDret*, nº 1, Barcelona, 2000, [www.indret.com](http://www.indret.com)
- HERRERA MORENO, MYRIAM “VII. La problemática del bien jurídico protegido en la criminalidad sexual violenta” en *Violencia en la violación. Aspectos dogmáticos y victimológicos*, Junio 2002, [www.noticias.jurídicas.com](http://www.noticias.jurídicas.com)
- HORWITZ LENNON, MARÍA INÉS, Algunas formas de negociación en el proceso penal: Tendencias de derecho comparado, en *Revista de ciencias Penales*, Quinta época 1990-1993, tomo XL, N° 2
- LETELIER BOMCHILL MAX, “El daño moral derivado de los atentados a la integridad física de la persona: Titularidad de la acción y valoración del perjuicio en la



- jurisprudencia*", Memoria de Grado, 2001, Santiago, Universidad de Chile
- QUINTERO, GONZALO; CAVANILLAS, SEBASTIAN; DE LLERA, E.; *La responsabilidad civil "Ex delicto"*
- SAÍNZ-CANTERO CAPARRÓS, MARÍA BELÉN; *El ilícito civil en el código Penal*, Granada, 1997, p.95
- SILVA SANCHEZ, JESUS, "¿Ex- delicto? Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal", en *Revista InDret*, 2001, nº 03, Barcelona
- VALCARCE I, FABIÁN, El bien jurídico protegido en los delitos contra la integridad sexual, en *Portal de la Justicia*, [www.justiciamisiones.com](http://www.justiciamisiones.com)