



## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*
- OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid*
- TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España*
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia*
- RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)*

# MANUAL DE DERECHO PENAL CHILENO PARTE ESPECIAL

2ª Edición, corregida, reformulada y actualizada

Actualizada con las modificaciones legales introducidas hasta el 31 de enero de 2018, incluyendo las Leyes N° 20.013, de 6 de junio de 2017, que tipifica el nuevo delito de maltrato y N° 21.030, de 23 de septiembre de 2017, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales

**Dr. Jean Pierre Matus Acuña**

*Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Chile  
Abogado Integrante de la Corte Suprema de Chile*

**Mg. M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez Guzmán**

*Abogada Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago*

**tirant lo blanch**

Valencia, 2018

Copyright © 2018

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Jean Pierre Matus Acuña  
M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez Guzmán

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-9190-111-2  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# Índice

NOTA DE LOS AUTORES A LA SEGUNDA EDICIÓN .....	23
ABREVIATURAS.....	25
INTRODUCCIÓN. BIEN JURÍDICO Y CONSTITUCIÓN.....	27

## Capítulo 1 PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA VIDA

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	29
§2. HOMICIDIO SIMPLE (ART. 391 N° 2).....	30
A) Tipicidad.....	31
a) Autoría y participación.....	31
b) La víctima en el delito de homicidio y el problema de la prueba del homicidio en casos de desaparición forzada .....	31
c) La conducta homicida. Comisión activa.....	35
d) La conducta homicida. Comisión por omisión. Defensas .....	40
B) Problemas especiales de antijuricidad: eutanasia y limitación del esfuerzo terapéutico .....	43
a) Limitación del esfuerzo terapéutico (LET) .....	45
b) El problema de decidir la administración de medios de sobrevida artificial escasos ante demandas extraordinarias .....	47
C) Culpabilidad en el homicidio.....	47
a) El contenido del dolo homicida. Limitación de la defensa de falta de <i>animus necandi</i> por la aceptación del dolo eventual.....	48
b) Las defensas de homicidio preterintencional y de falta de previsibilidad absoluta .....	49
c) La presunción de voluntariedad y la exclusión del dolo en virtud de la defensa del error.....	50
D) <i>Iter criminis</i> y concursos .....	53
a) La defensa de faltar uno o más actos para consumir el delito (tentativa vs. frustración).....	53
b) El problema de la relación concursal entre el homicidio frustrado (tentado) y las lesiones producidas .....	54
c) Concursos entre diferentes figuras de homicidio .....	55
d) Homicidio y otros delitos comunes. Concursos con figuras complejas especiales e inhumación ilegal.....	55
e) Homicidio y uso de armas. (i) Prohibición legal de la defensa de consunción en el uso de armas de fuego y admisibilidad en el de otras .....	56
f) Homicidio y uso de armas. (ii) Concurso de homicidios múltiples .....	57
g) Homicidio y uso de armas. (iii) Regla especial de determinación de la pena. Limitación del efecto de la defensa de concurrencia de atenuantes.....	58
E) Penalidad .....	59
§3. HOMICIDIO CALIFICADO (ART. 391 N° 1).....	59

A) Las circunstancias calificantes del homicidio en particular .....	60
a) Alevosía .....	60
b) Premio o promesa remuneratoria .....	61
c) Veneno.....	62
d) Ensañamiento .....	63
e) Premeditación conocida .....	64
B) Autoría y participación: el problema de la comunicabilidad de las circunstancias.....	65
C) Culpabilidad en el homicidio calificado.....	65
D) Concurso de circunstancias .....	66
§4. PARRICIDIO (ART. 390).....	67
B) Tipicidad en el parricidio.....	69
a) Autores y víctimas .....	69
C) Conducta: el problema del parricidio por omisión .....	71
D) Culpabilidad .....	71
a) Sentido de la expresión “conociendo las relaciones que lo ligan” y la defensa del error.....	71
b) Muerte del maltratador causada por la mujer víctima de violencia intrafamiliar .....	73
E) Participación. Defensa de incomunicabilidad de las relaciones personales con el ofendido (Art. 64).....	77
§5. FEMICIDIO (ART. 390, INC. 2º).....	78
§6. INFANTICIDIO (ART. 394).....	79
A) Tipicidad.....	79
B) Participación .....	80
§7. AUXILIO AL SUICIDIO (ART. 393) .....	80
A) Tipicidad.....	80
a) Auxilio intelectual: el problema de la instigación al suicidio .....	81
b) Exclusión del auxilio al suicidio por omisión .....	82
B) Culpabilidad y condición objetiva de punibilidad.....	83
§8. HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA (ARTS. 392, 402 Y 403).....	83
§9. ABANDONO DE NIÑOS Y PERSONAS DESVALIDAS (ARTS. 347 A 352).....	86
A) Ubicación sistemática. Bien jurídico protegido y naturaleza de los delitos .....	86
B) Abandono de niños menores de siete años.....	87
a) La distinción entre abandono y exposición: la medida del peligro en el abandono de niños.....	88
b) Abandono por omisión .....	89
C) Abandono de personas desvalidas .....	89
§10. FALTA DE OMISIÓN DE SOCORRO (ART. 494 N° 14) .....	90
A) Bien jurídico protegido y discusión político criminal .....	90
B) Tipicidad, culpabilidad, participación e iter criminis .....	90

### Capítulo 2

#### PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO VOLUNTARIO EN TRES CAUSALES .....	93
§2. ABORTO VOLUNTARIO PUNIBLE (ARTS. 344, 342 N° 3 Y 345) .....	95

A) Tipicidad.....	95
a) Autoría .....	95
b) Objeto material: la vida humana dependiente anidada en el útero materno .....	97
c) Conducta .....	102
d) Circunstancia especial: el consentimiento de la mujer embarazada.....	103
B) Aborto voluntario no punible. Interrupción voluntaria del embarazo permitida por la ley (Art. 119 Código Sanitario) .....	104
C) Culpabilidad .....	105
a) El aborto voluntario requiere dolo directo .....	105
b) Error acerca de la existencia del consentimiento .....	106
c) El aborto <i>honoris causa</i> (Art. 344, inc. 2º) .....	106
D) <i>Iter criminis</i> .....	107
E) Participación .....	107
F) Concursos .....	108
a) El hecho que empieza como suicidio y termina en aborto .....	108
b) El hecho que comienza como aborto y termina en lesiones y muerte.....	108
§3. ABORTO NO VOLUNTARIO (ARTS. 342 N°1 Y N° 2) .....	109
A) Aborto no voluntario causado con violencia (Art. 342 N° 1) .....	109
B) Aborto no voluntario causado sin violencia (Art. 342 N° 2).....	110
C) El aborto sin propósito de causarlo (Art. 343).....	111
D) ¿Aborto culposo? La interpretación de la Corte Suprema sobre el sentido “autónomo” de la expresión “personas” en el Art. 490 .....	112

### Capítulo 3

## PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL (I). DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DÉFICITS NORMATIVOS .....	115
§2. LESIONES MENOS GRAVES (ART. 399).....	116
A) Tipicidad.....	116
a) Autores y víctimas .....	116
b) La conducta .....	117
B) Antijuridicidad .....	121
a) Defensas basadas en la intervención médica conforme a la <i>lex artis</i> .....	121
b) El consentimiento en las lesiones.....	124
c) El problema de las lesiones en el deporte y otros hechos socialmente tolerados.....	125
d) Supresión de la defensa de ejercicio legítimo del derecho de corrección .....	125
C) Culpabilidad, <i>iter criminis</i> y concursos.....	126
D) Penalidad. Agravaciones en las lesiones .....	128
§3. LESIONES AGRAVADAS POR LA DURACIÓN DE SUS EFECTOS (LESIONES SIMPLEMENTE GRAVES, ART. 397 N° 2) .....	129
A) Tipicidad.....	129
B) Culpabilidad. La exigencia de la administración “a sabiendas” en el Art. 398 .	131
C) El contagio de enfermedades de transmisión sexual. Defensas .....	131
§4. LESIONES AGRAVADAS POR SUS EFECTOS EN LA VIDA DEL OFENDIDO (LESIONES GRAVES-GRAVÍSIMAS, ART. 397 N° 1).....	132

§5.	LESIONES AGRAVADAS POR LA FORMA DE SU EJECUCIÓN (MUTILACIONES, ARTS. 395 Y 396) .....	135
	A) Tipicidad.....	136
	a) Castración (Art. 395).....	136
	b) Mutilación de miembro importante (Art. 396, inc. 1º) .....	136
	c) Mutilación de miembro menos importante (Art. 396, inc. 2º) .....	137
	B) Culpabilidad en las mutilaciones.....	137
	C) Penalidad y concursos .....	138
§6.	DELITOS DE MALTRATO (ART. 403 BIS) .....	138
	A) El delito de maltrato corporal simple, de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad (Art. 403 bis, inc. 1º).....	138
	B) El delito de maltrato corporal calificado de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad (Art. 403 bis, inc. 2º).....	139
	C) El delito de maltrato laboral de menores de edad (Art. 62 Ley Nº 16.618).....	140
	D) El delito de maltrato habitual en contexto de violencia intrafamiliar (Art. 14 Ley Nº 20.066) .....	141
	a) Tipicidad.....	141
	b) Reglas especiales para el tratamiento penal de la violencia intrafamiliar ....	143

#### Capítulo 4

### PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL (II). TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

§1.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	145
§2.	TORTURAS (ARTS. 150-A A 150-C).....	146
	A) Tipicidad.....	146
	B) Torturas agravadas por la clase de delito que se comete conjuntamente y sus resultados (Art. 150 B) .....	150
	C) Agravación adicional por aplicación de tortura en personas privadas de libertad (Art. 150 C).....	151
	D) Culpabilidad, <i>iter criminis</i> , participación y concursos .....	151
§3.	APREMIOS ILEGÍTIMOS Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (ARTS. 150 D Y F).....	152
§4.	SOMETIMIENTO A TRATOS DENIGRANTES (ART. 403 TER).....	152

#### Capítulo 5

### PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL (III): DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUALES

§1.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	155
§2.	VIOLACIÓN PROPIA (ART. 361) .....	156
	A) Conducta, autores y víctima .....	156
	B) Circunstancias. Las formas punibles de acceder a otro sin su voluntad.....	157
	a) Fuerza o intimidación .....	158
	b) Privación de sentido o aprovechamiento de la incapacidad para oponerse .	162
	c) El abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima .....	164
	C) Culpabilidad, <i>iter criminis</i> y participación.....	164
	D) Concursos .....	165



§3. VIOLACIÓN IMPROPIA (ART. 362) .....	166
§4. VIOLACIÓN CON HOMICIDIO (ART. 372 BIS) .....	167
§5. ESTUPRO (ART. 363) .....	168
A) Bien jurídico.....	168
B) Tipicidad.....	168
a) Abuso de anomalía mental, que no constituye enajenación (Art. 363 N° 1).....	169
b) Abuso de relación de dependencia y desamparo (Arts. 363 N°s 2 y 3) .....	169
c) Engaño (Art. 363 N° 4).....	170
§6. ABUSOS SEXUALES (ARTS. 365 BIS A 366 TER).....	170
A) Tipicidad.....	171
a) El problema de las circunstancias en los abusos sexuales propios (Art. 366).....	172
b) Abusos sexuales agravados (Art. 365 bis) .....	173
B) Concursos .....	174
§7. CORRUPCIÓN DE MENORES (ARTS. 365, 366 QUÁTER Y QUINQUIES, Y 367).....	175
A) Exposición del menor a actos de significación sexual (Art. 366 quáter) .....	175
B) Sodomía (Art. 365).....	178
C) Favorecimiento de la prostitución de menores (Art. 367 y 367 ter) .....	178
a) Favorecimiento propio (Art. 367) .....	179
b) Favorecimiento impropio (Art. 367 ter) .....	180
D) Producción de material pornográfico con participación de menores (Art. 366 quinquies) .....	181
E) Adquisición, almacenamiento y comercialización de pornografía infantil (Art. 374) .....	183
§8. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE LOS ARTS. 361 A 367 BIS Y AL DELITO DEL ART. 374 .....	184
A) Agravantes específicas (Art. 368 bis) .....	184
B) Reglas que establecen agravantes y penas especiales para quien se prevale de autoridad o poder (Art. 368).....	184
C) Reglas relativas al ejercicio de la acción penal (Art. 369).....	185
D) Alteración de las reglas generales de prescripción, ejercicio de la acción penal, penas accesorias y otras consecuencias penales especiales contra la pedofilia ..	186
E) Limitación de la aplicación de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 y del derecho a la libertad condicional en casos de pedofilia .....	187
F) Reglas especiales relativas a la imposición de medidas cautelares y otras relativas a la investigación de estos delitos .....	187

### *Capítulo 6*

## **PROTECCIÓN PENAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY FRENTE A LA REDUCCIÓN A LA ESCLAVITUD: DELITOS DE TRÁFICO Y TRATA DE PERSONAS**

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	189
§2. TRÁFICO DE MIGRANTES (ART. 411 BIS).....	191
A) Bien jurídico.....	191
B) Tipicidad.....	192
a) Autores y víctimas .....	192

	b) Conducta .....	192
	c) Resultados .....	193
	d) Elemento subjetivo: ánimo de lucro .....	195
	C) Culpabilidad .....	195
	D) Participación, iter criminis y concursos.....	196
§3.	TRATA DE PERSONAS PROPIA (ART. 411 QUÁTER, INC. 1º).....	198
	A) Tipicidad.....	198
	a) La falta de consentimiento o el consentimiento viciado de la víctima .....	199
	b) Elemento subjetivo: los fines de explotación sexual o laboral, reducción a la esclavitud y extracción de órganos .....	201
	B) Justificación y culpabilidad.....	203
	C) Iter criminis, participación y concursos .....	204
§4.	TRATA DE PERSONAS IMPROPIA (ART. 411 QUÁTER, INC. 2º) .....	206
§5.	TRATA DE PERSONAS CON EXCLUSIVA FINALIDAD DE PROSTITUCIÓN (ART. 411 TER).....	208
	A) Tipicidad.....	208
	B) Justificación, culpabilidad, <i>iter criminis</i> y concursos.....	210

### Capítulo 7

## PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA PRIVADA Y DE LA HONRA. RÉGIMEN DE PRENSA

§1.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	213
§2.	INTROMISIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES EN LUGARES PRIVADOS (ART. 161-A, INC. 1º).....	213
	A) Tipicidad.....	214
	a) Circunstancia de lugar: recintos privados.....	215
	b) La circunstancia de falta de consentimiento del afectado .....	216
§3.	DIFUSIÓN DE COMUNICACIONES O CONVERSACIONES PRIVADAS (ART. 161-A INC. 2º).....	217
	A) Medios de comisión .....	218
§4.	INJURIAS (ART. 416) .....	218
	A) Tipicidad. Relevancia del elemento subjetivo de tendencia .....	218
	B) Clases de injuria .....	220
	C) Justificación por ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión .....	221
	a) Relevancia pública del mensaje .....	221
	b) La veracidad subjetiva .....	222
	D) <i>Exceptio veritatis</i> .....	222
	E) Injuria contenida en documento oficial.....	223
	F) Culpabilidad e iter criminis .....	224
§5.	CALUMNIAS (ART. 412).....	224
	A) Bien jurídico protegido.....	224
	B) Tipicidad.....	225
	C) Inexistencia de un elemento subjetivo de tendencia en el delito de calumnia ...	226
	D) Justificación y culpabilidad.....	226
§6.	REGLAS COMUNES A LA INJURIA Y A LA CALUMNIA (ARTS. 421 A 431) .	227
	A) Escritura y publicidad (Art. 422).....	227
	B) Calumnias e injurias encubiertas (Arts. 421 y 423).....	227

C) Calumnias e injurias publicadas en el extranjero (Art. 425).....	228
D) Calumnia o injuria causada en juicio (Art. 426) .....	228
E) Compensación de injurias y calumnias recíprocas (Art. 430).....	229
F) Prescripción (Art. 431) .....	229
§7. DELITOS ESPECIALES CONTEMPLADOS EN LA LEY N° 19.733, SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO .....	230
A) Injurias y calumnias cometidas por un medio de comunicación social (Art. 29 Ley N° 19.733) .....	230
B) Injurias discriminatorias e incitación al odio (Art. 31 Ley N° 19.733).....	231
C) Ultraje público a las buenas costumbres (Art. 34 Ley N° 19.733).....	231
D) Atentados contra la libertad de emitir opinión e informar (Art. 36 Ley N° 19.733) .....	231
§8. LEYES DE DESACATO (ART. 284 CJM).....	232

### Capítulo 8

## PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	235
§2. VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y ALLANAMIENTO ILEGALES (ARTS. 144 Y 155).....	235
A) Tipicidad.....	235
a) Objeto material.....	236
b) Circunstancias .....	237
B) Figuras agravadas.....	237
C) Justificante específica.....	237
D) Concursos .....	238
§3. VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA (ART. 146) .....	239
A) Tipicidad.....	239
B) Figuras agravadas.....	240
C) Justificante específica.....	241
§4. DERECHO A LA PRIVACIDAD EN INTERNET. APLICACIÓN DE LA LEY N° 19.223 Y DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (ART. 36 B, LETRA C) .....	241

### Capítulo 9

## PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD Y DE LA SEGURIDAD INDIVIDUAL

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	245
§2. FALTA DE COACCIONES (ART. 494 N° 16) .....	247
A) Tipicidad.....	248
a) Elemento normativo del tipo.....	250
b) Límites de la violencia.....	250
B) Culpabilidad, <i>iter criminis</i> y concursos.....	250
§3. COACCIONES AGRAVADAS COMETIDAS POR EMPLEADOS PÚBLICOS (ART. 158 N°4) .....	251
§4. AMENAZAS (ARTS. 296 A 298).....	252

A) Bien jurídico.....	252
B) Tipicidad.....	252
C) Clasificación.....	253
D) Culpabilidad, concursos y reglas especiales de determinación de las penas.....	254
E) Amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.....	255
a) Retracción de la víctima de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar.....	256
§5. CHANTAJE Y ACOSO SEXUAL.....	257
§6. SECUESTRO (ART. 141).....	259
A) Bien jurídico.....	259
B) Tipicidad.....	260
a) Elemento normativo del tipo.....	261
C) Culpabilidad y participación.....	261
D) Concursos.....	262
E) Penalidad.....	263
a) Atenuante especial (Art. 142 bis).....	263
b) Agravante simple primera (Art. 141, inc. 3º).....	263
c) Agravante simple segunda (Art. 141 inc. 4º).....	264
d) Híper agravante (Art. 141 inc. 5º).....	264
F) Desaparición forzada de personas como “secuestro permanente”.....	264
§7. DETENCIÓN ARBITRARIA (ART. 143).....	265
§8. DETENCIÓN ILEGAL (ART. 148).....	266
§9. SUSTRACCIÓN DE MENORES (ART. 142).....	266
a) Consentimiento del menor.....	268
§10. OTROS DELITOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD INDIVIDUAL.....	268
§11. REGLAS ESPECIALES RELATIVAS A LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS GARANTIDOS POR LA CONSITUACIÓN.....	269
A) Régimen concursal (Art. 161).....	269
B) Eximente especial de obediencia debida (Art. 159).....	269

### Capítulo 10

#### PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (I): DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR APROPIACIÓN

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	271
§2. HURTO SIMPLE (ARTS. 432 Y 446).....	271
A) Discusión político criminal.....	271
B) Tipicidad.....	273
a) Autores y víctimas.....	273
b) Objeto material.....	273
c) Conducta.....	276
d) Circunstancia: Falta de voluntad de su dueño.....	278
C) Justificación y culpabilidad.....	279
D) <i>Iter criminis</i> .....	279
a) Consumación del hurto en establecimientos de comercio con sistema de autoservicio.....	280
E) Concursos.....	282

F) Penalidad. Su determinación en relación con el valor de la cosa sustraída .....	283
§3. HURTO DE POSESIÓN (ART. 471 N° 1).....	284
§4. HURTO DEL ACREEDOR Y FALTA DE REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO (ART. 494 N° 20) .....	285
§5. HURTO DE USO .....	286
§6. HURTOS AGRAVADOS (ART. 447) .....	287
A) Famulato o hurto doméstico (Art. 447 N°s 1 y 2) .....	287
B) Hurto del posadero (Art. 447 N° 3) .....	288
C) Hurto del transportista y del bodeguero (Art. 447 N° 4°).....	289
§7. HURTO DE COSAS QUE FORMAN PARTE DE REDES DE SUMINISTRO DE SERVICIOS PÚBLICOS Y APROPIACIÓN DE SUS SUMINISTROS (ART. 447 BIS).....	289
§8. HURTO DE HALLAZGO (ART. 448) .....	290
§9. ROBO CON FUERZA EN LUGARES NO HABITADOS, SITIOS NO DESTINADOS A LA HABITACIÓN Y BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO (ARTS. 442, 443 Y 443 BIS) .....	292
A) Generalidades.....	292
B) Tipicidad.....	293
a) Circunstancia de lugar .....	293
b) Medios de comisión (la fuerza) .....	295
§10. ROBO CON FUERZA EN LUGAR HABITADO, DESTINADO A LA HABITACIÓN O SUS DEPENDENCIAS (ART. 440) .....	301
A) Bien jurídico y justificación de su tratamiento especial .....	301
B) Tipicidad.....	302
a) Circunstancias específicas de lugar: lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias.....	302
C) Conducta .....	305
§11. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. FIGURA BÁSICA (ARTS. 432 Y 436 INC. 1°).....	307
A) Bienes jurídicos protegidos .....	307
B) Tipicidad .....	308
a) Modalidades de la conducta: violencia o intimidación .....	309
b) Intimidación por engaño: violencia ficta .....	312
§12. EL DELITO DE EXTORSIÓN COMO FORMA DE ENTREGA O MANIFESTACIÓN FICTA DE LA COSA (ART. 438).....	312
§13. ROBOS CALIFICADOS (ART. 433).....	313
A) Robo con homicidio (Art. 433 N° 1) .....	314
a) <i>Iter criminis</i> , participación y concursos.....	315
B) Robo con violación (Art. 433 n° 1) .....	316
C) Robo con castración, mutilaciones y lesiones (Art. 433 N° 2).....	317
D) Robo con retención de personas bajo rescate o por más del tiempo necesario para el robo (Art. 433 N° 3).....	317
§14. ROBO POR SORPRESA COMO FORMA PRIVILEGIADA (ART. 436 INC. 2°)...	318
A) Bien jurídico y naturaleza .....	318
B) Tipicidad.....	319
§15. ROBO AGRAVADO POR COMETERSE MEDIANTE ACTOS DE PIRATERÍA (ART. 434).....	320
§16. ABIGEATO (ART. 448 BIS A SEXIES) .....	321

A) Abigeato como hurto o robo agravado (Art. 448 bis).....	323
a) Conducta: formas especiales de apropiación (Arts. 448 bis, inc. 2º y 448 ter, inc. 4º) .....	325
b) Penalidad: agravación obligatoria de las penas corporales, multa adicional como pena accesoria y comiso ampliado.....	326
c) Abigeato como hurto de hallazgo impropio (Art. 448 ter, inc. final).....	327
d) Abigeato como hurto de pelos, plumas, crines o cerdas (Art. 448 quin- quies).....	328
§17. RECEPCIÓN (ART. 456 BIS A) .....	329
§18. PORTE DE UTENSILIOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITOS ROBO Y ABIGEATO (ARTS. 445 Y 448 QUÁTER) .....	332
A) Tipicidad del delito de porte de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos conocidos al robo (Art. 445) .....	333
B) Tipicidad del delito de tenencia de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales (Art. 448 quáter, inc. 1º).....	334
§19. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE HURTO, ROBO, ABIGEATO Y RECEPCIÓN DEL CP (ARTS. 449 A 456 BIS) .....	335
A) Reglas que modifican el sistema de determinación legal de la pena.....	335
a) Castigo como consumados ciertos delitos tentados (Arts. 450 inc. primero, 444 y 448 quáter) .....	335
b) Presunciones simplemente legales de autoría (Arts. 454 y 448 quáter) .....	336
c) Aplicación exclusiva de la pena del delito más grave en caso de concurso en unidad de hecho de diferentes formas hurtos o robos (Art. 453).....	338
d) Rebaja de la pena en un grado por arrepentimiento eficaz (Art. 456).....	338
e) Rebaja de la pena en un grado por reconocimiento en procedimientos negociados (Arts. 395 y 407 CPP) .....	339
f) Exclusión del grado mínimo de la pena o su minimum, en caso de reincidencia (Art. 449, N° 2).....	341
g) Imposición al reincidente la pena facultativa de sujeción a la vigilancia de la autoridad (Art. 452).....	341
B) Reglas que modifican el sistema de individualización judicial de la pena .....	341
a) Individualización de la pena exclusivamente dentro del grado o grados legamente determinados (Art. 449, 1ª) .....	341
b) Limitación del efecto del Art. 11 N° 7 (Art. 450 bis y 456 bis inc. final)....	342
c) Agravantes específicas de los delitos de hurto, robo y receptación (Arts. 449 bis y 456 bis) .....	343
§20. PIRATERÍA AÉREA O SECUESTRO DE AERONAVES (ART. 2 N° 2 LEY 18.314).....	345
§21. ROBO DE USO DE MEDIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO (ART. 268 SEXIES).....	346
§22. OTROS DELITOS DE APROPIACIÓN COMPRENDIDOS EN LEYES ESPECIAL- LES.....	347
A) Apropiación de monumentos nacionales (Art. 38 bis Ley N° 17.288) .....	347
B) Apropiación de expedientes (Art. 4º Ley N° 5.507) y drogas (Art. 3º Ley N° 20.000) .....	348

## Capítulo 11

**PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (II): DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR ENGAÑO Y ABUSO DE CONFIANZA**

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	351
§2. FIGURA BÁSICA O RESIDUAL (ART. 473) .....	354
A) Conducta y resultado .....	354
a) El problema de la evaluación en dinero y el llamado perjuicio por “frustración de fines” .....	358
b) ¿Estafa sin relación de causalidad? La posición funcionalista.....	359
B) Objeto del engaño .....	360
C) Autores y víctimas.....	360
a) Estafa procesal.....	362
b) Defraudación respecto de máquinas automáticas.....	363
D) Culpabilidad .....	363
E) <i>Iter criminis</i> y participación .....	364
§3. ESTAFA CALIFICADA POR LA CLASE DEL ENGAÑO (ART. 468) .....	364
§4. FRAUDES EN LA ENTREGA (ARTS. 467, 469 N° 1 Y N° 2) .....	366
A) Fraudes en la entrega y derechos de los consumidores.....	368
§5. ESTAFAS CON CAUSA ILÍCITA (ARTS. 469 N° 5 470 N° 7) .....	369
§6. DESTRUCCIÓN DE LA COSA EMBARGADA (ART. 469 N° 6) .....	369
§7. SUSTRACCIÓN FRAUDULENTO DE EXPEDIENTES (ART. 470 N° 5) .....	370
§8. SUSCRIPCIÓN ENGAÑOSA DE DOCUMENTOS (ART. 470 N° 4) .....	371
§9. FRAUDE EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ALEATORIOS (ART. 470 N° 6) .....	372
§10. FRAUDE EN LA OBTENCIÓN DE SUBVENCIONES (ART. 470 N° 8) .....	373
§11. FRAUDE DE FALSA PROMESA DE VENTA DE INMUEBLES (ART. 470 N° 9) .....	374
§12. FRAUDE DE SEGUROS (ART. 470 N° 10) .....	375
§13. CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIMULADOS (ART. 471 N° 2).....	376
§14. FALSIFICACIONES CASTIGADAS COMO ESTAFAS (ARTS. 171, 179, 184 Y 197).....	377
A) Imitación grosera de monedas, documentos de crédito, papel sellado y estampillas (Arts. 171, 179 y 184).....	377
B) Falsificación de instrumento privado (Art. 197 inc. 1°).....	378
§15. FRAUDES EN LA ADMINISTRACIÓN (ARTS. 469 N° 3 Y N° 4, Y ART. 470 N° 2).....	378
§16. APROPIACIÓN INDEBIDA (ART. 470 N° 1) .....	380
A) Bien Jurídico .....	381
B) Tipicidad .....	382
a) El problema especial de los bienes recibidos en ejecución de un mandato ..	383
b) Condición objetiva de punibilidad: el perjuicio .....	385
§17. ABUSO DE FIRMA EN BLANCO (ART. 470 N° 3) .....	386
§18. USURA (ART. 472) .....	386

*Capítulo 12***PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD (III): DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR OCUPACIÓN**

§1. USURPACIÓN DE INMUEBLES Y DE DERECHOS REALES CONSTITUIDOS SOBRE ELLOS (ARTS. 457 Y 458).....	389
A) Tipicidad.....	389
§2. REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO (REAL): USURPACIÓN DEL PROPIETARIO (ART. 457, INC. 2º) .....	391
§3. DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE TÉRMINOS O LÍMITES (ART. 462).....	393
§4. USURPACIÓN DE AGUAS (ARTS. 459 A 461) .....	394

*Capítulo 13***PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (IV): DELITOS DE DESTRUCCIÓN SIN ENRIQUECIMIENTO**

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	397
§2. FIGURA BÁSICA: INCENDIO (ART. 477) .....	397
A) Culpabilidad .....	398
B) Iter criminis.....	398
C) Presunciones de autoría (Art. 483) .....	399
D) Concursos .....	400
E) Penalidad .....	401
§3. INCENDIOS CALIFICADOS EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA DEL LUGAR EN QUE SE PRODUCE (ART. 475 N° 2 Y 476 N°S 3 Y 4).....	401
§4. FIGURAS CALIFICADAS EN ATENCIÓN AL PELIGRO QUE EL INCENDIO IMPORTA PARA LAS PERSONAS (ARTS. 475 N° 1 Y 476 N°S 1 Y 2) .....	402
§5. FIGURAS HÍPER CALIFICADAS POR EL DAÑO QUE SUFREN LAS PERSONAS (ART. 474).....	402
§6. ESTRAGOS (ART. 480).....	404
§7. DAÑOS (ARTS. 484 Y 487) .....	404
A) Daños calificados (Art. 485).....	405
B) Falta de daños causados por ganado (Art. 497).....	405
C) El delito de incendio-daños (Art. 478).....	405
D) El “cuasidelito de daños” (Art. 495 N° 21).....	406

*Capítulo 14***PROTECCIÓN PENAL DE LA FE PÚBLICA. FALSEDADES DOCUMENTALES**

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	407
§2. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS O AUTÉNTICOS (ARTS. 193 Y 194) .....	408
A) Tipicidad.....	408
a) Autoría y participación.....	408
b) Objeto material: documentos públicos.....	410
c) Conducta .....	413
B) Culpabilidad, iter criminis y concursos.....	416
§3. LA MAL LLAMADA FALSIFICACIÓN POR OCULTACIÓN (ART. 193 N° 8) ..	417



§4. FALSIFICACIÓN DE PARTES TELEGRÁFICOS (ART. 195) .....	418
§5. USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO O PARTE TELEGRÁFICO FALSIFICADOS (ART. 196) .....	418
§6. FALSIFICACIÓN DE PASAPORTES, PORTES DE ARMAS, CERTIFICADOS Y LICENCIAS MÉDICAS (ARTS. 199 A 207) .....	419
§7. FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTOS PRIVADOS (ARTS. 196 Y 198). REMISIÓN .....	419

### Capítulo 15

#### DELITOS CONTRA LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	421
DELITOS QUE AFECTAN LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMETIDOS POR MAGISTRADOS, ABOGADOS Y OTROS EMPLEADOS PÚBLICOS .....	422
§2. PREVARICACIÓN JUDICIAL (ARTS. 223 A 227) .....	422
A) Autoría y participación .....	423
B) Formas específicas de prevaricación .....	426
a) Fallar contra ley expresa y vigente (Art. 223 N° 1).....	426
b) Prevaricación-cohecho (Art. 223 N° 2) .....	427
c) Prevaricación-solicitud (Art. 223 N° 3).....	427
d) Otras formas de torcida administración de justicia (Arts. 224 N° 2 a N° 7 y 225 N° 2 a N° 5).....	427
§3. DESOBEDIENCIA (ART. 226).....	428
§4. PREVARICACIÓN DEL ABOGADO Y PROCURADOR (ARTS. 231 Y 232) .....	428
§5. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 228).....	430
§6. NEGLIGENCIA EN LA PERSECUCIÓN CRIMINAL (ART. 229) .....	431
DELITOS QUE AFECTAN LA RECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMETIDOS POR PARTICULARES .....	432
§7. FALSEDADES VERTIDAS EN EL PROCESO (ART. 206).....	432
A) Falso testimonio (Art. 206).....	432
a) Autores .....	432
b) Conducta .....	434
c) Culpabilidad .....	435
d) <i>Iter criminis</i> y retractación (Art. 208) .....	436
e) Participación.....	437
f) Penalidad.....	437
§8. PRESENTACIÓN EN JUICIO DE DECLARACIONES O PRUEBAS FALSAS (ART. 207).....	438
§9. PERJURIO (ART. 212) .....	439
§10. ACUSACIÓN O DENUNCIA CALUMNIOSA (ART. 211) .....	440
§11. OBSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN (ART. 269 BIS).....	441
A) Bien jurídico protegido.....	442
B) Tipicidad.....	443
a) Autoría .....	443
b) Objeto material.....	444
C) Conducta .....	445
D) Resultado .....	447

E) Culpabilidad: dolo directo.....	447
F) Agravantes, atenuantes y eximentes especiales.....	448
a) Resultado agravado .....	448
b) Retracción y eximente específicas.....	448
§12. OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA POR PARTE DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO (ART. 269 TER) .....	449
§13. OTRAS FORMAS DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA. EN ESPECIAL, EL DELITO DE DESACATO DEL ART. 240 CPC.....	451
A) Presupuesto material: resolución que causa ejecutoria.....	451
B) Autoría.....	452
C) Conducta .....	453
D) Culpabilidad .....	454

### Capítulo 16

## PROTECCIÓN PENAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	455
§2. PROBLEMAS COMUNES A LOS DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS .....	455
A) Autoría y participación .....	455
B) Responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros y el lavado de activos.....	457
C) Aspectos procesales relevantes.....	458
DELITOS QUE AFECTAN LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA .....	459
§3. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 241 BIS) .....	459
A) Origen y propósito de la disposición .....	459
B) Crítica política criminal .....	459
C) Tipicidad.....	461
§4. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS (ARTS. 233 A 235) .....	462
A) Conducta: rol del reintegro .....	463
a) Oportunidad del reintegro para excluir la penalidad del Art. 233 .....	464
B) Culpabilidad. Figura del Art. 234.....	465
C) <i>Iter criminis</i> .....	465
§5. FRAUDE AL FISCO (ART. 239 CP).....	466
§6. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS (ARTS. 240 Y 240 BIS).....	467
§7. USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA (ART. 247 BIS).....	468
§8. COHECHO (ARTS. 248 A 251).....	469
A) Cohecho pasivo propio (Art. 248).....	470
B) Cohecho pasivo propio agravado (Art. 248 bis).....	470
C) Cohecho pasivo propio agravado o concusión (Art. 241).....	470
D) Cohecho pasivo impropio (Art. 249).....	471
E) Cohecho activo o soborno (Art. 250).....	472
F) Cohecho a funcionarios públicos extranjeros (Arts. 251 bis y ter).....	474
DELITOS QUE AFECTAN LA CONFIANZA DEPOSITADA EN LOS EMPLEADOS PÚBLICOS .....	476
§9. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS (ARTS. 242 A 245).....	476
A) Sustracción y supresión de documentos.....	476

B) Rotura de sellos (Art. 243) .....	477
C) Apertura de papeles cerrados (Art. 244) .....	477
§10. VIOLACIÓN DE SECRETOS (ARTS. 246 Y 247) .....	477
A) Violación de secretos públicos y entrega de información privilegiada (Art. 246) .....	479
B) Violación de secretos privados (Art. 247) .....	479
§11. ABUSOS CONTRA PARTICULARES (ARTS. 255 A 259).....	480
A) Vejámenes y apremios ilegítimos (Art. 255).....	481
B) Denegación de servicio (Art. 256).....	481
C) Solicitación de personas (arts. 258 y 259).....	482
DELITOS QUE AFECTAN EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN .....	483
§12. NOMBRAMIENTOS ILEGALES (ART. 220) .....	483
§13. USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES (ARTS. 221 Y 222) .....	483
§14. RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA (ART. 252).....	484
§15. DENEGACIÓN DE AUXILIO Y ABANDONO DE DESTINO (ARTS. 253 Y 254).....	484
§16. APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE (ART. 236) .....	484
§17. NEGATIVA A UN PAGO O A UNA ENTREGA (ART. 237) .....	485

### Capítulo 17

## PROTECCIÓN PENAL DE LA SALUD PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

§1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	487
A) Excurso: Despenalización del consumo y auto cultivo de la marihuana ( <i>cannabis</i> ) .....	489
§2. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN SENTIDO AMPLIO (ART. 3º)....	492
A) Tipicidad.....	493
a) Autoría .....	493
b) Objeto material.....	493
c) Elemento normativo: la falta de competente autorización .....	495
d) Conducta punible y medios de comisión .....	495
B) Justificación: exención específica de responsabilidad penal del agente encubierto, revelador y del informante policial .....	497
C) Culpabilidad .....	499
a) El error y el dolo .....	499
b) El pseudo tráfico culposo: abandono y cuidado negligente de especies vegetales (Art. 10, inc. 2º) .....	501
D) Iter criminis.....	502
a) La tentativa de traficar en general .....	502
b) Tentativa inidónea (delito imposible) .....	503
c) Actos preparatorios y de tentativa especialmente punibles .....	503
E) Participación .....	508
a) Aplicación de las reglas generales.....	508
b) Complicidad especialmente punible: el delito de entrega de bienes para la elaboración, plantación o tráfico de drogas (Art. 11) .....	509
F) Concursos .....	510

G) Penalidad .....	512
a) Atenuante especial de cooperación eficaz .....	512
b) Limitación de la atenuante del Art. 11 N° 7 y de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 .....	513
c) Agravantes especiales .....	513
§3. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN SENTIDO ESTRICTO. MODALIDADES DE TRÁFICO (ART. 3° INC. 1°).....	518
A) La voz “traficar” en sentido estricto .....	519
B) Las modalidades de tráfico (Art. 3° inc. segundo).....	519
a) Posesión y adquisición .....	520
b) Tenencia, guarda y porte .....	520
c) Transferir y suministrar .....	521
d) Transportar, importar y exportar .....	521
e) Sustraer.....	522
§4. MICROTRÁFICO, FIGURA PRIVILEGIADA (ART. 4°) .....	523
A) Elemento negativo del microtráfico: la circunstancia de no estar destinada la droga objeto de la conducta al tratamiento médico o al consumo personal.....	525
a) Sentido y prueba de las expresiones “tratamiento médico” y “uso personal exclusivo y próximo en el tiempo” .....	525
§5. PRESCRIPCIÓN ABUSIVA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES (ART. 6°)....	527
§6. SUMINISTRO ABUSIVO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES (ART. 7°).....	528
§7. DESVIACIÓN DE CULTIVOS (ART. 10 INC. 1°) .....	530
§8. TRÁFICO ILÍCITO POR OMISIÓN (EL DELITO <i>SUI GENERIS</i> DEL ART. 12).....	531
§9. FALTAS CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELATIVAS AL CONSUMO PERSONAL (ARTS. 14, 15, 50 Y 51) .....	532

# *Nota de los autores a la segunda edición*

*In memoriam* Sergio Politoff L.

La amable acogida del público a la primera edición de este *Manual* y las reformas legales del año 2017, que han introducido significativos cambios en los delitos de lesiones y aborto, explican la oferta de Editorial Tirant lo Blanch para publicar esta segunda edición.

Aparte de las modificaciones impuestas por los cambios legales, hemos intentado corregir los errores detectados en la edición anterior y transformamos el sistema de citas, incorporándolas en el texto, para hacer más liviana su lectura. Además, hemos reformulado la exposición de la mayor parte de los contenidos, para mantener una mayor coherencia y equilibrio entre ellos. Estos cambios permitieron reducir el número de páginas del Manual, aunque sea más rico en contenidos que la edición anterior. También hemos modificado ciertos puntos de vista, aunque, por las necesidades de simplificación del texto, no siempre se indique la posición anterior ni se den otras razones que las que ahora se estiman correctas.

La experiencia como Abogados Integrantes de la Corte de Apelaciones de Santiago y de la Corte Suprema de Chile nos sigue nutriendo de ideas que permiten adecuar nuestras propuestas a los problemas que en realidad se presentan en la práctica jurídica y otorgar en el texto el valor que le corresponde a la jurisprudencia como fuente mediata del derecho, sin perder de vista la necesidad de criticar aquellas soluciones jurisprudenciales con que no concordamos. Finalmente, la participación del Prof. Matus en el Comité de Ética Asistencial de la Clínica Indisa nos ha permitido perfeccionar lo que en el texto se decía sobre el tratamiento penal de la eutanasia y el aborto, adecuando la exposición a los términos empleados por el cuerpo médico y las recientes reformas legales en la materia.

Jean Pierre Matus Acuña y M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez Guzmán

*Santiago, febrero de 2018*



# Abreviaturas

Actas	<i>Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno</i> , Santiago, 1873
Art./Arts.	Artículo/Artículos. Citados sin otra indicación corresponden al CP, salvo en el Cap. 17
Carrara	Carrara, Francesco (1859), <i>Programa de Derecho Criminal</i> , Trad. J. Ortega y J. Guerrero, T. I a IX y un apéndice, Bogotá
CC	Código Civil
CCO	Código de Comercio
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal. Código, sin otra indicación, corresponde al Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
D.F.L.	Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	Decreto Ley
D.S.	Decreto Supremo
Etcheberry	Etcheberry, Alfredo (1997), <i>Derecho Penal</i> , 3. <sup>a</sup> Ed., T. I a IV, Santiago
Etcheberry DPJ	Etcheberry, Alfredo (1987), <i>El Derecho Penal en la Jurisprudencia</i> , 2. <sup>a</sup> Ed., T. I a IV, Santiago
Fuenzalida	Fuenzalida, Alejandro (1883), <i>Concordancias y comentarios del Código Penal chileno</i> , T. I a III, Lima
Garrido	Garrido, Mario (1997-210), <i>Derecho Penal</i> , T. I a IV, Santiago
GJ	<i>Gaceta Jurídica</i>
GT	<i>Gaceta de los Tribunales</i>
inc./incs.	inciso/incisos
Labatut/Zenteno	Labatut, Gustavo (1990-1996), <i>Derecho Penal</i> , 7. <sup>a</sup> Ed., T. I y II, actualizada por J. Zenteno, Santiago
Muñoz Conde	Muñoz Conde, Francisco (2015), <i>Derecho Penal. Parte Especial</i> , 20. <sup>a</sup> Ed., Valencia
Oo.	Otra opinión, en sentido contrario
Pacheco	Pacheco, Joaquín Francisco (1849), <i>El Código Penal concordado y comentado</i> , T. I a II, Madrid
Politoff/Bustos/Grisolía	Politoff, Sergio; Bustos, Juan; Grisolia, Francisco (1992), <i>Derecho Penal chileno. Parte Especial</i> , 2. <sup>a</sup> Ed., Santiago
RCP	<i>Revista de Ciencias Penales</i>
RChD	<i>Revista Chilena de Derecho</i>
RMCh	<i>Revista Médica de Chile</i>
RChDPCP	<i>Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales</i>
RDJ	<i>Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales</i>

REJ	<i>Revista de Estudios de la Justicia</i>
Repertorio	<i>Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas. Código Penal y leyes complementarias, 3ª Ed.</i> (2015), Santiago
RPC	<i>Política Criminal</i> , Revista electrónica en <a href="http://www.politicacriminal.cl">www.politicacriminal.cl</a>
SCS / SCA / STC	Sentencia Corte Suprema / Corte de Apelaciones / Tribunal Constitucional



## *Introducción*

# BIEN JURÍDICO Y CONSTITUCIÓN

Toda legislación ha de ser dictada, en nuestro régimen constitucional, con algún propósito útil, pues la existencia y actividad del Estado se justifica constitucionalmente por encontrarse al servicio de las personas y propender al bien común, como señala el Art. 1º, inc. 4º CPR. El Derecho penal, como ordenación de rango inferior producto de la actividad estatal, también ha de tener ese propósito. Si, además, se admite un reconocimiento siquiera débil del principio de proporcionalidad, el establecimiento de limitaciones a la libertad mediante normas penales sólo puede considerarse legítimo cuando tales limitaciones son necesarias para proteger derechos, libertades e instituciones constitucionalmente reconocidos.

En consecuencia, esos derechos, libertades e instituciones reconocidos en la Carta Fundamental constituyen los bienes jurídicos que legítimamente pueden proteger las normas penales. De allí se sigue que una disposición que estableciera penas, pero cuyo objeto de protección no pudiese reconducirse a un derecho, libertad o institución constitucionalmente reconocido, produciría un efecto inconstitucional. Pero eso no significa que todo derecho, libertad o institución constitucionalmente reconocido deba ser protegido mediante normas penales. De hecho, no reciben una protección penal especial los derechos a la educación, la libertad de enseñanza, a ser admitido a todas las funciones y empleos públicos, a la libertad sindical, a la igual repartición de los tributos, a desarrollar cualquier actividad económica lícita, la no discriminación arbitraria en el trato económico, ni la libertad para adquirir el dominio de las cosas (Art. 19 N°s 10, 12, 17, y 19 a 23 CPR, respectivamente). Tampoco resulta cierto que sólo los intereses e instituciones expresados como derechos y libertades en el Art. 19 CPR merezcan protección penal. La propia Constitución señala en el inc. final de su Art. 1º que, entre otros, “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional”, finalidad que se persigue con el establecimiento de los delitos contra la seguridad del Estado, uno de los cuales, la traición, se menciona explícitamente en su Art. 52. Más adelante se reconoce la obligación de los titulares de las funciones públicas “a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”, lo que implica el reconocimiento de la posibilidad de establecer delitos que sancionen la infracción a dicho principio, como los de concusión, malversación de fondos público y soborno, también señalados en el Art. 52 CPR. Y el Art. 9 CPR menciona al terrorismo, “en cualquiera de sus formas”, como un hecho “por esencia contrario a los derechos humanos”, estableciendo que una ley de quórum calificado “determinará las conductas terroristas y su penalidad”. Por otra parte, el Art. 79 al regular las bases del Poder Judicial menciona delitos que afectan la correcta administración de justicia, haciendo personalmente responsables a los jueces de los delitos

de “cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación”. Otro caso relevante de delitos cuyo fundamento constitucional no se refiere directamente a un derecho o garantía es el de los delitos de falsedad. Cuando la falsedad afecta el patrimonio individual, como en el delito de estafa, estamos ante formas especiales de delitos contra la propiedad, en el sentido amplio que la Constitución la define. Sin embargo, cuando la falsedad afecta la fe pública, esto es, recae sobre documentos a los que el Estado les reconoce valor respecto a su existencia (como sucede con las escrituras públicas) o a su contenido (como sucede con los certificados), o les otorga un carácter oficial (como sucede con ciertos actos de la autoridad), se afecta la existencia misma de la organización estatal como tal, que se basa en el reconocimiento de la correspondencia de lo que expresan tales documentos con la realidad, del mismo modo que la sanción a las falsedades vertidas en juicio pretende proteger la administración de justicia, que por principio no puede basarse en falsedades, al punto que el descubrimiento de las mismas permite pasar por encima de la cosa juzgada, mediante los recursos de revisión en materia civil y criminal.

Por otra parte, dado el carácter centenario del Código, la no siempre consciente vinculación entre las disposiciones penales y los intereses constitucionalmente reconocidos en el proceso legislativo, y la complejidad propia de los fenómenos criminales, es un hecho que muchas figuras penales protegen más de un interés constitucionalmente reconocido a la vez y, según la época de su dictación, puede aparecer como preponderante en su formulación el interés que, desde la perspectiva actual, podría encontrarse subordinado, tal como ocurre con los robos calificados del Art. 433, que bien podrían considerarse como homicidios, violaciones, secuestros y lesiones calificadas por el móvil o la ocasión baladíes (el atentado contra la propiedad) en que se cometen, pero que aparecen todavía bajo un *no-men juris* que enfatiza el ataque a la propiedad antes que a la vida, integridad física y psíquica o seguridad individuales.

Luego, tomando en consideración estas limitaciones, se procurará en este texto sistematizar, de acuerdo con los intereses constitucionalmente reconocidos que protegen, el conjunto de delitos que comprende el Programa del curso de la Parte Especial del Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, más algunas otras figuras cuyo conocimiento es esencial —a nuestro juicio— para la práctica ante los tribunales con jurisdicción criminal en nuestro país.

## Capítulo 1

# PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA VIDA

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 19 N° 1 CPR garantiza el derecho a la vida. Según el voto de mayoría de la STC 28.8.2017, Rol 3729 (3751)-17 este derecho no es predicable de toda vida humana, en el sentido biológico, sino únicamente del ser humano nacido, independiente de los sistemas vitales de su madre.

El Código penal contempla diversas formas de ataque a este bien jurídico, de daño (homicidios) y peligro (auxilio al suicidio, riñas peligrosas, abandono de niños y personas desvalidas), donde el bien jurídico se confunde con el objeto material de los mismos: la persona. En este Capítulo trataremos la mayor parte de estas figuras, con exclusión de los cuasidelitos, de los que nos ocupamos en la parte general. Pero, por razones puramente didácticas, no se contemplan aquí otros delitos contemplados en el Código respecto de los cuales la muerte es un resultado relevante y que la ley ha preferido configurar como formas especialmente calificadas de otros delitos, p. ej., secuestro y sustracción de menores con homicidio (Arts. 141 y 142), violación con homicidio (Art. 372 bis), y robo con homicidio (Art. 433 N° 1), delitos que trataremos más adelante. Tampoco trataremos aquí especiales atentados contra la autoridad, como el homicidio de fiscales y defensores públicos (Art. 268 ter), el homicidio de carabineros (Arts. 416 del Código de Justicia Militar), el de policías de investigaciones (Art. 17 bis D.L N° 2.490, de 1979), el de gendarmes (Art. 15 B D.L. N° 2.859, de 1979), o los atentados contra autoridades de las leyes N°s. 12.927 y 18.314, sobre Seguridad del Estado y Conductas Terroristas, respectivamente; o como delitos contra el Derecho Internacional, como el genocidio y los crímenes de lesa humanidad y de guerra, regulados en la Ley N° 20.357, de 18.7. 2009. Hay también importantes delitos de peligro común en que la producción de un resultado de muerte es relevante, así, en la calificante general del Art. 317 para los delitos contra la salud pública, en el delito de incendio y estragos con resultado de muerte (Art. 474), y también en el delito de manejo en estado de ebriedad (Art. 196 Ley del Tránsito), cuya importancia práctica no debe olvidarse por la existencia de un régimen especial de determinación y sustitución de la pena, sometido a intenso debate legislativo y constitucional tras la reforma operada por la llamada *Ley Emilia*, Ley N° 20.770, de 16.9.2016. Finalmente, en cuanto a la muerte en duelo (Art. 406), ella no será tratada en este texto, debido a su evidente anacronía frente a la reacción social ante este hecho, que, como afirman hace ya casi medio siglo Politoff/Bustos/

Grisolía, 259, a pesar de su vigencia formal, “amenaza desde hace ya bastante tiempo a los contendientes con una de las más temibles sanciones, la del ridículo”.

## §2. HOMICIDIO SIMPLE (ART. 391 N° 2)

Politoff/Bustos/Grisolía, 43, definen el homicidio simple como una figura residual que resultaría del cotejo de los Arts. 390, N° 1° y 394 con el Art. 391, N° 2°, en los siguientes términos: el homicidio simple consiste en matar a otro sin que concurren las condiciones especiales constitutivas del parricidio, infanticidio u homicidio calificado, y habría que agregar, ahora, femicidio.

Sin embargo, esta definición, dando cuenta de un aspecto del problema (que no se impondrá la pena del homicidio simple de concurrir los requisitos de alguna de las figuras especiales de homicidio calificado, parricidio, femicidio etc.), no concuerda con las soluciones que los redactores del Código, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional ofrecen a los problemas que surgen en la práctica, como son la posibilidad expresamente prevista en el Art. 1° de castigar por homicidio a quien objetivamente comete un parricidio, pero desconoce la relación que lo liga con el ofendido (*Actas*, Sesión 116, 212); o a quien, sin tener objetivamente dicho vínculo, es cómplice del parricida (Etcheberry DPJ II, 330). En ambos casos, la doctrina dominante afirma que al que yerra y al partícipe se le impone la pena del homicidio simple.

A nuestro juicio, la explicación sistemática a estas acertadas soluciones no es otra que admitir la calidad de figura básica del homicidio simple, entendiéndolo únicamente como el delito consistente en “matar a otro”, frente al resto de los delitos que, por las particulares circunstancias que los constituyen (parentesco, etc.) han de concebirse como especies del mismo.

La expresión “en cualquier otro caso” del Art. 391 N° 2° se trataría, por tanto, de una cláusula concursal que contempla la ley (en referencia al carácter genérico o residual del homicidio simple), sin contenido típico.

De este modo, cada vez que se comete un infanticidio, un parricidio, etc., se cometerá también un homicidio simple, que por ser la figura genérica no se aplicará en el caso que lo sea la especial. Pero, cuando por alguna razón —como en los casos de error y participación recién expuestos— deban descartarse esas circunstancias particulares y la figura especial no sea aplicable, resurgirá la posibilidad de aplicar al imputado la pena de la figura básica, cuyos presupuestos típicos también se han dado en el caso que se trata. Este resurgimiento de la figura básica de homicidio simple es también la solución dominante y correcta para el tratamiento de la participación en el homicidio calificado, cuando no concurren en el partícipe los elementos subjetivos de las circunstancias calificante; y en la forma de resur-

gimiento del cuasidelito de homicidio, cuando se trata de la muerte negligente o imprudente de un pariente de los mencionados en el Art. 390.

## **A) Tipicidad**

### **a) Autoría y participación**

El sujeto activo del homicidio simple es indiferente, ya que la ley emplea la expresión neutra “el que”. En consecuencia, se trata de una figura común, de la que puede ser autor cualquiera. Sin embargo, ello es válido únicamente para el homicidio activo, donde el responsable causa o contribuye a causar la muerte de otro en alguna de las formas descritas en el Art. 15. En cambio, tratándose de la comisión por omisión, sólo quienes detentan la posición de garante podrían ser hechos responsables del mismo a título de autores, como se verá más adelante.

Probatoriamente, la determinación del autor del homicidio sigue de la individualización del imputado como agente interviniente en la concatenación causal de los eventos que conducen a la muerte de la víctima. Normalmente, ello se infiere de la presencia del imputado en el lugar y momento en que se comete el delito y su prueba es de carácter principalmente científico (huellas dactilares o de ADN). Cuando la prueba de la identificación es a través de testigos, se emplea el llamado reconocimiento, prueba que lamentablemente todavía no tiene una regulación que la haga confiable en términos generales (Alcaíno, Eduardo (2014), “La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados”, RPC, Vol. 9, N° 18, 564-613).

### **b) La víctima en el delito de homicidio y el problema de la prueba del homicidio en casos de desaparición forzada**

En cuanto al sujeto pasivo o víctima del delito, esto es, la persona ofendida en el sentido del Art. 108 CPP, es más o menos claro que el “otro” a que hace mención la ley es “otro ser humano”, diferente del agente, con vida independiente (Para efectos procesales, sin embargo, excepcionalmente el Art. 108 CPP extiende el concepto de víctima a los parientes que allí se señalan quienes pueden querrelarse o comparecer en el proceso en el orden excluyente que dicha disposición establece: a) el cónyuge o conviviente civil y los hijos; b) los ascendientes; c) el conviviente; d) los hermanos, y e) el adoptado o adoptante). Luego, ni los muertos ni los que todavía se encuentran en el seno materno pueden ser víctimas de este delito. Los primeros, por tratarse de cadáveres y no de otros seres humanos (un caso de tentativa absolutamente inidónea), y los segundos, protegidos a través de las figuras de aborto. Tampoco existe el homicidio de uno mismo, que se traduciría en un suicidio, no penado entre nosotros.

Probatoriamente, la determinación de la muerte del sujeto pasivo y objeto material de este delito está sujeta, en principio, a las reglas generales del Art. 201 CPP, sobre realización de autopsias y reconocimiento de cadáveres.

Sin embargo, esas reglas se ven enfrentadas al problema de la determinación de la muerte y de su causa cuando el cuerpo de la víctima se ha hecho desaparecer, haciendo imposible la prueba científica al respecto.

Entre nosotros, este problema se presentó durante la Dictadura Militar de 1973-1989, resolviendo los Tribunales Superiores de Justicia que, existiendo pruebas de la detención de las víctimas y de la participación de los imputados en dicha detención, debían considerarse los hechos constitutivos del delito de secuestro, agravado por su duración (SCS 18.6.2012, *Repertorio*, 205). También se ha estimado que es posible la prueba del homicidio si existen testigos del homicidio y del ocultamiento posterior del cadáver, lanzándolo al mar, p. ej. (SCS 14.8.2013, *Repertorio*, 355). No hay ninguna razón para estimar que la misma solución práctica no puede darse en casos entre particulares.

La legislación nacional considera, además, algunos casos especiales de desaparición de personas o de sus cuerpos que deben tenerse en cuenta:

a) El delito de negativa de entrega de un menor (Art. 255), que castiga con una pena relativamente baja al que “hallándose encargado de la persona de un menor, no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias de su desaparición”; y

b) El delito de desaparición forzada de personas (Art. 6° Ley N° 20.357), donde se castiga al que, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que responda a una política del Estado o de sus agentes, de grupos armados que ejerzan control militar sobre un territorio, o de grupos armados que detenten un poder de hecho que les confiera impunidad, “con la intención de sustraer a una persona durante un tiempo a la protección de la ley, le prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa”.

### *(1) Delimitación entre aborto y homicidio: el paso de la vida humana dependiente a la vida de la persona en cuanto tal*

El Art. 1° CPR declara que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, atribuyéndoles el carácter de personas, sujetos de derechos, en su Art. 19. Mientras ese hecho (el nacimiento) no se produce, es “la vida del que está por nacer” lo que protege la ley, según ordena la propia Constitución. Esta distinción, que recoge el voto de mayoría de la reciente STC 28.8.2017, Rol 3729 (3751)-17, se traduce en que mientras el nacido es persona (“otro”) en el

sentido de sujeto pasivo y víctima del delito de homicidio, el que está por nacer, lo es de aborto.

Según la doctrina y jurisprudencia dominantes, por nacer está la criatura que aún depende de los sistemas vitales de su madre para subsistir, y nacida aquella cuya vida es autónoma. Ello se desprendería, según la doctrina actualmente dominante, de la recta interpretación del Art. 74 CC, en armonía con su Art. 55, el cual define a la persona por la reunión de dos requisitos: pertenencia a la especie humana y tener la calidad de individuo, idea esta última que habría que referir a la autonomía de vida y, por ende, a la existencia de las funciones circulatoria y respiratoria independientes de la madre.

Anteriormente, era dominante la tesis de Del Río, quien afirmó que podría existir alguna diferencia entre el sujeto parido y el nacido, de modo que una criatura pudiera estar parida, pero no nacida, puesto que el Art. 394, al regular el infanticidio hace mención a las “cuarenta y ocho horas después del parto” y el Art. 74 CC, en cambio, habla del nacimiento como suceso que ocurre tras la “separación completa” entre la criatura y su madre. Además, afirmaba este autor que, puesto que el aborto consistía en la expulsión del feto, un feto ya expulsado no podría ser objeto del delito (Del Río, Raimundo (1935), *Derecho Penal*, T. III, Santiago, 369s.). En este sentido, antes todavía, Fuenzalida III, 113s., pensó que la muerte de la criatura durante el parto no constituía aborto, pero tampoco homicidio. Esta tesis, que produce zonas lacunarias (el ser humano nacido y no parido no sería víctima de homicidio ni objeto de aborto), es rebatida convincentemente por Etcheberry III, 38, afirmando que de aplicar en el plano penal el Art. 74 CC sin atención a su Art. 55, se llegaría al absurdo de no poder castigarse nunca el aborto, pues el inc. 2º de la primera disposición, reputa no existida jamás a la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de la madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera.

En consecuencia, la prueba de la acusación en casos de muerte de criaturas prematuras o de escasos meses de vida ha de establecer con claridad que, al momento de ser agredida mortalmente, la víctima tenía vida autónoma (en caso contrario, el delito es de aborto, con independencia del momento posterior en que se produzca la muerte). Probado este hecho mediante las correspondientes pericias médicas, carece de trascendencia el que, al momento de su muerte, esté o no cortado el cordón umbilical que une a la criatura con la madre o que ésta no haya sido completamente expulsada del vientre materno, defensa aceptada por una antigua y aislada jurisprudencia (SCA Valparaíso, GT 1935-II, 123-414). En cambio, la jurisprudencia mayoritaria acepta, hoy en día, la tesis de la doctrina dominante, como puede verse en la SCS 6.1.2011 (*Repertorio*, 316). Tampoco se acepta una defensa basada en la (falta de) viabilidad de la criatura nacida que, en tanto persona, es sujeto pasivo del delito de homicidio hasta su muerte (Politoff/



Bustos/Grisolía, 49). Otra cosa es, ahora, la inviabilidad fetal, causal de interrupción del embarazo, según veremos más adelante.

En definitiva, es homicidio dar muerte a otro ser humano con vida independiente, sin atención a los procesos propios que viva su madre, vinculados al parto, expulsión o retiro de la criatura de su vientre.

Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad por el ejercicio de la medicina, alguna jurisprudencia anterior a la citada STC 28.8.2017, Rol 3729 (3751)-17 afirmó que también era “otra persona” el que estaba por nacer, configurándose a su respecto un cuasidelito de homicidio si durante el parto con fórceps se producía su muerte (SCS 16.4.2009, *Repertorio*, 482).

Lo anterior demuestra el carácter normativo y, por tanto, político y contingente, de esta limitación del sujeto activo del homicidio. Al respecto, vale la pena tener presente la asimilación legal del aborto no autorizado con el homicidio, en casos de embarazos de término, en países como los Estados Unidos (donde existe un amplio plazo y causales para abortar legítimamente), donde, según la definición del § 125.00 del Código penal del Estado de Nueva York: “*Homicide means conduct which causes the death of a person or an unborn child with which a female has been pregnant for more than twenty-four weeks*”.

## (2) *Fin de la vida humana: la muerte*

La víctima del homicidio es otro ser humano, nacido y vivo. Luego, la protección penal termina con su muerte. De allí que es también homicidio dar muerte a un moribundo, salvo los casos en que la muerte se derive de la legítima limitación del esfuerzo terapéutico, como veremos más adelante.

El problema actual es determinar en qué consiste exactamente la muerte. Antiguamente, se podía afirmar que, si se ignora en qué consiste la vida, mal puede explicarse su cesación, y “únicamente queda el hecho irrefutable en pie: la realidad misma de la muerte como negación de la vida. De aquí el que todos deben llegar a una misma definición, aunque ella carezca de todo valor científico: la muerte es la cesación de la vida; tal como si definiéramos el color negro como la ausencia de todo color” (Cousiño, Luis (1961), *Manual de Medicina Legal*, 3<sup>o</sup>. Ed., T. II, 213).

Conforme a la definición anterior, quien de un disparo hace estallar el corazón de su víctima, le causa la muerte. Sin embargo, también se la causaría el doctor que extrae el corazón sano de una persona para implantarlo en otra enferma. En ambos casos se hace cesar por un tercero las funciones respiratorias y circulatorias vitales. Esa es la cuestión jurídica que plantean los trasplantes de órganos que, por definición, han de ser saludables: extraer un corazón que late a un ser vivo es conducirlo a la muerte biológica real, aunque con ello se salve la vida de otro.



Por ello, el concepto tradicional, natural y biológico de muerte ya no es funcional a las necesidades actuales de la sociedad y ha sido normativamente reemplazado por el de muerte encefálica o cerebral, en la forma que la define el Art. 11 de la Ley N° 19.451, de 10.4.1996, que Establece Normas sobre Trasplantes y Donación de Órganos. Allí se identifica la muerte, con la “abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas”, concepto que el Art. 19 de la Ley N° 20.584 amplía a todos los casos “con prescindencia de la calidad de donante de órganos que pueda tener la persona”, tal como antes habían propuesto interpretativamente parte importante de nuestra doctrina (Etcheberry III, 28) y la STC 13.8.1995, Rol N° 220, donde se da por sentado “que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano”.

La muerte encefálica o cerebral conforme al Art. 11 de la Ley N° 19.451, debe acreditarse mediante una “certificación unánime e inequívoca” de un equipo de médicos en que participe al menos un neurólogo o un neurocirujano, debiendo certificar dicho equipo: a) “la certeza diagnóstica de la causa del mal”; y b) las condiciones mínimas que permiten verificar la muerte encefálica, a saber: ningún movimiento voluntario observado durante una hora; apnea luego de tres minutos de desconexión del ventilador; y ausencia de reflejos tronco encefálicos. El detalle de estas pruebas se encuentra regulado en el Art. 19 del Reglamento de la Ley N° 19.451, D.S. 35 (Salud) de 12.10.2013.

### c) La conducta homicida. Comisión activa

El Art. 391 N° 2 define el delito como matar a otro, esto es, quitarle la vida, en la definición también parca del Diccionario.

Se trata de una conducta definida exclusivamente por su resultado, al contrario, p. ej., de la definición de las lesiones graves del Art. 397, donde expresamente se indican las formas de la conducta punible (herir, golpear o maltratar de obra).

Por lo tanto, teniendo en consideración lo dispuesto en el Art. 1° del Código penal, en su forma activa, la conducta homicida puede definirse como toda acción que cause la muerte de otro; y en su forma omisiva, como toda omisión que no la evite. En consecuencia, tratándose de su fase activa, la acusación por homicidio debe probar que el imputado como autor ejecutó una acción y que ésta causó el resultado mortal.

Luego, si se prueba que una persona acomete a un tercero y le hiere, golpea o maltrata, y que esas heridas, golpes o maltratos son la causa de su muerte, objetivamente estamos ante un homicidio. El ejemplo, tomado de la regulación de las lesiones, permite también comprender como conducta homicida el empleo de

supercherías y otros artilugios destinados a causar impresiones en personas especialmente sensibles a ellas, si se prueba el vínculo causal entre tales impresiones y la muerte, de la misma la forma que el Art. 398 describe como un supuesto de lesiones el causarlas a otro “abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu”. La misma razón de texto permite admitir como homicidio la administración de sustancias que causen la muerte de la víctima, esto es, sustancias nocivas para ella, aunque no lo sean para terceros.

Determinado el vínculo causal, la cuestión relevante restante es el aspecto subjetivo de la conducta, esto es, la prueba del conocimiento especial de quien emplea la superchería o sustancia en cuestión acerca de las condiciones personales de la víctima que permitían, en el caso concreto, desencadenar el proceso causal de su muerte mediante el empleo de tales medios. En consecuencia, se debe rechazar la idea de que un medio destinado a causar una impresión a otro no es un medio homicida *per se*, pues la ley castigaría el “matar” y no el simple “aterrorizar” (Jiménez De Asúa, Luis (1962), *Tratado de Derecho penal*, 3<sup>a</sup> ed., T. III, Buenos Aires, 449s.). Lo cierto es que a quien “aterroriza a otro” por hacerle una broma, no puede imputársele subjetivamente la muerte del asustadizo, pero sí sería posible dicha imputación en caso de que conozca precisamente esa calidad de la víctima y la utilice como medio para conseguir su objetivo criminal. En tales casos y otros similares, una defensa teórica sobre la base de un argumento de imputación objetiva, alegando únicamente que en la generalidad de los casos —excluyendo el caso concreto que se juzga—, tales medios no conducen necesariamente a la muerte de otro, no es capaz de producir una duda razonable acerca de la responsabilidad de quien ha causado la muerte con pleno conocimiento de las consecuencias de las condiciones que ha puesto para que ella se produzca. Lo mismo vale para el alegato de que determinadas lesiones no serían mortales *per se* o, al menos no en la generalidad de los casos, si la prueba en el caso concreto conduce a la afirmación fáctica de que las lesiones inferidas condujeron a la muerte del ofendido, aunque “la naturaleza de dichas lesiones no sea precisamente mortal” (SCS 15.12.1952, *Repertorio*, 351).

Tratándose de la defensa de caso fortuito, toda la cuestión radica en determinar fácticamente si estaban o no en conocimiento y bajo control del acusado las condiciones de producción del supuesto caso fortuito o accidente, en paralelo al desconocimiento de la víctima sobre las mismas, por su propio error o ignorancia o por haber sido engañado por el acusado.

Las cuestiones relativas a la inducción a terceros o a la propia víctima a causar la muerte, a veces identificadas como medios indirectos de causarla, deben resolverse conforme a las reglas generales (Art. 15 N<sup>o</sup> 2). De todos modos, sobre ello volveremos más adelante al tratar del delito de auxilio al suicidio.

(1) *El resultado en el homicidio activo. Necesidad de la prueba de la causalidad natural. Defensas*

La conducta homicida en su fase activa, cualesquiera que sean los medios empleados, no es tal sino tentativa o frustración, en su caso, en tanto ella no produzca causalmente la muerte del ofendido. Luego, el principal problema que surge de esta constatación es establecer la relación de causalidad entre la conducta homicida y la cesación de la vida de otro, que, generalmente, no suele producirse instantáneamente. Esta prueba, desde el punto de vista de la acusación, se reduce a la determinación de la causalidad natural entre la conducta y el resultado, por los medios técnicos ahora existentes (pericias médico-legales, sobre todo). Según la jurisprudencia, la insuficiencia o falta de prueba de la relación causal debiera conducir a la absolución por este delito, al menos en su grado de consumado (*Repertorio*, 17).

Sin embargo, frente a las complejidades del curso natural del suceder causal (su regresión al infinito y su indiferenciación en cuanto a la valoración de las condiciones subyacentes para la producción del resultado, amén de las dificultades para su prueba científica), es posible intentar diversas defensas que, sin negar la existencia de dicho vínculo, permiten delimitar la responsabilidad de los potenciales imputados. Conforme a la doctrina actualmente dominante, dichas defensas pueden ordenarse bajo el rótulo de la llamada imputación objetiva. Los casos que frecuentemente se citan son los siguientes:

(A) Prohibición de regreso. Intervención de terceros y de la propia víctima

La defensa de prohibición de regreso supone probar que existió después de la intervención de un potencial imputado, la de otros terceros que actúan de manera independiente y pueden ser responsabilizados por el hecho, al poner la última causa relevante que conduce a la muerte, “de modo que se debe estar al [último] hecho concreto en examen y no retroceder más allá de él” (Garrido III, 42).

En el conocido caso de la ambulancia que, por correr precipitadamente al hospital termina incrustada en un poste, muriendo el paciente herido a bala que transportaba; se dice que la intervención del conductor excluye la imputación objetiva del resultado mortal a quien disparó: aunque la conducta realizada [disparar] se encontrase prohibida y el riesgo puesto fuese ciertamente mortal, ese riesgo no se realizó en el resultado, sino otro muy diferente. De antiguo, según Politoff/Bustos/Grisolía, 64, este es el parecer de nuestra jurisprudencia respecto a los resultados mortales derivados de errores en las intervenciones quirúrgicas, no vinculados con las heridas que las provocan.

Lo mismo vale para el supuesto abordado por nuestra jurisprudencia, de quien, encontrándose herido, rehúsa voluntariamente la ayuda de sus agresores compa-

ñeros de juega, y se deja desangrar a la vera del camino, pereciendo por falta de atención médica oportuna. El riesgo producido por la herida, no necesariamente mortal, fue llevado a ese grado por una actuación voluntaria de la víctima (impedir la asistencia oportuna), no imputable a sus autores (Etcheberry DPJ IV, 34s.). En cambio, si la atención médica no se presta por decisión exclusiva del autor de las heridas, siendo éste el único que podía procurarla, podría afirmarse que la falta de intervención del tercero salvador no le quita el carácter homicida a la conducta del autor.

### (B) Resultados extraordinarios (causas desconocidas)

Dada la complejidad del suceder causal natural, es probable que muchos o algunos resultados de las conductas humanas aparezcan, a la luz de un agente razonable, como extraordinarios, y, por tanto, no imputables a su persona.

Así, quien golpea a otro con una cuchara de palo en la cabeza difícilmente esperará producir el mismo resultado mortal que si lo hiciera con un martillo de acero. Si la víctima de un simple golpe de puño o con un arma de madera se desvanece y fallece, el imputado podría alegar en su defensa que el resultado fue, para él, extraordinario, como lo sería para cualquier agente razonable en las mismas circunstancias: el que desconoce el potencial mortal de su conducta no puede ser imputado por un resultado no querido ni previsto. Aquí se presenta el mismo problema de los conocimientos especiales antes anticipado. Así, la defensa ha de basarse en la presentación de dos pruebas que permitan inferir esa falta de previsibilidad e intención: la de que, por regla general, tales golpes no causan la muerte de otro; y la de que, en el caso concreto, atendida las circunstancias, el imputado no podía prever el resultado concreto. La prueba de cargo, en cambio, consistirá en la demostración causal de que los golpes en el caso concreto condujeron a la muerte de la víctima, y la de que el imputado conocía las circunstancias fácticas que determinaron ese suceder y las tomó en cuenta a la hora de decidir su conducta.

En el caso hipotético extremo, no es autora de un homicidio la amante que da a su pareja una “pócima de amor” a base de productos marinos —inútil para el propósito, pero al mismo tiempo inocua para cualquiera—, a la que el amado reacciona con un shock anafiláctico a causa de su alergia al yodo que la amante desconoce, lo que le provoca la muerte. En este supuesto, la conducta de la mujer ni siquiera es prohibida por la ley, ya que el hecho corriente de hacer ingerir a otro un alimento es un riesgo permitido. Pero si se prueba que la amante conoce la condición extraordinaria de la víctima y le sirve tal “pócima”, entonces la imputación causal no puede ser desvirtuada.

En cambio, no es extraordinario el resultado mortal de una herida corto punzante en el tórax del ofendido, ni el de una herida en la región abdominal — aunque el suceso derive primero en una peritonitis y luego en la muerte— (SCA Temuco, 15.12.1962, y SCS 15.12.1952, respectivamente, *Repertorio*, 17).

Luego, todos los casos posibles se reducen a la prueba de la previsibilidad y control por parte del imputado acerca del acontecer causal, no pudiéndose dar una solución general, que afirme la existencia de resultados extraordinarios *per se* no imputables objetivamente, como sugeríamos en obras anteriores.

Así, la cuestión que se suscita con el antiguo problema del golpe asesino es una asunto que debe resolverse a nivel probatorio: el que empuja o golpea a otro, quien cae al suelo producto de su estado de embriaguez y muere días después por el TEC que le causa la caída, causa esa muerte, en el sentido natural, pero sólo será responsable del homicidio (doloso) si se prueba que el golpe y la caída estuvieron precisamente dirigidos a azotar la cabeza de la víctima en un suelo duro o pedregoso, apto para causarle un TEC mortal, hecho conocido por el agente.

(C) Generalización. Homicidio concausal como supuesto de homicidio frustrado. Lesiones en caso de falta de voluntad homicida

Respecto de todos los casos anteriores, si se prueba la existencia de la intención homicida del agente y la sobrevinencia de causas no controladas ni conocidas por éste, nuestra jurisprudencia ha generalizado las conclusiones antes expuestas bajo la denominación homicidio concausal.

Se entiende por homicidio concausal aquél que tiene lugar toda vez que, con intención de matar, el agente ejecuta un hecho que por sí solo es insuficiente para producir la muerte (en el caso concreto), la que sobreviene por la ocurrencia de causas pre-existentes, concomitantes o supervinientes, ajenas a la voluntad del autor o desconocidas por éste. En tales casos, la muerte sobreviniente no se imputa al agente, quien se estima únicamente autor de un homicidio frustrado (SCA Santiago, 6.7.2007, *Repertorio*, 352).

Pero si no se puede acreditar la intención homicida, el tratamiento que a tales supuestos se dispensa por nuestros tribunales es el correspondiente a las lesiones que efectivamente se causan (*Repertorio*, 18); y eventualmente el de un delito preterintencional, si se prueba la previsibilidad del resultado, pero no la intención homicida, como en el caso de quien en un arrebato de ira golpea a otro con una cuchara de madera, golpe que deriva en un coágulo cerebral que causa la muerte del ofendido, atendida su “debilidad capilar”, conocida por el agente (Etcheberry DPJ I, 130).

#### (D) Resultado retardado

Es un hecho de la experiencia diaria que a la conducta homicida no le sigue necesariamente la muerte del ofendido y que ésta se puede retardar, pero de todos modos producirse, a pesar de los esfuerzos infructuosos practicados por terceros. Así, en un caso en que la muerte de la infortunada víctima se produjo cinco días después de recibidas las heridas, por una peritonitis generalizada causada por dichas heridas, la Corte Suprema estimó homicidio, correctamente a nuestro juicio, aunque mejores cuidados médicos pudieron salvar a la víctima, ya que se estableció que “la herida de bala maliciosa fue la causa o condición de la peritonitis” (Etcheberry DPJ IV, 34).

En consecuencia, la sola alegación de la existencia de un resultado retardado no constituye una defensa que sirva para poner en duda la relación de causalidad, si no va acompañada de una prueba que indique la presencia de la intervención posterior responsable (penalmente) de terceros o de causas sobrevinientes o concomitantes desconocidas o no controlables por el agente.

En cambio, en otras jurisdicciones, como en el derecho común anglo americano, existe todavía la regla procesal, calificada de “anacrónica reliquia”, que impide acusar por homicidio al responsable de una agresión cuando la víctima ha fallecido transcurrido más de un año desde aquella. Sin embargo, los avances de la ciencia médica han llevado a la derogación por leyes de dicha norma o a la aplicación de términos más amplios para autorizar la persecución por el delito de homicidio (Dressler, 2015, §31.01, C).

#### d) La conducta homicida. Comisión por omisión. Defensas

Entre nosotros se admite mayoritariamente que es posible imputar la muerte de otro a quien, estando obligado a evitarlo, no la evitó, concurriendo ciertos requisitos impuestos para esta clase de delitos, a saber, producción y evitabilidad objetiva del resultado, posición de garante y su asunción, y equivalencia de la omisión con la acción típica. Ello por cuanto, según ya vimos, si se interpretan sistemáticamente las escuetas expresiones del Art. 391 no castiga al que “causa la muerte” sino al que “mata”, esto es, produce de alguna forma no determinada el resultado mortal, y el 1° define el delito como “acción u omisión penada por la ley”. Y así lo ha declarado la jurisprudencia, sosteniendo que, si el texto legal presenta la posibilidad de que un hecho ilícito descrito por la ley de forma comisiva se realice por un no hacer, debe ser sancionado en igual forma que cuando se logra a través de un hacer (SCA Santiago, 19.12.1988, *Repertorio*, 16).

En cuanto a la producción del resultado, es evidente que, tratándose de una omisión, no se requiere una prueba material o científica de la causalidad, pues ella sería imposible, ya que se trata de un juicio hipotético de evitabilidad. En los tér-

minos de la jurisprudencia, pretender establecer la causalidad entre las omisiones y el resultado resulta estéril por cuanto la omisión nada causa, desde un punto de vista natural, y por lo tanto la atribución del resultado es puramente normativa (SCS 28.1.1999, *Repertorio*, 18).

Es por ello que la acusación debe probar de algún modo la evitabilidad del resultado tanto en general como en las circunstancias concretas de la muerte que se juzga. La defensa contra esa prueba puede ser tanto afirmar que es insuficiente para establecer esa evitabilidad, como presentar pruebas para fundamentar la proposición contraria, esto es, que en el caso concreto el resultado era inevitable para el imputado, hiciera lo que hiciera.

En la práctica, cuando la imputación por omisión se fundamenta en un hacer precedente o injerencia, como fuente de la posición de garante, esta prueba no se diferencia de la de la causalidad natural en los delitos comisivos. En tales supuestos, ese hacer precedente debe conducir causalmente al resultado cuya evitación se espera, haciendo posibles las defensas de prohibición de regreso y resultados extraordinarios recién estudiadas. Nuestra jurisprudencia ha admitido el hacer precedente como fuente de la posición de garante, incluso cuando es lícito, en un supuesto de actuación justificada en legítima defensa seguido de abandono del agresor, quien muere por falta de atención oportuna (SCS 4.8.1998, en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* Año III N° 3 (1999), con comentario crítico de Miguel Soto P.).

Respecto a la posición de garante en el resto de los casos, jurisprudencialmente se admiten como posiciones de garante las que derivan de obligaciones legales (p. ej., los deberes de cuidado del derecho de familia), contractuales, e incluso las de carácter “ético social” (SCA Santiago 19.12.1988, *Repertorio*, 16).

No es del todo claro, sin embargo, que una extensión ilimitada de las fuentes de posiciones de garante sea compatible con el texto vigente en Chile. Desde luego, a ello parece oponerse, por una parte, el Art. 494 N° 14, que castiga sólo con multa al “que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en des-poblado, herida maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiera hacerlo sin detrimento propio”; y por otra, el delito de omisión de dar aviso a la autoridad y socorro a las víctimas de un accidente de tránsito, del Art. 195 de la Ley de Tránsito, donde esa especial omisión de socorro tiene una pena sensiblemente inferior a la del homicidio, a pesar de que la muerte podría atribuirse a una injerencia por un hecho ilícito. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, una defensa constitucional contraria a una extensión desmesurada de las fuentes de la posición de garante podría sostenerse mediante un recurso de amparo o inaplicabilidad, en que, sin intentarse actividades probatorias, se alegue una contradicción con el principio de legalidad, al faltar la precisión del deber legal o contractual de evitación cuya omisión se imputa, elemento esencial para sostener que la comisión por



omisión respeta el principio de legalidad. La asunción efectiva de la posición de garante, que excluye a terceros salvadores, es, en cambio, una cuestión de hecho, que debe probarse por la acusación, y equivale a la afirmación probatoria de que el garante u obligado está efectivamente capacitado para ejecutar el acto de protección debido en el momento que le es exigido para evitar el resultado.

Que la acusación debe afirmar probatoriamente la equivalencia entre la omisión y la acción es un requisito impuesto por la doctrina mayoritaria para evitar condenas excesivas, que sirve como válvula de escape para no caer en un formalismo vacío de contenido. Se encuentra legalmente impuesto desde que el Código, p. ej., nos obliga a distinguir la comisión por omisión del abandono de niños y personas desvalidas, cuya penalidad se encuentra disminuida frente a los delitos de homicidio, incluso cuando quienes abandonan a niños y personas desvalidas que fallecen a causa del abandono son padres, hijos y cónyuges (Arts. 346 a 352). No obstante, se debe reconocer que, en la práctica, este requisito es difícil de diferenciar de las exigencias probatorias de la causalidad hipotética (o real, en casos de injerencia) y de la asunción efectiva de la posición de garante. Así, p. ej., un fallo rechazó esta equivalencia, aun cuando se alegó que la madre de un menor no había denunciado las lesiones que sufría previamente a su muerte a manos de su conviviente, atendida la condición de desamparo e indigencia a que la acusada y su hijo fallecido se encontraban expuestos (SCS 2.5.2011, *Repertorio*, 348).

Sin embargo, la principal defensa en los casos de comisión por omisión proviene del aspecto subjetivo de la conducta, esto es, de la necesidad de que la acusación pruebe el dolo homicida, esto es, no sólo la representación del resultado por parte del agente, sino también su voluntad dirigida a querer que la muerte de la víctima se produzca (SCA Santiago 8.8.2011, *Repertorio*, 353). Ello se explica por cuanto la mayor frecuencia de omisiones vinculadas a resultados lesivos se encuentra en el ámbito de los delitos culposos o imprudentes, con y sin representación del resultado. Así, al mismo tiempo, se acelera y no se frena al enfrentar un cruce peatonal; se cruza la calzada y no se respeta un signo de detención, etc. Esto también puede decirse de las imprudencias en los accidentes caseros o laborales. Difícilmente se podrá acreditar que en tales situaciones el obligado a evitar el daño no sólo conocía la probabilidad de que ocurriera, sino que también quería su producción o al menos la aceptaba como inevitable, y allí está el espacio de la defensa para acreditar únicamente la imprudencia o, en el mejor de los casos, ni imprudencia ni dolo, si el agente no podía en caso alguno cumplir con el deber que evitaría el resultado (como sería, p. ej., con la persona amenazada que es obligada a circular a exceso de velocidad o a no dar aviso a la policía de que sus dependientes están siendo encerrados en un frigorífico durante un asalto).

Finalmente, no se debe descartar la posibilidad de una defensa a nivel constitucional, como la planteada por Nova, quien denuncia como contraria al principio de legalidad la construcción de la figura de la comisión por omisión por



vía doctrinal y jurisprudencial, sin referencia a textos legales como Art. 11 CP España, donde se equipara la acción con la omisión cuando “exista una específica obligación legal o contractual de actuar”, y “el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente” (Novoa., Eduardo (1984), *Fundamentos de los Delitos de Omisión*, Buenos Aires, 188s). Sin embargo, se debe tener presente que en una tradición tan diferente como la del derecho común anglo americano, se admite también la comisión por omisión (*commission by omission*) y su constitucionalidad, con una estructura muy similar a la aquí expuesta: existencia de un deber de actuar derivado del derecho, capacidad efectiva de ejecución del acto debido, producción del resultado o daño no deseado y las exigencias de *mens rea* de cada delito, en nuestros términos, dolo o culpa (Dressler, Joshua (2015), *Understanding Criminal Law*, 7<sup>a</sup>. Ed., e-Book, § 9.07).

### ***B) Problemas especiales de antijuricidad: eutanasia y limitación del esfuerzo terapéutico***

Según la Sociedad Médica de Santiago, en el uso actual del término eutanasia, se reconocen las siguientes condiciones: “a) presencia en determinada persona de una enfermedad incurable, que le provoca un dolor o sufrimiento que ella, u otro, considera intolerable; b) ejecución de un acto humano deliberado, cuyo objeto es acabar con la vida de otra persona; y c) motivación originada sea en la compasión por el otro, o en el valor que se le adjudica a esa vida en términos de costo-beneficio, no justificando el que ella sea vivida”, agregándose que es discutible la “previa voluntad expresa del sujeto o de su representante” (Grupo de Estudios de Ética Clínica de la Sociedad Médica de Santiago (2011), “Eutanasia y acto médico”, RMCh, Vol. 139, 642-654, 644). En el mismo sentido, se atribuye a la Organización Mundial de la Salud la definición de eutanasia como una “acción deliberada que realiza una persona con la intención de provocar la muerte sin dolor, a otro sujeto, o no prevenir la muerte por causa natural, en caso de enfermedad terminal o coma irreversible” (Carrasco, Víctor; Crispi, M<sup>a</sup> Francisca, “Eutanasia en Chile: una discusión pendiente” (2016), RMCh, Vol. 144, 1598-1694, 1599).

Así entendida, nuestro cuerpo médico rechaza la legitimidad de la eutanasia (Goic, Alejandro (2005), “Apuntes sobre la eutanasia”, RMCh, Vol. 133, 371-375, 374)), de manera concordante con la mayor parte mayor parte de los ordenamientos occidentales, aunque no sin importantes excepciones. En efecto, el CP 1995 de España prohíbe la eutanasia y el auxilio al suicidio a ruego, aunque se establece una figura penal muy atenuada, en el apartado 4 de su Art. 143, para el caso del “que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente

a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar”, disposición que, según Muñoz Conde, 54, “complica innecesariamente la cuestión” y sería “insuficiente” para evitar la sanción penal del que auxilia activamente a otro a poner término a su vida en situación de necesidad. El homicidio a ruego o auxilio activo al suicidio se encuentra también sancionado en el §216 del Código alemán y el Art. 293 del Código holandés que, en idénticos términos, castigan con una pena menor que la prevista para el homicidio al que da muerte a otro “en razón de la petición expresa y seria de éste”; mientras el Código italiano (Art. 579) considera una forma atenuada de homicidio el hecho del que “causa la muerte de una persona con su consentimiento”. En cambio, la eutanasia propiamente tal o muerte asistida fue legalizada a fines del siglo XX en Holanda y Bélgica y, en el siglo XXI, ha conseguido un mayor nivel de aceptación en Suiza, en algunos Estados de Norteamérica, en Colombia y en Canadá, particularmente en la forma de asistencia a la muerte en el contexto de enfermedades que carecen de tratamiento médico, pero aseguran la sobrevivencia del paciente por muchos años, generalmente sujeto a padecimientos y dolores (Steck, Nicole et al (2013), “Euthanasia and assisted suicide in selected european countries and US States: Systematic literature review”, *Medical Care*, Vol. 51, 938-944). En el caso colombiano, más cercano a nosotros por la tradición latina y por su sistema de recursos o defensas constitucionales, su Corte Constitucional, en fallo de 15.12.2014 (T-970/14), al conocer una demanda de inconstitucionalidad contra el entonces vigente Art. 326 CP, que castigaba con las penas privilegiadas allí indicadas el homicidio a ruego, reconoció que el “derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente”, de modo que “condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece de profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (...), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”, quedando la persona “reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor absoluto”. De allí que, además, estableció que el médico que practica el auxilio al suicidio en esas condiciones (paciente terminal y voluntad libre del mismo, básicamente), no debía ser sancionado. Posteriormente, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió, el año 2015 un Protocolo para la aplicación del procedimiento de eutanasia en Colombia, conforme lo ordenado por la Corte.

En Chile, en cambio, el Art. 14, inc. 3°, Ley N° 20.584, establece, junto al derecho del paciente a otorgar o denegar su consentimiento a cualquier tratamiento, que “en ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio”. Luego, dado que el Art. 16 del mismo cuerpo legal permite la limitación de los esfuerzos terapéuticos y los tratamientos paliativos en casos de enfermedades terminales, es posible sostener que, conforme a lo dispuesto en los Arts. 19 y 20 CC, por prácticas eutanásicas prohibidas han de entenderse únicamente las

acciones médicas que tienen por finalidad directa causar la muerte del paciente, a su ruego (o no). En consecuencia, no es lícito a nuestro cuerpo médico recetar sustancias que aceleren artificialmente la muerte ni colaborar con su administración, aún a ruego. Tales hechos constituirían delitos de homicidio del Art. 391 o auxilio al suicidio del Art. 393, según la forma de su realización.

Este sería el tratamiento que nuestra ley dispensaría a casos relevantes en la discusión ética, como el del parapléjico expuesto en el film *Mar Adentro* de Alejandro Amenábar, de 2004, que sin encontrarse en situación de muerte inminente, requería la ayuda del cuerpo médico para terminar con su vida que consideraba subjetivamente como no digna de vivirse; situación que con referencia a la actuación de un tercero no médico, aparece también en la película *Million Dollar Baby*, de Clint Eastwood, del mismo año 2004.

Según el Art. 16 Ley N° 20.584, también podría considerarse entre nosotros una forma de eutanasia prohibida la desconexión de “las medidas de soporte ordinario” de la vida, aún a solicitud del paciente. Lamentablemente, la ley no ha definido qué se entiende por tales medidas y eso provoca incertidumbres dada la dispersión de criterios entre los especialistas médicos en la materia (Figueroa, Rodolfo G. (2012), “Consentimiento informado en la nueva ley de derechos de los pacientes”, RMCh, Vol.140, 1347-1351, 1349). Pero parece poco discutible que la hidratación y alimentación intravenosa son “medidas de soporte ordinario”, por lo debería concluirse que, en casos como el de Eluana Englaro, cuya desconexión fue permitida por la justicia italiana, provocando un enorme debate público, como queda reflejado en el film *La bella addormentata* de Marco Bellocchio (2012), nuestra ley no permitiría su desconexión. Y, en el otro extremo, también parece ser mayoritario el consenso médico en orden a que la limitación del esfuerzo terapéutico comprende la interrupción o suspensión de medidas que prolongan artificialmente la vida, como p. ej. “el retiro de drogas vaso activas o la ventilación mecánica” (Canteros, Jorge *et al* (2007), “Limitación al esfuerzo terapéutico”, *Revista Chilena de Medicina Intensiva*, Vol. 22, 93-96, 95). En el caso de la transfusión de sangre y otros procedimientos de vida o muerte, nuestros tribunales han resuelto el eventual de desacuerdo entre el cuerpo médico y los pacientes o sus representantes, sobreponiendo el derecho a la vida a la autonomía de los pacientes y, particularmente, a su credo religioso (SCA Rancagua 22.8.1995, FM 443, 1378).

#### a) Limitación del esfuerzo terapéutico (LET)

Por limitación del esfuerzo terapéutico se entiende “la decisión de retirar o no iniciar medidas terapéuticas porque el profesional sanitario considera que, en la situación concreta del enfermo, son inútiles o fútiles” (Solís G. Julián; Gómez, Ignacio (2012), “El límite del esfuerzo terapéutico en las publicaciones españolas”,

en *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXIII, 641-656, 641). El concepto se identifica en parte con la antigua idea de eutanasia pasiva, aunque se diferencia de ésta por la posibilidad de poner activamente término a tratamientos que se demuestran desproporcionados para propósitos terapéuticos (Carrasco y Crispi (2016), 1599).

En la práctica clínica, las medidas terapéuticas que son limitadas en tales casos, esto es, no aplicadas o retiradas, consisten generalmente en “intubación endotraqueal, ventilación mecánica invasiva, aporte de drogas vasoactivas, antibióticos de última generación” y en “el no ingreso a unidades de mayor complejidad” (Paredes, M<sup>a</sup> Cristina (2012), “Limitación del esfuerzo terapéutico en la práctica clínica. Percepciones de profesionales médicos y de enfermería de unidades de pacientes críticos de un hospital de adultos en la Región Metropolitana”, *Acta Bioethica*, Vol. 18, 163-171, 168). Un caso especial es el de la limitación de la reanimación cardio pulmonar, cuyos magros resultados clínicos han llevado al establecimiento de las llamadas órdenes de no reanimación, esto es, la decisión anticipada de no someter al paciente a ese procedimiento en casos de para cardíaco (Gempeler, Fritz, Brigard, Ana (2016), “Órdenes de no reanimación en el paciente adulto”, en *Universitas Médica*, 374-382, 375).

La Ley N° 20.584 legaliza los procedimientos que tienden a la limitación del esfuerzo terapéutico, en dos casos:

- i) Cuando cuentan con el consentimiento del paciente (Art. 16); y
- ii) Cuando, no contando con dicho consentimiento, son recomendados por el Comité de Ética Asistencial de la institución prestadora o la Corte de Apelaciones respectiva, en caso de reclamo (Art. 17).

La limitación del esfuerzo terapéutico no alcanza, según la Ley, a las “medidas de soporte ordinario” ni a “los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad”, que, en la práctica médica, se traducen en “analgesia, sedación y alimentación, siempre con el fin de proporcionar un alivio” (Paredes (2012), 168).

Conforme al principio del doble efecto, en estos casos la administración de analgésicos y sedantes no se considera una forma de acelerar artificialmente la muerte del paciente, aunque ello sea un efecto secundario de su administración (la anteriormente llamada eutanasia activa indirecta), pues de otro modo no podría permitirse hacer efectivo el derecho de recibir un tratamiento que haga más soportable la enfermedad, una vez que se ha determinado la inexistencia de tratamientos que permitan la recuperación del paciente (Goic (2005), 374).

La Ley N° 20.584 ha recogido así el mandato del Código de Ética del Colegio Médico de Chile, según el cual “ante la inminencia de una muerte inevitable, es lícito que el médico, en conciencia, tome la decisión de no aplicar tratamientos que procuren únicamente una prolongación precaria y penosa de la existencia” (Art. 23, inc. 3°).

## b) El problema de decidir la administración de medios de sobrevida artificial escasos ante demandas extraordinarias

Como es sabido, en la actualidad existen dispositivos de emergencia que ante eventos agudos son capaces de rescatar pacientes y, literalmente, volverlos a la vida, mediante la mantención o recuperación artificial de las principales funciones vitales (respiración, circulación, funcionamiento renal, etc.). El problema es que tales medios o dispositivos son escasos y se tornan más escasos en situaciones de emergencia (piénsese en catástrofes naturales o accidentes de tránsito, aviación o ferrocarril masivos). ¿Cómo decidir la administración de tales medios sin incurrir en el delito de homicidio, al desconectar a un paciente con pocas probabilidades de vida o no proveer un tratamiento de emergencia al que tenía muchas, siempre que dicha desconexión le beneficiara?

En primer lugar, cabe recordar que, tal como se señaló a propósito del concepto de muerte, tratándose de personas en estado de muerte cerebral acreditado, de acuerdo con las prescripciones que al respecto contiene Ley N°19.451, no existe obligación alguna de mantener artificialmente la sobrevida de los órganos del muerto que fue un paciente y ahora es un cadáver, procediendo su desconexión sin más trámite para salvar personas que tengan expectativas de sobrevivencia. En cambio, a falta de tal acreditación, no podría el médico desconectar un paciente sin su voluntad, cualquiera sea la situación de crisis que se enfrente, pues, por una parte, carecería de elementos de juicio para asignarle a una vida mayor valor que otra; y por otra, la desconexión, para ser legítima en Chile, requiere expresamente la voluntad del paciente o de sus representantes, la que puede otorgarse únicamente si con ello no se acelera artificialmente su muerte.

Tratándose de elegir qué pacientes conectar o no, en caso de insuficiencia de máquinas, la cuestión debiera resolverse, a nuestro juicio, atendiendo a los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad subyacentes en todas las causales de justificación y, en particular ahora, a la del Art. 10 N° 11, por lo que la decisión entre uno y otro paciente sólo sería justificable cuando exista una prognosis acerca de las mayores posibilidades de sobrevida del beneficiado, y siempre que la utilización de ese escaso recurso vital sea el único medio disponible para dicha sobrevida.

## C) *Culpabilidad en el homicidio*

Como señala acertadamente Garrido III, 45s., hoy en día, salvo la determinación del contenido del dolo homicida, las restantes cuestiones relativas al mismo (si se admite o no el dolo eventual, la culpa, la preterintención y el error de tipo) no ofrecen “particulares alternativas”, atendido su desarrollo y explicación en los estudios de parte general, a los que nos remitimos.

Sin embargo, al igual que con los problemas derivados de las defensas basadas en la exclusión de la relación de causalidad, abordaremos aquí resumidamente, junto al del contenido del dolo homicida, las principales defensas que suelen presentarse en los textos de estudio sobre esta materia, basadas en la ausencia de dolo.

a) El contenido del dolo homicida. Limitación de la defensa de falta de *animus necandi* por la aceptación del dolo eventual

El dolo homicida consiste en el conocimiento de la aptitud de la conducta desplegada para conducir causalmente a la muerte de otro o no evitarla, con la intención de que la muerte se produzca.

Normalmente, cuando se discute la presencia de este elemento subjetivo, en su aspecto volitivo o intencional, su prueba es indirecta, infiriéndose el estado mental del agente de hechos objetivos acreditados, como el tipo de arma utilizado y el lugar donde se causan las heridas (SCS 11.6.1997, *Repertorio*, 27: una estocada en la caja torácica permite inferir el dolo homicida.), o las motivaciones subyacentes (generalmente económicas o sentimentales) que podrían explicar las ventajas para el homicida derivadas de la muerte de su víctima (SCA Santiago, 4.4.1961, *Repertorio*, 352).

Además, se admite como suficiente para configurar el elemento volitivo de este delito, en casos de no poderse probar la intención de la producción de la muerte, la prueba de un estado mental que se estima funcionalmente equivalente, consistente en la representación como segura de la producción de la muerte (SCA Punta Arenas 4.6.2007, *Repertorio*, 352), o al menos la representación de que sería probable y su aceptación por parte del agente (SCS 14.11.2011, *Repertorio*, 352). En este último caso se discutía si golpear a un tercero sin armas de fuego o cortantes podía constituir homicidio doloso o no. La Corte estimó que la prueba de tales golpes, que continuaron tras abatir a la víctima, y el abandono posterior de la víctima en la vía pública, sin prestarle auxilio, permitían inferir que los agresores se habían representado el resultado de muerte. También se consideró doloso el actuar de quien empuja a otro (ebrio y al borde de un río caudaloso como el Maipo), por haber aceptado un resultado que se representó como posible (SCA Santiago 20.4.1970, Etcheberry DPJ IV, 32).

En todos estos casos, a pesar de faltar la intención homicida, la equivalencia funcional de los estados mentales referidos lleva a nuestros tribunales a afirmar que su tratamiento penal ha de ser el del homicidio doloso (SCS 12.11.2002, *Repertorio*, 353). En contra, se plantea la posibilidad de considerar los supuestos de dolo eventual como formas culposas de comisión, con una pena sensiblemente más baja, con fundamento en la asimilación literal del dolo a la malicia y el cas-

tigo diferenciado y específico del abandono de niños y personas desvalidas (Arts. 348, 351 y 352), donde podrían apreciarse casos de dolo eventual (Novoa, Eduardo (2005), *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*, 3.<sup>a</sup> Ed., T. I, Santiago, 491).

Por lo anterior, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias no admiten en términos generales la defensa de falta de *animus necandi*, salvo casos excepcionales, como en la SCS 3.6.2011 (*Repertorio*, 352), donde se rechazó la acusación de homicidio frustrado de un fiscal del Ministerio Público del Art. 268 ter, afirmándose que no se conciliaba con la exigencia del *animus necandi* el que los acusados dispararan contra una hilera de automóviles que transitaban en orden aleatorio, declarándose únicamente la existencia de una suerte de dolo genérico de lesionar.

## b) Las defensas de homicidio preterintencional y de falta de previsibilidad absoluta

Admitido como equivalente al dolo la prueba del estado mental que configura el dolo eventual, esto es, la de la previsibilidad del resultado y su aceptación por parte del agente, la defensa de preterintencionalidad queda limitada a demostrar que, si bien las lesiones causadas o no evitadas eran intencionales, el resultado de muerte que les sigue no era previsible para el agente; o, siendo probable o previsible, no lo aceptaba.

En términos generales, la preterintencionalidad es, entonces, una figura que se presenta cuando el evento típico supera la realización del dolo del hechor, generando que el daño ocasionado sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado (SCS 14.11.2011, *Repertorio*, 353). Requiere, por tanto, una acción dolosa de lesionar, ausencia de dolo homicida (directo o eventual); resultado de muerte; un nexo causal entre la conducta y el resultado, y culpa respecto a ese resultado (SCA San Miguel 6.6.2004, *Repertorio*, 353).

Probada la defensa, es absolutamente dominante entre nosotros la tesis de que, en tales circunstancias, no puede atribuirse al autor el homicidio a título doloso, sino a lo más culposo, si el resultado era previsible. Sin embargo, en el siglo pasado, Novoa sostuvo que no era posible esta solución ni aún la aceptación del homicidio preterintencional, pues la ley chilena no exigía un dolo de matar, sino sólo la intención genérica e indeterminada de herir, golpear o maltratar, atribuyéndose a esa intención todos los resultados de tales actos, previstos e imprevistos. Las fundadas críticas a esta postura, que considera como único requisito probatorio de la acusación una suerte de *dolus generalis* de lesionar a otro, eliminando de raíz la diferencia entre homicidio y lesiones a nivel subjetivo y transformando a todas estas figuras en delitos calificados por el resultado, llevaron al propio Novoa (2005 I, 555), a rectificarla, a pesar de su éxito inicial en la jurisprudencia de nuestros tribunales.



El efecto de esta defensa es obtener la separación de las imputaciones, de modo que se impongan consecuencias penales diferenciadas por las lesiones dolosas causadas o no evitadas, en concurso ideal del Art. 75 con el cuasidelito de homicidio de los Arts. 490ss, que contempla una significativa rebaja penológica (SCS 17.8.2005, *Repertorio*, 354).

No obstante, en la práctica no siempre es fácil la diferenciación fáctica que propone la defensa del homicidio preterintencional, pues si estamos ante un supuesto de homicidio culposo o doloso, particularmente con dolo eventual, es una cuestión que el Tribunal debe apreciar atendiendo preferentemente a los hechos objetivos probados en la causa: “los medios empleados para la comisión del delito, la región del cuerpo en que se infringió la lesión, las relaciones existentes entre el ofensor y la víctima, las amenazas o manifestaciones hechas por el culpable; si el homicidio se realizó con arma de fuego, la clase y el calibre del arma, la dirección y la distancia a que se hizo el disparo, etc.” (Labatut/Zenteno II, 160).

Por otra parte, aun admitiendo que teóricamente la solución correcta en tales casos sea aplicar la regla del Art. 75 al concurso entre lesiones dolosas y el homicidio culposo consumado, ello no siempre es posible en la práctica, conforme al mérito de los hechos probados en la causa, por la incertidumbre acerca de la naturaleza de las lesiones provocadas, ya que, atendidos sus efectos y duración, las variaciones penológicas pueden ser importantes. Este problema probatorio debe resolverse como tal, y no omitiendo el castigo por las lesiones, salvo que, por su insignificancia clínica, éstas puedan ser absorbidas por la pena del homicidio culposo consumado (Politoff/Bustos/Grisolía, 78, nota 102).

### **c) La presunción de voluntariedad y la exclusión del dolo en virtud de la defensa del error**

La defensa del error se opone a la máxima de la experiencia reflejada en el Art. 1º, según la cual las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario, presunción de carácter simplemente legal, sujeta a la valoración de las pruebas presentadas en juicio. Se admite aquí que el Art. 1º alcanza para presumir al menos el aspecto cognoscitivo del dolo, por cuanto a su respecto se cumplen los requisitos para hacer admisible una presunción en un sistema acusatorio, a saber: a) la exigencia de la prueba de los antecedentes (en este caso, de la conducta concreta y el resultado de muerte); b) que el carácter de la presunción no sea imperativo en contra del acusado, trasladándole la carga de la prueba de su inocencia o impidiéndole derechamente probarla (nada impide que de los propios antecedentes de la investigación se deriven los que sirven para la prueba del error); y c) que la deducción o inferencia que contiene sea razonable, esto es, que ella pueda considerarse como un reflejo o simple formalización de lo que nosotros denominamos máximas de la experiencia (por regla general, los



hombres actúan con conocimiento de causa) y en Estados Unidos se equipararía a una regla del derecho común (Dressler, 2015, §§ 8.02s.).

Es decir, mientras la fiscalía puede probar el elemento cognoscitivo del dolo a partir de la presentación de un imputado que, externamente, no parezca tener problemas cognoscitivos, de modo que pueda reputarse en su caso que al menos tenía consciencia de lo que estaba haciendo en el caso concreto, la defensa debe probar el error o, al menos, sembrar una duda razonable sobre las posibilidades de que un hombre puesto en la situación del imputado pudiera creer otra cosa, según el contenido de las pruebas de la acusación.

La defensa del error, como ignorancia o falsa representación de la realidad se traduce, por tanto, en la prueba de que el imputado (y cualquier persona razonable) podía creer que lo que hacía tenía un significado diferente al de la realidad. Así, en el ejemplo académico de quien aprieta un botón creyendo, por el engaño de otro, que se trata de participar en un juego electrónico, cuando en realidad está disparando el detonador de una bomba situada a kilómetros de distancia (como en la película *El Juego de Ender*, de Gavina Godo, 2013), se debe probar el engaño para justificar que cualquier persona podría creer en esa situación que estaba en un juego y no accionando dispositivos explosivos. Lo mismo ocurre en el transporte de objetos ajenos o propios que ha sido intervenidos: quien alega el error debe probar que desconocía el contenido del objeto transportado, por haber sido engañado por quien se lo entrega o haber sido intervenido su equipaje por terceros, sin su consentimiento. Los tradicionales ejemplos académicos se resuelven de la misma manera: quien dice creer que en una cacería dispara a un alce y no a un ser humano, debe probar que la víctima se encontraba al momento de su muerte disfrazada de alce, de tal modo que cualquiera pudiera confundirse; o que se encontraba en un lugar que todos los cazadores suponían libre de seres humano, por haberse prohibido su presencia allí, agazapado y escondido de modo que nadie pudiera verlo, etc.

### (1) *Limitación de la defensa del error que recae sobre el curso causal. El problema del dolo de Weber*

Tratándose del error sobre el curso causal, se entiende por regla general que una defensa basada en un error no esencial no es suficiente para alterar la responsabilidad por el delito consumado, como sería el caso de quien alega y prueba que quería la muerte de su víctima por el golpe que sufriría al caer desde la altura en que la lanza y no por haber sufrido en el trayecto un paro cardíaco o haber sido golpeado por un vehículo en movimiento antes de tocar el suelo.

Distinta es la situación en que se puede probar que a una tentativa de homicidio que el agente cree exitosa, pero en realidad ha fracasado, le sigue efectiva-

mente el entierro de su víctima, viva aún (el caso del llamado dolo de Weber). Si efectivamente se prueba que, en el caso concreto, cualquier persona razonable podría creer que la víctima se encontraba muerta el momento de enterrarla, correspondería sancionar el primer hecho a título de tentativa o frustración dolosa y el segundo, a título de consumación culposa, si era previsible la supervivencia de la víctima y el agente tenía la capacidad para percibirlo; e incluso llegar a la absolucón si esa supervivencia ni siquiera era previsible o el agente se encontraba absolutamente incapacitado para percibirla.

Garrido III, 47, llega a una solución similar, afirmando que en tales casos debe distinguirse entre el supuesto en el cual “el sujeto desde el principio de la comisión del delito pretende realizar la segunda actividad” (que denomina *dolus generalis*), de aquél en que esta segunda conducta sólo es decidida una vez realizada la primera objetivamente fallida, pero que erróneamente se cree consumada, admitiendo sólo en este último caso la solución consistente en juzgar cada hecho conforme su propia subjetividad (homicidio doloso frustrado en concurso real con homicidio culposo consumado); en tanto que, para el caso de *dolus generalis*, habría que admitir un error no esencial en el curso causal, pues “el dolo inherente a la actividad delictiva comprende o abarca el acto posterior que provoca la muerte”.

## (2) Limitación de la defensa del error en la persona en los casos de error en la identidad. Error en la persona *vel objecto* y *aberratio ictus*

El texto del inc. 3° del Art. 1° impone la pena del delito que se comete, aunque el mal recaiga en una persona distinta de la que se propuso ofender, ordenando no tomar en cuenta las circunstancias desconocidas por el agente que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenuarían.

De allí que la alegación y prueba de una defensa basada en el error en la identidad de la persona resulta, por regla general, irrelevante para eximir la responsabilidad, a menos que dicha identidad sea parte de la descripción de un delito (error en la persona *vel objecto*), como ocurriría en el delito de parricidio el Art. 390, supuesto que haya de juzgarse conforme a dicha figura el caso de la muerte de Layo en *Edipo Rey* de Sófocles: aquí, la prueba del error podría servir de atenuación de la pena, evitando el castigo por parricidio y restando sólo el que corresponde por homicidio (*Actas*, Sesión 116, 212).

Pero tampoco se aceptará la atenuación cuando todas las víctimas comparten la característica personal, como resolvió la Corte Suprema en un caso de envenenamiento indiscriminado: el padre que pone veneno en el alimento de toda la familia, “solo” para matar a su cónyuge, responde por los resultados mortales y lesivos, al mismo tiempo previsibles y aceptados, causados a sus hijos (SCS 10.10.1967, Etcheberry IV, 97).

La defensa del error tiene mayor relevancia en los casos de *aberratio ictus* o error en el golpe, que parte importante de nuestra doctrina y la jurisprudencia mayoritaria estiman también regulados en el Art. 1º, inc. 3º, “atendido el tenor del texto y la finalidad que subyace en él” (Garrido III, 48). Según esta interpretación, dominante en la jurisprudencia, se impondrá solo la pena del homicidio consumado doloso que se pretendía cometer sobre A, aunque resulte muerto B (*Repertorio*, 19s.).

A nuestro juicio, sin embargo, la cuestión ha de resolverse recurriendo a la distinción entre la culpa consciente y el dolo eventual, esto es, a las pruebas que permitan inferir que el autor, representándose el resultado mortal en una persona diferente de la que se propone ofender, ha actualizado en su conducta su intención de no herirla o, por el contrario, ha actuado respecto de este resultado de manera indiferente. Así, si se dispara con precisión un arma de fuego y el disparo se desvía materialmente por una causa completamente fuera de control del agente (la interposición de la propia víctima, p. ej.), la muerte de quien no era el destinatario del disparo a lo más podría atribuirse culposamente (SCS 13.12.1909, *Repertorio*, 20). Pero si con un arma de repetición se disparan varios tiros contra una persona que se encuentra rodeada de otras, y es alguna de estas otras la que muere, no parece haber culpa en el autor, sino dolo, al menos eventual y hasta es posible que de consecuencias necesarias; y, por tanto, tampoco habría un solo delito de homicidio consumado, sino un concurso material entre la tentativa de homicidio del destinatario primigenio de los disparos y el homicidio consumado de las infortunadas víctimas.

#### D) *Iter criminis* y concursos

##### a) La defensa de faltar uno o más actos para consumir el delito (tentativa vs. frustración)

Nadie duda de que, si se intenta matar a otro y, por una causa independiente a la voluntad del agente, el resultado no se produce, la conducta ha de quedar en grado de frustración y no será posible el castigo a título de delito consumado. Sin embargo, dado que la penalidad de la tentativa es obligatoriamente inferior en un grado a la del delito frustrado, se plantea la discusión de determinar cuándo se ha puesto todo lo necesario para que el delito sea frustrado o sólo tentado.

Al respecto, dos son las ideas principales que parecen dominar la solución del problema en la jurisprudencia: por una parte, la realización completa del hecho desde el punto de vista del agente y, por otra, el peligro objetivamente corrido por la víctima. Si al delincuente no le queda nada por hacer y la acción está terminada, se dice que el delito está “subjétivamente consumado” y habrá frustración cuando de ello no se sigue el resultado típico esperado (SCS 24.09.2007, *Repertorio*, 32). Así, las acciones que hacen necesario rescatar a la víctima con maniobras

de reanimación, los disparos a quemarropa y las heridas en zonas vitales que no producen la muerte por la oportuna intervención médica, son casos de frustración y no de tentativa (*Repertorio*, 33). Pero, según alguna jurisprudencia reciente, no habrá frustración sino tentativa cuando, a pesar de encontrarse terminada la conducta del agente desde su punto de vista, ésta no lo estaba desde un punto de vista externo, por ser relativamente inidónea para causar la muerte, como en el caso de quien dispara con mala puntería y un arma de bajo calibre a personas que se movilizan en motocicleta (SCS 26.11.2010, *Repertorio*, 33). En contra de este resultado, la jurisprudencia anterior tendía mayoritariamente a sostener como frustrado el ataque con armas de fuego, aun cuando no produjera heridas o las producidas no fueran de gravedad (Etcheberry DPJ II, 321s.), concordante con un sector importante de la doctrina (Garrido III, 41).

## **b) El problema de la relación concursal entre el homicidio frustrado (tentado) y las lesiones producidas**

En el ejemplo de Politoff/Bustos/Grisolía, 66, donde “A quiere dar muerte a B; yerra el golpe y B, aunque no fallece, queda ciego”, se suscitaba antiguamente un problema con la pena del homicidio frustrado, que era un grado inferior a la de las lesiones resultantes. Sin embargo, tras el aumento de las penas del delito de homicidio con la reforma del año 2014 (Art. 1º Ley N° 20.779) y la eventual aplicación de límites acotados de discreción judicial a la hora de determinar las penas, en casos de delitos cometidos con armas de fuego (Art. 17 B, inc. 2º, Ley N° 17.798), ese problema ya no se presenta.

Los problemas subsistentes tendrían que ver, entonces, con el hecho que se considere una tentativa de homicidio o con las lesiones que se causen en momentos anteriores al del homicidio frustrado (o tentado). Aquí, aunque es posible la afirmación de que la vida como bien jurídico puede diferenciarse de la salud, ello sólo es en un sentido, esto es, cuando decimos que se puede atacar la salud sin destruir la vida, pero no en sentido inverso. Es por ello que mientras exista intención homicida, diremos que las lesiones causadas para realizarla o que acompañan a su realización, deben ser consideradas, por regla general, hechos comprendidos en el acto pretendidamente homicida o, al menos, actos acompañantes típicos del mismo, de modo que su penalidad queda absorbida en el hecho más grave. Pero cuando por cualquier razón la penalidad del homicidio frustrado o tentado no pueda comprender la de las lesiones causadas, entonces resurgirán éstas y se producirá un concurso ideal entre ambas figuras.

Con todo, ha de tenerse en cuenta que las lesiones que se causan únicamente para aumentar inhumanamente el dolor del ofendido permitirán considerar el hecho como homicidio calificado, cuyas elevadas penas permiten comprender toda la gama de las lesiones causadas, aún de considerarse en grado de tentativa. Ade-

más, en caso de lesiones causadas por empleados públicos que puedan calificarse de torturas, debe aplicarse a su respecto la especial regulación del Art. 150 B.

### c) Concursos entre diferentes figuras de homicidio

La existencia de distintas agravaciones y atenuaciones en las figuras de homicidio puede dar pie a diferentes combinaciones de ellas. Así, el propio Código prevé una cláusula de subsidiariedad expresa en el encabezado del Art. 391 (“el que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior”), para resolver el supuesto de quien, p. ej., mata a su padre con veneno, el que sólo será castigado a título de parricida, pudiendo considerarse el envenenamiento como circunstancia agravante genérica del Art. 12 N° 2, para efectos de la determinación de la pena. Es el mismo principio de subsidiariedad entre dos figuras especiales y una genérica, el que determina que, no siendo propiamente una figura especial de parricidio u homicidio calificado, el infanticidio, como figura privilegiada de homicidio, les prefiera en caso de concurso, tal como concluyen, por diferentes razones, Politoff/Bustos/Grisolía, 107-108.

Otras combinaciones posibles son las del delito que empieza como homicidio simple y termina como homicidio calificado, y viceversa. Aquí lo que entra en juego no es ya el principio de subsidiariedad, sino el de consunción. Esto es claro en el primer caso propuesto: quien después de propinar el golpe mortal decide súbitamente ensañarse con la víctima en su agonía, será castigado únicamente por el homicidio calificado, cuyo mayor desvalor absorbe el de homicidio simple común. Lo mismo sucede en el segundo supuesto: si alguien ataca alevosamente a otro, que no muere en el ataque, sino que logra repelerlo y defenderse, pero sin éxito, pereciendo en la refriega subsiguiente, la pena de la tentativa de homicidio calificado resultaría inferior a la del homicidio simple consumado, cuyo mayor desvalor (por incorporar el de la muerte realmente causada) la absorberá.

### d) Homicidio y otros delitos comunes. Concursos con figuras complejas especiales e inhumación ilegal

También en relación de especialidad con la figura básica y subsidiariedad con las restantes se encuentran las figuras de atentados a la autoridad del Art. 5° a) Ley N° 12.927, secuestro y sustracción de menores con homicidio de los Arts. 141 y 142, torturas con homicidio del Art. 150 A, muerte de fiscales y defensores públicos del Art. 268 ter CP, violación con homicidio del Art. 472 bis y robo con homicidio del Art. 433 N° 1. Aquí también cabe alegar *non bis in idem* y proponer como pena única la del delito más grave entre las figuras especiales de homicidio concurrentes, cualquiera sea su grado de ejecución.

En consecuencia, de no probarse por la acusación el elemento del delito especial, compuesto o complejo que se trate (defensa de insuficiencia o falta de prueba), se hace posible el resurgimiento tanto del homicidio simple como del calificado y aún del parricidio, en su caso. Así se ha fallado que si no se acreditó que la intención de los autores fuera mantener secuestrada a una víctima de homicidio, ha de castigarse únicamente por este delito, respecto del cual concurren sus elementos objetivos y subjetivos, sin atención al tiempo de privación de libertad necesario para su comisión, excluyendo la aplicación del secuestro calificado del Art. 141, inc., 5°; y que si no puede acreditarse que la muerte se ha ejecutado en función de la apropiación, entonces cabe apreciar un delito de homicidio en concurso real con un hurto, en vez de la figura complejo de robo con homicidio del Art. 433 N° 1 (SCA Valparaíso 4.6.2010; y SCA San Miguel 21.12.1995, respectivamente, *Repertorio*, 354).

Tratándose de la concurrencia de alguna forma de homicidio con el delito de inhumación ilegal posterior del cuerpo de la víctima, sancionada en el Art. 320, nuestra jurisprudencia ha aceptado la defensa de la consunción, considerando que si la acusación ha probado tanto el homicidio como la inhumación ilegal, ésta sería un acto posterior copenado del cual debe absolverse al acusado, aplicando el mismo principio subyacente a las reglas del encubrimiento, según el cual éste no puede apreciarse respecto del responsable del delito como autor o cómplice. Así se lee en la SCS 17.10.2012, respecto de un supuesto de hecho que consistía en el intento de quemar el cuerpo de la víctima y su posterior entierro por parte de los homicidas; y en la SCS 1.4.2003, donde se afirma que el desvalor del homicidio debe subsumir al de la inhumación ilegal, absolviendo por este último delito (ambos fallos citados en *Repertorio*, 354).

#### **e) Homicidio y uso de armas. (i) Prohibición legal de la defensa de consunción en el uso de armas de fuego y admisibilidad en el de otras**

La Ley N° 20.813, de 6.2.2015, introdujo un nuevo Art. 17 B en la Ley N° 17.798, Sobre Control de Armas, cuyo inc. 1° dispone que “las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal”.

La ley resuelve así, negativamente, la controversia doctrinal y jurisprudencial acerca de la admisibilidad de la defensa de consunción de alguno de los delitos de posesión, porte o tenencia de armas respecto del homicidio (y en realidad, de cualquier otro delito en que se empleen las armas cuya posesión, tenencia o porte se prohíbe y que allí se especifican). Según el texto expreso de la ley actualmente vigente, en tales casos corresponde la acumulación material de las penas de todos

los delitos concurrentes, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 74. El legislador tuvo en consideración para ello el hecho de que el delito de porte o tenencia de armas es uno de posesión, permanente y peligro común, diferenciable no sólo en el objeto de protección del delito de homicidio (y de cualquier otro que se cometa con ellas), sino también espacial y temporalmente, lo que permite excluir una defensa basada en el principio de *non bis in idem*.

En consecuencia, habiéndose además aumentado las penas del porte de armas absolutamente prohibidas y bajo control, y derogado tanto la disposición que establecía la posibilidad de considerar la posesión de ciertas armas sujetas a control como meras infracciones administrativas (antiguo Art. 9° Ley N° 17.798) como las agravantes antes existentes por cometer delitos con armas de fuego (antiguos Arts. 12 N° 20, e incs. 2° a 4° Art. 450), parece no existir lugar para una defensa basada en la consunción del hecho menos grave en el delito de homicidio que se comete con las armas que se poseen, portan o tienen en su poder. No obstante, se debe considerar que para el castigo a título de concurso material de estas dos infracciones, es necesario demostrar que dichas armas se poseyeron, tuvieron o portaron al menos un instante antes o después de la comisión del delito de homicidio que se trate, diferenciación espacio—temporal que legitima la acumulación material prevista. En cambio, si únicamente se tiene la prueba del uso del arma en el homicidio, la defensa de consunción podría ser todavía admisible, siempre que efectivamente el delito relativo a la posesión de armas resulte copenado en la sanción a imponer por el delito de homicidio.

Por otra parte, esta reforma legal vino a reforzar la defensa de consunción en los casos de comisión de homicidio con otras armas (cortantes o punzantes, básicamente), cuyo porte en público se castiga por el Art. 288 bis, incorporado por la Ley N° 19.975, de 5.10.2004. En efecto, en este caso habrá de consentirse que, atendida la escasa cuantía de la pena impuesta en tal caso (presidio menor en su grado mínimo o multa), y que no representa el riesgo común del arma de fuego, sí puede y debe considerarse absorbida su utilización en el castigo del delito de homicidio correspondiente.

#### f) Homicidio y uso de armas. (ii) Concurso de homicidios múltiples

En el ejemplo de Garrido III, 40, cuando “con una granada se causa la muerte de tres individuos que estaban reunidos”, una lectura superficial de la regla del Art. 17 B, inc. 1°, de la Ley N° 17.798, pareciera indicar que deberíamos recurrir a la imposición en concurso material de todas las penas correspondientes, tanto a cada uno de los homicidios cometidos como a la específica infracción de la ley de armas que se trate, según la clase de arma empleada.



Sin embargo, esa conclusión debe rechazarse, pues lo único que ordena expresamente el Art. 17 B Ley N° 17.798 es la acumulación de las penas del delito de la ley de armas que se trate junto con la de los restantes delitos cometidos. En consecuencia, nos encontramos ante un concurso material entre una reiteración de delitos de la misma especie, los múltiples homicidios, regulada por el Art. 351 CPP y el delito de la Ley N° 17.798 que se haya cometido. Una posibilidad de unificación jurídica de estos hechos sólo cabría de aceptarse que ellos puedan calificarse también como conductas terroristas, de conformidad con los Arts. 1° y 2° Ley N° 18.314, caso en el cual correspondería la única pena que la gravedad del hecho que se trate exija, siempre que ésta se imponga efectivamente. Pero si, por cualquier razón (y especialmente, por la falta de prueba de los especiales elementos subjetivos del delito terrorista, contemplados en el Art. 2° Ley N° 18.314), la pena por el delito terrorista no se impone, resurgirá la posibilidad de imponer las penas correspondientes por el uso de armas y los homicidios múltiples cometidos, en la forma antes expuesta.

**g) Homicidio y uso de armas. (iii) Regla especial de determinación de la pena. Limitación del efecto de la defensa de concurrencia de atenuantes**

La Ley N° 20.813 no sólo introdujo una especial limitación en las defensas que pueden plantearse en caso de concurso entre uso de armas y homicidio, sino también una regla de determinación de la pena que, a su vez, limita las defensas basadas en la concurrencia de circunstancias atenuantes, de manera que su acreditación no puede permitir la rebaja de grados que, para la generalidad de los casos, prevén los Arts. 65 a 68bis CP. La regla mencionada se encuentra en el Art. 17 B Ley N° 17.798, inc. 2°, que obliga al tribunal, en todos los casos en que se cometa un delito empleando armas de fuego prohibidas, a determinar la cuantía de pena “dentro de los límites de cada pena señalada por la ley al delito, en atención al número y entidad de circunstancias atenuantes y agravantes, y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”.

Por lo tanto, cometiéndose un delito con alguna de las armas prohibidas por la Ley N° 17.798, la determinación de la pena se hará dentro del marco penal del delito de homicidio, esto es, de 10 años y un día a 15 años, considerando dentro de ese marco el efecto de las atenuantes y agravantes concurrentes. Esta limitación del efecto de las defensas basadas en la concurrencia de atenuantes se encuentra en línea con las impuestas a la discreción judicial desde la promulgación de la llamada *Ley Emilia*, que agravó las sanciones por los delitos de manejo en estado de ebriedad causando lesiones y muerte. Sin embargo, no se contempla aquí un régimen matemático riguroso como el del Art. 196 bis de la Ley de Tránsito, dejando a la prudencia del tribunal la apreciación del valor de las circunstancias



concurrentes para fijar la pena dentro de dicho marco, en atención a su número y entidad.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este régimen diferenciado de determinación de la pena, admitiendo consistentemente que su establecimiento es facultativo para el legislador y no produce efectos inconstitucionales (STC 10.1.2018, Rol 3998-17, junto con las otras 7 causas falladas en idéntico sentido con la misma fecha).

### ***E) Penalidad***

Las últimas modificaciones legales han producido transformaciones importantes en la penalidad de este delito, que deben destacarse. Así, la Ley N° 18.216 excluye por regla general de dicho régimen de sustituciones a los autores de los delitos consumados de parricidio, femicidio y homicidio simple y calificado, salvo para el caso de la pena de libertad vigilada intensiva, que puede decretarse cuando el delito se cometiere en contexto de violencia intrafamiliar y la pena privativa de libertad impuesta fuere de 541 días a 5 años, excepción del todo desafortunada en su formulación, por lo que sobre esta clase de violencia se dirá más adelante. En todo caso, cuando los delitos en cuestión se cometan mediante el uso de armas, la regla de determinación de la pena del Art. 17 B de la Ley N° 17.798 hace prácticamente imposible la sustitución, por la imposibilidad de realizar una rebaja penológica de esa magnitud, salvo que al imputado le beneficie alguna situación de estado de necesidad incompleto, del Art. 10 N° 11, en relación con el Art. 73, y se practique la rebaja de hasta tres grados que allí se dispone.

## **§3. HOMICIDIO CALIFICADO (ART. 391 N° 1)**

El Art. 391 N° 1 castiga con una pena sensiblemente mayor que la del homicidio simple (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo), a quien mate a otro, concurriendo alguna de las circunstancias que allí se señalan (alevosía, premio o promesa remuneratoria, veneno, ensañamiento o premeditación), figura conocida entre nosotros como homicidio calificado (Etcheberry III, 52) o asesinato (Politoff/Bustos/Grisolía, 113), aunque, en estricto rigor, la ley nacional no le otorga a esta figura un *nomen juris* propio, como hace, p. ej., con el delito de parricidio (Art. 390).

Por otra parte, entendiendo que, al igual que en homicidio simple, la expresión “y no se encuentre comprendido en el artículo anterior” del encabezado del Art. 391 N° 1 es sólo una cláusula de subsidiariedad expresa que no tiene contenido típico, preferimos un concepto positivo de homicidio calificado, entendiéndolo

como una especie agravada de homicidio simple, que como tal comprende todos sus elementos más las circunstancias especializantes (alevosía, premio o promesa remuneratoria, etc.), a cuyo estudio nos abocaremos a continuación. Todas las demás cuestiones vinculadas a la tipicidad de la figura, los aspectos especiales de antijuricidad, culpabilidad, *iter criminis*, participación y concursos vistos en relación con el delito de homicidio simples son, por cierto, también aplicables a esta figura especial.

En cuanto a la naturaleza de las circunstancias que califican el homicidio, es posible distinguir aquellas objetivas (premio o promesa remuneratoria), de las claramente subjetivas (alevosía, veneno, premeditación conocida y ensañamiento).

## A) *Las circunstancias calificantes del homicidio en particular*

### a) *Alevosía*

Actúa con alevosía quien “obra a traición o sobre seguro” (Art. 12 N° 1). Según el Diccionario, actuar a traición importa hacerlo “quebrantando la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener”. Etcheberry III, 59s., la identifica con el caso de quien oculta su intención, aprovechándose de la confianza que tal ocultamiento produce en la víctima. Por su parte, actuar sobre seguro significa, para la Real Academia de la Lengua, hacerlo “sin aventurarse a ningún riesgo”.

Además, según Politoff/Bustos/Grisolía, 119, junto con los aspectos objetivos, se requiere la prueba de un elemento subjetivo adicional: el aprovechamiento o la creación de un estado de indefensión en la víctima, como sería el caso del ataque por la espalda de Rodrigo a Casio, frustrado por el recio jubón de éste (Shakespeare, *Otelo*, Acto 5, escena I) requisito aceptado por la jurisprudencia mayoritaria (SCS 19.4.2012 y demás citadas en *Repertorio*, 357). Según Garrido III, 53, esta prueba debe ser diferente a la del homicidio como tal. En cambio, Novoa (2005 II, 44), afirma que para configurar la alevosía basta únicamente el conocimiento de la situación de indefensión, lo que se traducirá en la práctica en su aprovechamiento en casos de ataques no pre ordenados. Pero si el ataque es pre ordenado, sostiene este autor que concurre junto con la alevosía la agravante de premeditación, como sucedería en los casos que se tiende una emboscada o celada.

Así, en la amplia casuística de esta circunstancia, se admite el actuar a traición cuando, existiendo una relación de confianza y el aprovechamiento o creación de la indefensión de la víctima, se la ataca por la espalda, mientras duerme, en una iglesia durante la comunión, o ebria a instancias del agresor. Pero también, aun sin existir relación de confianza, cuando se crea la indefensión de la víctima mediante la superioridad numérica de los agresores o atacándola con arma de fuego desde un vehículo en movimiento (*Repertorio*, 358s.).

No obstante lo anterior, cabe apuntar que en el fallo SCA Santiago 15.7.1987 (GJ 85, 63), se desestimó la defensa de falta de prueba del aprovechamiento, aceptando que era suficiente para configurar esta circunstancia la prueba del actuar objetivamente sobre seguro, estimando concurrir la alevosía “por el hecho de castigar exageradamente a una criatura de dos meses de edad que, por sólo llorar es lanzada sobre el borde de la cama en que su madero aparecía al descubierto, actuando sobre segura ante la imposibilidad evidente de la víctima de evitar el daño que se le causaba”. En el mismo sentido, la SCA Santiago 30.11.2009 (*Repertorio*, 358), afirma que es alevoso el actuar objetivamente sobre seguro, sin exigir un requisito subjetivo, desde el momento en que la acción delictuosa tiene asegurado el resultado por recaer sobre persona impedida escapar al ataque o defenderse de él.

## b) Premio o promesa remuneratoria

Este es el supuesto que primero recibió el nombre de asesinato, encontrando precedentes antiguos en el derecho romano, donde se conocía como *crimen sicarii*. El abyecto móvil del autor, también llevó a denominarlo latrocinio. Hoy en día, es posible admitir su pervivencia por el peligro de la profesionalización del crimen, a pesar de que sus posibilidades de su persecución son reducidas.

Es premio toda recompensa que se da por la comisión del homicidio, anticipado o pagado con posterioridad al hecho. La ley acepta expresamente la calificación también con la sola promesa de su pago, según se desprende del empleo de la preposición *por*, de modo que no caben aquí las dudas interpretativas que suscita la diferente redacción de la agravante genérica contemplada en la circunstancia 2ª del Art. 12, donde se emplea la expresión *mediante*, aparentemente más restrictiva. En consecuencia, podemos afirmar con Politoff/Bustos/Grisolía, 122, que tanto el que encarga como el que ejecuta el homicidio serían coautores en el sentido del Art. 15 N° 1, rechazando así la propuesta de Etcheberry III, 64, para quien el único que cometería el asesinato sería el sicario, fundando la calificación en “el móvil de lucro que inspira al ejecutor”, lo que supondría una mayor culpabilidad en el hecho. Corresponde a la acusación probar la existencia del premio o de la promesa de entregarlo, y también de su carácter remuneratorio, esto es, esto es, avaluable en dinero. Puede, por tanto, presentarse una defensa no sólo por falta o suficiencia de la prueba del premio o promesa, sino también, en caso de probarse su existencia, por su carácter no remuneratorio, como sería el caso de los premios consistentes en favores sexuales u otras manifestaciones afectivas y de las recompensas meramente honoríficas. Ello es consecuencia lógica del peligro que aquí se quiere evitar: la profesionalización del delito. Esta misma profesionalización ínsita en la figura hace prácticamente imposible imaginar la comisión de esta clase de homicidio sin la concurrencia de un actuar sobre seguro, de modo que, por

regla general, siempre concurrirá también la alevosía, aunque no todo homicidio alevoso se realice por premio o promesa remuneratoria.

### c) Veneno

Según el Diccionario, veneno es toda “sustancia que, introducida en un ser vivo, es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte”. De allí que no resulten de recibo definiciones cuantitativas, como la propuesta por Garrido III, 59, que especifica su naturaleza como “sustancia (sólida, líquida, gaseosa) que incorporada al cuerpo en poca cantidad causa la muerte o serios daños a la salud”.

Luego, objetivamente, se puede afirmar con Etcheberry III, 65, que será veneno “prácticamente cualquiera sustancia extraña al cuerpo humano puede obrar con efectos letales”, “todo depende de la dosis y forma de administración”: “los licores alcohólicos, corrientemente ingeridos como bebida, pueden causar la muerte; la estricnina, considerada comúnmente como veneno, forma parte de numerosos medicamentos”. Pero si la sustancia en caso alguno puede producir efectos letales (aun considerando las especiales características del ofendido), entonces se excluye el envenenamiento, por absoluta inidoneidad del medio empleado, como en el supuesto de quien pretende “envenenar” a otro, poniendo en su rostro “una prenda impregnada en virutilla líquida y aguarrás, cuya inhalación provoca cefalea, vómitos y pérdida de conciencia, pero no es idónea para producir la muerte de una persona” (SCA San Miguel 5.10.2000, GJ 244, 184).

Sin embargo, desde Carrara, §1172, existe acuerdo en que “no es el veneno el que le da esencia al envenenamiento, éste es el que le da esencia al veneno”; pues lo característico de su ejecución es que la víctima se lo administre a sí misma en comidas o bebidas ofrecidas por el autor, desconociendo su existencia. Cuando ello no ocurre, la administración del veneno para calificar la figura ha de ser también insidiosa, como lo son las gotas del veneno que Claudio derrama sobre el oído del padre de Hamlet mientras duerme, esto es, sobre seguro y a traición, aprovechando la natural confianza entre hermanos (Shakespeare, *Hamlet, Príncipe de Dinamarca*, Acto 1, escena V). Por ello, según Politoff/Bustos/Grisolía, 125, la definición de veneno debía incorporar necesariamente el aspecto subjetivo de la alevosía, entendiendo que “toda sustancia que suministrada a la víctima pueda ocasionarle la muerte, cualquiera sea la vía de introducción al cuerpo (deglución, inyección, absorción, respiración, etc.), es veneno si se ha hecho en forma insidiosa, esto es, alevoso”.

Lo anterior significa que no habría envenenamiento si falta la prueba de la alevosía. Así, no lo habría en caso de forzar a la víctima a tomar una sustancia letal, o de que se inyectase contra su resistencia una alta dosis de morfina o cocaína,

según los ejemplos propuestos por Garrido III, 62. En estos casos, dice Etcheberry III, 66, “en nada difiere dicha conducta de la muerte que se le infiera disparándole o estrangulándola”.

En definitiva, existe un acuerdo en el sentido de que, aunque no todo homicidio alevoso deba cometerse por medio de veneno, lo cierto es que todo envenenamiento sería también un homicidio alevoso y, por tanto, todo lo dicho al respecto de la alevosía se aplicaría en este caso. Y así lo afirma también la doctrina española, a pesar de no contemplarse la circunstancia del veneno en el actual Art. 139 del Código de 1995, admitiendo que la alevosía pueda configurarse por la sola naturaleza del medio empleado, como sucede precisamente en el caso del veneno (Muñoz Conde, 31).

#### d) Ensañamiento

Conforme dispone la circunstancia cuarta del Art. 391 N° 1°, consiste en “aumentar inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido”, diferenciándose de este modo del “lujo de males” a que—según Pacheco III, 222— hace referencia el Art. 12 N° 4, puesto que aquí es sólo un mal el que interesa: el aumento del dolor del ofendido.

Así, la ley asume que todo homicidio lleva generalmente asociada una cuota importante de dolor en la víctima, y que sólo es posible su calificación cuando existe una conducta independiente de la de matar, que se orienta a generar un sufrimiento innecesario y adicional a la víctima (SCS 13.8.1997, *Repertorio*, 360). De allí que, como bien señalan Labatut/Zenteno II, 166, “del número de heridas causadas no puede deducirse la existencia del ensañamiento si con ellas no se han producido sufrimientos innecesarios”. La prueba del encarnizamiento del autor del delito en el cadáver de la víctima, como su descuartizamiento *post mortem* y otras crueldades semejantes, no permiten configurar el ensañamiento (*Repertorio*, 361). Sin embargo, no debe excluirse la posibilidad de aplicar en alguno de estos casos la agravante genérica del Art. 12 N° 4, no restringida al mal del dolor causado para matar.

Según Politoff/Bustos/Grisolía, 127, deliberadamente significa “con dolo directo”, esto es, con conocimiento del innecesario sufrimiento que se causa y voluntad de su realización (SCA San Miguel 15.1.2003, *Repertorio*, 360). La inhumanidad del acto, reflejada en el medio especialmente doloroso empleado, como cuando se arrastra a la víctima atada a un vehículo (SCS 30.1.1991, *Repertorio*, 361), debe ser también consciente y buscada y, por ello se descarta el ensañamiento si su elección es consecuencia de un estado emocional o descontrol que se estime impida razonar al respecto (SCS 13.8.1997, *Repertorio*, 360) o por desesperación del agente, se haya empleado con el único propósito de acelerar la muerte de la

víctima, como el caso de los sacos de arroz dispuestos sobre la víctima agonizante, con el propósito de terminar su agonía, después de fallidos intentos de estrangularla y degollarla (SCA Santiago 6.6.1951, Etcheberry DPJ I, 431).

Dados estos requisitos, de Perogrullo parece que el ensañamiento supone que el agente actúa sobre seguro al menos y, por tanto, aunque pueda haber alevosía sin ensañamiento, no existe éste sin aquella.

### e) Premeditación conocida

Es dominante entre nosotros el entendimiento de esta circunstancia como una combinación entre un criterio cronológico, esto es la persistencia en el ánimo del autor de la decisión de cometer el delito; y uno psicológico, basado en el ánimo frío del autor (Etcheberry III, 59), cuya comprobación permita distinguirlo del simple dolo de matar, directo o eventual (SCS 12.5.2003, *Repertorio*, 361). Esto se traduce en la necesidad de que la acusación deba acreditar al menos cuatro requisitos para tener por configurada la causal: a) la resolución previa de cometer el delito; b) la existencia de un intervalo de tiempo más o menos prolongado entre tal resolución y la ejecución del hecho; c) la persistencia durante dicho intervalo de la voluntad de delinquir; y d) la frialdad y la tranquilidad del ánimo al momento de ejecutar el hecho. En cuanto al adjetivo “conocida”, se estima que impone su prueba mediante la constatación de hechos externos diferentes al mero reconocimiento del autor (SCS 13.9.2005, *Repertorio*, 362).

Sin embargo, como señala Garrido III, 63, “esta circunstancia está en vías de ser suprimida y ha dado origen a serias reservas” (en el mismo sentido, Künsemüller, Carlos (2003), “Delitos contra la vida” en AA.VV.: *Problemas actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco, 128). De hecho, se encuentra ya desaparecida de las tradiciones jurídicas en que se han inspirado nuestros autores: suprimida tempranamente del Código alemán en 1941, no subsiste tampoco en España a partir del Código de 1995. De entre las muchas críticas que recibiera este concepto en la madre patria, destaca la Pacheco III, 22s., para quien esta circunstancia sería “superflua”, pues cuando ella supone un mayor reproche, ya se encuentra implícita en la alevosía, el veneno o el premio o promesa.

Por nuestra parte, estimamos que no es posible concebir en la práctica un actuar premeditado que no sea alevoso, a menos que se acepte el absurdo de planificar un crimen para ser descubierto y repelido. Conceptualmente, la sola decisión de cometer un delito solo acredita el dolo del mismo, y no parece tener relevancia el tiempo que tal decisión se mantenga ni el ánimo con que se acompañe, si ello no lleva a asegurar el resultado del hecho, esto es, a una actuación sobre segura o alevosa.

Lo que anterior tiene una importante consecuencia, al permitir la defensa del *homicidio a ruego* como hecho excluyente del homicidio calificado. Ello por cuanto, aunque punible entre nosotros como homicidio simple, no puede comprenderse como asesinato, al excluir el ruego de la víctima el aprovechamiento de su situación de indefensión eventual por parte de su ejecutor, exclusión que al mismo tiempo hace improcedente la calificación por premeditación, por más reflexión y ánimo frío que preceda al hecho.

### ***B) Autoría y participación: el problema de la comunicabilidad de las circunstancias***

Politoff/Bustos/Grisolía, 122 estiman que no es posible comunicar a los coautores y partícipes del homicidio las calificantes del mismo, atendido el aspecto subjetivo que ellas supondrían, como aparecería claramente en la alevosía, el enañamiento y la premeditación conocida. Sólo si en cada responsable se presentasen los mismos elementos subjetivos, sería entonces posible la imputación a todos ellos del homicidio calificado. Así, cuando Lady Macbeth induce a éste a matar a su huésped, el Rey Duncan, aprovechando que duerme confiado en su casa y asegura el hecho embriagando con engaño a los guardias personales del Rey, actúa con tanta alevosía como el propio Macbeth al clavarle su daga (Shakespeare, *Macbeth*, Acto 1, escena VII; y Acto 2, escena II), porque cada uno de ellos realiza su contribución al hecho que crea la indefensión de la víctima.

Sin embargo, dado que, por una parte, el veneno y el premio contemplan la existencia de un objeto material, diferenciable de la disposición moral de quien lo emplea, ofrece o recibe; y, por otra, en la alevosía puede considerarse como elemento objetivo la situación de indefensión, Garrido III, 68, acepta que basta el conocimiento de estar contribuyendo al homicidio calificado para calificar, a su vez, la conducta del partícipe. En el caso del premio o promesa remuneratoria, la SCA Rancagua 22.11.2004 (*Repertorio*, 360) aceptó que la circunstancia era objetiva y podía comunicarse tanto a quien hace el encargo como a quien lo recibe e, incluso, a quien intermedia entre uno y otro o toma parte del acuerdo, guardando el permio o de cualquier otra forma descrita en los Arts. 15 y 16 (SCA Rancagua 22.11.2004, *Repertorio*, 360).

### ***C) Culpabilidad en el homicidio calificado***

Las circunstancias calificantes del homicidio suponen todas que la muerte que se causa es intencional. Dicho de otra manera, se trataría de formas especialmente descritas de homicidio intencional, con dolo directo, donde la intención se prueba a través de las circunstancias que se tratan, correspondiendo en nuestra tradición,



a *grosso modo*, al *murder* o *mord* de los sistemas anglosajón y alemán, respectivamente.

Pero, dado que el dolo en el homicidio no abarca la identidad de la víctima, tampoco su conocimiento es exigido, ni en el homicidio simple ni el calificado. Ello explica por qué nuestra jurisprudencia no duda en condenar por homicidio calificado a quien envía a la víctima una bebida o un alimento envenenado que es consumido por ésta y por otras personas cuya identidad y número el autor desconoce, recurriendo a la regla del Art. 1<sup>o</sup>, inc. 3<sup>o</sup> (SCS 17.9.1996, GJ 195, 116). Esta solución es correcta, sin necesidad de afirmar un supuesto *homicidio calificado con dolo eventual*, como se insinúa en la sentencia citada. En efecto, como señala Muñoz Conde, 36s., no es necesario admitir el dolo eventual en esta clase de delito para reconocer que hay también dolo directo, al menos de las consecuencias necesarias, cuando “el resultado letal es globalmente aceptado” por la clase de medio que se emplea, aunque no se conozca la identidad o número exacto de las víctimas que se puedan causar. La similitud con el ejemplo habitual de dolo de las consecuencias necesarias, la bomba que mata al político y a su asistente, como en el caso del asesinato del ex Canciller Orlando Letelier y su asistente, la Srta. Moffit, es evidente y nos permite ahorrar mayores comentarios.

Los mismos razonamientos pueden extenderse al caso de quien conviene con un sicario la muerte de un tercero o de cualesquiera que se oponga al hecho criminal que encarga: la identidad de las víctimas no es parte del convenio criminal ni del tipo penal aplicable, por lo que resulta irrelevante a su respecto la subjetividad de los concertados. El caso de la paliza contratada es todavía de más fácil resolución: al encargar una paliza “sea cual fuere el resultado”, el mandante quiere todos los resultados, incluyendo, naturalmente, la muerte, y por tanto actúa con dolo directo a su respecto.

#### D) *Concurso de circunstancias*

Dos son los problemas que aquí se presentan: la concurrencia de calificantes del homicidio con circunstancias genéricas del Art. 12 N<sup>o</sup>s 1 a 5, y la concurrencia de diferentes calificantes del Art. 391 N<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>.

Al primero, se suele responder recurriendo a la defensa del principio de *non bis in ídem* o prohibición de doble valoración de las circunstancias, recogido en el Art. 63, que dispone la imposibilidad de considerar como circunstancias agravantes genéricas las que el legislador ha expresado al describir y penar un delito (SCA San Miguel 9.8.1999, GJ 230, 251). De esta manera, si los mismos hechos que constituyen la circunstancia agravante genérica sirven para constituir cualesquiera de las circunstancias calificantes del Art. 391 N<sup>o</sup> 1<sup>o</sup>, deberá preferirse ésta, cuyo mayor desvalor absorberá el de aquella.



Descartadas las agravantes comunes cuyos presupuestos permiten configurar las calificantes del Art. 391 N° 1°, subsiste el problema de cómo considerar la concurrencia de varias de éstas. Como ya hemos dicho, este concurso no existe en realidad tratándose de la concurrencia de alevosía, veneno y premeditación conocida, dado que todas ellas comparten el carácter alevoso de la primera. Si, en los hechos, el que actúa por premio o promesa remuneratoria lo hace con premeditación, como es de esperar en un profesional, tampoco existirá concurrencia alguna, pues no es posible tomar en cuenta dos veces las circunstancias que la ley ha considerado equivalentes para la configuración del hecho punible. Resta, por tanto, únicamente la posibilidad de una concurrencia entre el ensañamiento y cualesquiera de las otras circunstancias que permiten acreditar un homicidio calificado. Al respecto, se ha planteado una defensa basada en el principio de *non bis in idem*, según la cual, tratándose el homicidio calificado de un tipo con pluralidad de hipótesis, éstas se presentarían como alternativas equivalentes para la configuración de un único delito y, por tanto, no sería posible su valoración por separado, según el Art. 63, debiendo tomarse en cuenta el mayor desvalor de la conducta al momento de la concreta aplicación de la pena, conforme a lo dispuesto en el Art. 69, con relativo éxito en la jurisprudencia (SCS 9.8.1995, *Repertorio*, 356) y doctrina nacionales (Politoff/Bustos/Grisolía, 114).

No obstante, existe alguna jurisprudencia aislada que no sólo considera compatibles la premeditación y la alevosía, sino también que basta una de las circunstancias calificantes “para colmar el tipo”, “de manera que la sobrante ha de ser considerada como agravante en los términos del artículo 68” (SCS 19.10.1992, RDJ LXXXIX, 229).

#### §4. PARRICIDIO (ART. 390)

##### *A) Bien jurídico protegido y antijuricidad en el parricidio: la violencia intrafamiliar y la violencia de género como fundamentos de la agravación*

Presente en Occidente desde la Ley de las XII Tablas y el Decálogo, es todavía muy citada la forma en que se ejecutaba la pena de muerte impuesta al parricida según la Ley 12, del Tít. VIII de la *Partida Séptima*: “que lo metan en un saco de cuero, y que encierren con él un can, e un galo, e una culebra, e un ximio; e después que fuera en el saco con estas cuatro bestias, cosan la boca del saco e luncelos en el mar, o en el río que fuese más cerca”. Se trata de un crimen antiguo por antonomasia, aunque no por ello podemos calificarlo de anacrónico. En efecto, aunque suprimido en la última década del siglo pasado de los Códigos alemán, francés y español—, ha dejado de presentar el aspecto de relicto histórico que tuvo a fines del siglo XX, pues ahora se ha transformado, por una parte, en el caso más grave de violencia intrafamiliar (Ley N° 20.066, de 7.10.2005); y, por otra,

en el delito base para recoger la nueva figura de femicidio, que reconoce entre sus fundamentos la necesidad de prevenir y sancionar el ejercicio de la llamada violencia de género, es decir, la ejercida contra la mujer por el solo hecho de ser tal (Ley N° 2480, de 18.12. 2010). De este modo se ha pasado de la difícilmente justificable protección de vínculos jurídicos y familiares a la de las “relaciones generadoras de confianza y de afecto entre las personas” (Bacigalupo, Enrique, *Estudios de la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1991, 51).

En efecto, del estudio de la Ley N° 20.066 puede desprenderse que en ella se establece un sistema gradual de responsabilidades civiles y penales con el objeto, según declara su Art. 1°, de “prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y otorgar protección a las víctimas de la misma”, por regla general, niños y mujeres. Así, el parricidio sería no sólo una figura de homicidio agravada por el parentesco o “la relación que une a la víctima con su agresor” (SCS 2.9.2014, *Repertorio*, 347), sino también la figura más grave dentro del amplio concepto de “violencia intrafamiliar”, que según el Art. 5° de la mencionada Ley N° 20.066 consiste en “todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”, así como entre “los padres de un hijo común” o contra “persona menor de edad o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualesquiera de los integrantes del grupo familiar”.

La especialidad de la figura de parricidio, respecto del concepto genérico de violencia intrafamiliar, estaría dada porque se trata de un caso en que se “afecta la vida” (y por eso es también una figura especial de homicidio) y no todas las personas mencionadas en el Art. 5° de la Ley N° 20.066 serían sus sujetos pasivos, sino únicamente los ascendientes, descendientes, los cónyuges y convivientes actuales o pasados.

Luego, si lo que permite reunir a estas diferentes categorías de personas dentro del contexto de la violencia intrafamiliar, es que ellas hacen o hicieron una vida en común (familiar) que permite el desarrollo de relaciones de confianza y dependencia que hacen posible la comisión de actos de violencia; en ello radicaría ahora la mayor gravedad del parricidio frente al homicidio, no en la simple protección de relaciones jurídicas o de parentesco. En el caso de las víctimas mujeres, se supone concurrir, además, la manifestación de una concepción patriarcal de la vida que se quiere extirpar de nuestra cultura, según la cual ellas pueden ser tomadas como objeto de los deseos y pasiones de los varones, incluyendo los de carácter sexual, la ira y el odio expresados físicamente.

En consecuencia, la antijuricidad de este delito consiste ya no sólo en la infracción a las especiales relaciones entre personas expresadas en un vínculo jurídico

y sanguíneo, sino también en el aprovechamiento o abuso de la confianza que produce la vida familiar y, especialmente, la convivencia física, actual o pretérita, y, en el caso de las víctimas mujeres, la reprobada (jurídicamente) manifestación de los rasgos patriarcales atávicos de nuestra cultura. Por tanto, tratándose de violencia entre varones o entre mujeres que no cabe incluir en el concepto de violencia de género, la transformación del delito de parricidio en la forma más grave de violencia intrafamiliar permite postular que, en casos de probarse la falta absoluta de la relación de confianza base que permite y facilita esta violencia, parece perder sentido la agravación del parricidio, pudiendo aceptarse la defensa de falta de lesividad, degradándose el delito a la figura de homicidio simple o calificado que corresponda.

## **B) Tipicidad en el parricidio**

### **a) Autores y víctimas**

Tres son los grupos de relaciones particulares entre personas que permiten calificar al homicida de autor y al ofendido de víctima: a) el parentesco por ascendencia o descendencia; b) el matrimonio, actual o pasado, y c) la convivencia, actual o pasada. El antiguo problema de la prueba de estas relaciones se encuentra superado pues, por una parte, tanto la legislación civil como la procesal admiten la prueba científica de la paternidad (y, por tanto, de las relaciones de ascendencia y descendencia) por medio del examen de ADN; y por la otra, la convivencia es un hecho sometido al régimen probatorio común que, en la mayoría de los casos, será suficiente para configurar el delito, aunque resulte discutible la existencia o no del vínculo formal de matrimonio.

#### *(1) Relación de parentesco: ascendientes y descendientes*

Actualmente, las relaciones de parentesco a que se refiere el Art. 390 son las que se fundan en el vínculo natural existente entre padres, madres, hijos, ascendientes y descendientes.

En cuanto al adoptante y al adoptado, ya casi no quedan argumentos para excluirlos del ámbito de protección: primero, porque el adoptado y adoptante pueden compartir con la ascendencia o descendencia sanguínea la vida en común (familiar); y segundo, porque en el ámbito civil no existen dudas de esta asimilación, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 37 Ley N° 19.620, de 5.8.1999, *Ley de Adopción*, que confiere “al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los deberes y derechos recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, para todos los efectos civiles”, y en el Art. 24 Ley

Nº 20.066, donde se declara que “se considerarán ascendientes o descendientes” a los adoptantes y adoptados conforme a las anteriores leyes Nº 7.613 y Nº 18.703.

La única exclusión todavía posible de sostener respecto del ámbito de relaciones configuradoras de este delito es la de las relaciones provenientes de la simple afinidad, atendido el argumento formal de que las relaciones de esa clase se incorporan al ámbito del parentesco sólo por referencia expresa de la ley, como en el Art. 5º Ley Nº 20.066 y en los Arts. 13, 17, 250 y 364 CP (Garrido III, 73). Sin embargo, es discutible que, en los casos concretos, no existan entre tales parientes relaciones de confianza y dependencia propias de las existentes entre ascendientes y descendientes, cónyuges o convivientes y quizás ello explique la ambigüedad de nuestra jurisprudencia en la materia (*Repertorio*, 348). Ante tales casos, si se acepta la exclusión del parricidio, la prueba de la existencia en los hechos de una relación de esa naturaleza podría considerarse como un indicio para la apreciación, al menos, de un homicidio calificado por alevosía, si se cumplen los restantes requisitos de esta figura (indefensión objetiva y aprovechamiento).

## (2) *Matrimonio*

Desde luego, como contrato civil solemne, el matrimonio sólo admite la prueba de los certificados que acreditan su celebración y vigencia. Sin embargo, la incorporación de los cónyuges pasados y de los “convivientes” actuales o pasados a los sujetos de este delito ha desperfilado su importancia práctica y el carácter *decisorio litis* que antes ostentaba, pues la evidente inclinación de la Ley de Violencia Intrafamiliar hacia la protección de la familia como institución social y no como mera resultante de relaciones jurídicas, así como la modificación del propio delito de parricidio, basada en la idea de superar la violencia de género, permiten afirmar que, con independencia de la validez civil del vínculo marital, si los supuestos contrayentes hacen o hicieron vida en común, han de considerarse igualmente autores y víctimas del parricidio, siendo irrelevante los resultados del eventual pronunciamiento civil al respecto.

## (3) *Convivencia*

El Art. 1º de la Ley Nº 20.830, de 22.10.2015, define la convivencia como la situación de hecho en que dos personas que tienen “vida afectiva en común, de carácter estable y permanente” y “comparten un hogar”. La regulación no atiende al sexo ni al género de los convivientes y añade a la parca definición del Diccionario (“vivir en compañía de otro u otros”) el carácter afectivo de la relación subyacente y la necesidad de su estabilidad y permanencia, que ya había sido anticipada por la jurisprudencia anterior (SCS 2.9.2014, *Repertorio*, 347). En cuanto a la cuestión acerca de si la convivencia supone que la relación afectiva se traduzca

de alguna manera en una “vida en pareja” con otro como si fueran cónyuges, el conjunto de las disposiciones de la Ley N° 20.380 parece abonar esta afirmación, de alguna manera ya anticipada por el Art. 369, inc. 4°. Según el Oficio N° 792 (2014) del Ministerio Público, la cohabitación puede configurar convivencia, aunque “no implique necesariamente vivir bajo un mismo techo si las circunstancias económicas no lo permiten (caso de indigencia)”.

Con todo, hay que insistir que en este delito el término conviviente se refiere a una situación de hecho y no a quienes puedan considerarse “convivientes civiles” por haber celebrado el acuerdo de unión civil que regula la mencionada Ley N° 20.830, aunque no hay duda de que, en esos casos, la convivencia será posible de acreditar por el registro del acuerdo respectivo.

### *C) Conducta: el problema del parricidio por omisión*

Antes hemos afirmado que la construcción de la figura de homicidio por omisión se hacía a partir de las posiciones de garante que el ordenamiento jurídico reconoce, entre las cuales figuran, en primer término, las derivadas del derecho de familia. Luego, cabe acordar con Politoff/Bustos/Grisolía, 83, que no sería posible tomar en cuenta esta misma posición para, además, calificar el hecho como el delito más grave de parricidio. Así lo ha resuelto también la SCA Santiago 8.8.2011 (*Repertorio*, 348). A este argumento contribuye ahora el aumento de la pena del homicidio simple, que permite una más ajustada valoración de los hechos. A nuestro juicio, la sola calificación doctrinaria del delito de parricidio como una figura “autónoma”, en los términos de Garrido II, 79 y Grisolia en Politoff/Bustos/Grisolia, 83, nota 6, no es suficiente para admitir su castigo por omisión.

### *D) Culpabilidad*

#### **a) Sentido de la expresión “conociendo las relaciones que lo ligan” y la defensa del error**

Cuando la ley utiliza expresiones como “maliciosamente” o “con conocimiento de causa”, en principio ello debiera interpretarse en el sentido de una limitación de las formas de culpabilidad al dolo directo, con exclusión tanto del dolo eventual como del cuasidelito correspondiente. En el caso del Art. 390, su encabezado contempla la expresión “con conocimiento de las relaciones que lo ligan”, sin que existen razones para una interpretación diversa, tratándose precisamente del conocimiento de esas relaciones.

Esta interpretación es coherente con lo dispuesto en el Art. 1°, inc. 3°, que resuelve el problema del error en la identidad de la víctima, cuando se trata de

un elemento del delito, afirmando que en tales casos no se tomarán en cuenta las “circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen”. De este modo, si hubiésemos de juzgar a Edipo por la muerte de Layo conforme a nuestro Código, sólo correspondería su castigo como homicida, y no como parricida, pues desconoce que está matando a su verdadero padre. Y quien mata a un tercero que se hace pasar por su padre, sin serlo biológicamente, tampoco comete parricidio, sino homicidio, como en un antiguo caso de nuestra jurisprudencia (Etcheberry DPJ III, 653).

Cuando el error en la identidad de la víctima no altera la figura penal, como cuando se quiere matar al hijo A y se mata al B, por error de identificación, la doctrina y mayoritaria estima que existe un único delito de parricidio, por aplicación del mencionado Art. 1º. Lo mismo debiera decirse cuando el error recae en la calidad del vínculo: se mata a quien se cree padre, pero es adoptante; o al conviviente creyéndolo cónyuge de un matrimonio que es nulo. Según Labatut/Zenteno II, 164, esta solución es aplicable incluso para el caso en que “el delincuente, con la mira de matar a una de las personas comprendidas en el Art. 390, da muerte a otra que también está incluida en la disposición: a un hijo en lugar de su madre, p. ej.”.

Sin embargo, cuando se trata de un error de ejecución y no en la identidad de la víctima, la literalidad de los Arts. 1º y 390 no parece respaldar nuestra anterior conclusión en orden a que en tales casos también se excluiría el dolo eventual y la imprudencia o negligencia. En efecto, el conocimiento de las relaciones existente entre personas es independiente del que se tenga respecto del curso causal que seguirá a una conducta determinada: el padre que imprudentemente medica a su hijo, el hijo que le dispara a su padre para “asustarlo”, etc., pueden errar en la ejecución del hecho sin al mismo tiempo errar en la identidad de la víctima.

De este modo, puede cometerse un delito de parricidio con dolo eventual cuando, como en los casos conocidos por nuestros tribunales, se distribuye entre familiares un producto envenenado, esperando que solo uno de ellos lo consuma, pero sin adoptar ninguna medida que pueda evitar que los otros también lo hagan (SCS 10.10.1967, *Repertorio*, 349).

Lo mismo sucede en el caso del delito culposo: el que golpea a su cónyuge o a su hijo sin la intención de matarle, pero le causa la muerte, probada que fuera la falta de dolo homicida, responde por el parricidio culposo en la forma de parricidio preterintencional (*Repertorio*, 349). Lo mismo diremos ahora en caso de *aberratio ictus*: en el caso citado por Labatut/Zenteno II, 164, si la madre es muerta por su hijo al interponerse en una riña entre éste y un extraño, es evidente que no es a ella a quien quiere matar, aunque no tiene duda sobre su identidad, de donde también resulta un parricidio culposo. En ambos casos, existe un concurso ideal entre la figura dolosa (lesiones o tentativa de homicidio) y la figura culposa

(parricidio) resultantes, atendido lo dispuesto en el Art. 75 y que no es posible aplicar el Art. 1º, dado que, precisamente, no se produce un error en la identidad de la víctima.

## **b) Muerte del maltratador causada por la mujer víctima de violencia intrafamiliar**

### *(1) El “ciclo de la violencia” intrafamiliar y el síndrome de la mujer maltratada*

Según Walker (2009, *The Battered Woman Syndrome*, 3º Ed., New York), el patrón de conducta del maltratador o tirano doméstico puede describirse como un “ciclo” reiterativo y predecible de ataques y retiradas en tres fases: en la Fase 1, consistente en un “gradual incremento de la tensión”, el agresor insulta y amenaza a su víctima, y a veces la agrede físicamente (pero de manera controlada); en la Fase 2, se presentan manifestaciones más o menos explosivas e incontroladas de “incidentes de maltrato agudo” de carácter físico que pueden o no terminar en femicidios o lesiones de gravedad; y en la Fase 3, el agresor se retrae o constriñe, a veces se disculpa profusamente, trata de ayudar a la víctima, muestra afectividad y remordimiento y puede incluso llegar a intentar cortejar o “re-enamorar” a su víctima, con regalos y promesas. Esta fase termina cuando cualquier incidente real o imaginario que suponga poner en entredicho la relación de dominación da comienzo nuevamente a la Fase 1. Este “ciclo de la violencia” suele conducir a las mujeres maltratadas a realizar conductas que, para los operadores jurídicos, pueden resultar desconcertantes y paradójales, como el hecho mismo de permanecer en una relación de estas características, permitir que el agresor se acerque o ingrese al domicilio una vez cesada la convivencia e incluso intentar aumentar la tensión de la Fase 1, a fin de que, descargada la violencia del agresor (Fase 2), se llegue rápidamente a la Fase 3. Sin embargo, estas conductas paradójales, vinculadas a la presencia de síntomas depresivos, tienen una explicación psicológica en la necesidad de las víctimas de adaptarse a la situación vital con el propósito de sobrevivir y proteger a los hijos de las amenazas y agresiones, que entienden, por la experiencia aprendida, como serias y verosímiles. Esto es lo que, como parte del síndrome de la mujer maltratada Walker denomina síndrome de indefensión aprendida. En algunas ocasiones, sin embargo, mujeres víctimas de este síndrome reaccionan de manera agresiva, “loca” o violenta, incluso causando la muerte del agresor o la suya propia, como un último intento desesperado para protegerse a sí mismas de los futuros daños físicos o mentales que pueden prever tras establecerse el “ciclo de la violencia” y constatar que no sólo no son tomadas en serio por nadie sino que tampoco sus esfuerzos de adaptación logran impedir ser sometidas cada vez a un mayor grado de control y dominación por parte del maltratador

Estos últimos son los casos en que mujeres maltratadas dan muerte a sus maltratadores generalmente antes de la explosión de violencia del maltratador en la



Fase 2 del ciclo, cuando perciben que está por producirse, en momentos dentro de dicha fase en que el maltratador “descansa” (o duerme, o pierde el conocimiento por la ebriedad, etc.) o cuando disponen de armas letales con las que repeler la agresión, e incluso en la Fase 3, al percibir que el retraimiento amoroso, las disculpas y demás muestras de aparente afecto no son más que una fase en un ciclo que puede comenzar en cualquier momento ante cualquier conducta de la mujer que sea de desagrado del maltratador.

La interpretación y aplicación doctrinal y jurisprudencial tradicionales de las normas legales que regulan las eximentes de responsabilidad que no considera la existencia del síndrome de la mujer maltratada y la naturaleza reiterativa del “ciclo de la violencia” ha sido calificada, con justa razón, de patriarcal, pues hace muy difícil en tales casos las mujeres maltratadas pudiesen alegar eximentes tales como la legítima defensa, por una supuesta falta de actualidad de la agresión; o a la exculpante del miedo insuperable, por la aparente frialdad en la ejecución, los medios empleados y la falta de aparente inminencia de un nuevo ataque (Villegas, Myrna (2010), “Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de la responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXIII, N° 2, 149-174).

Sin embargo, paulatinamente, gracias al conocimiento cada vez más difundido de las características del síndrome de la mujer maltratada y del “ciclo de la violencia” (cuya difusión, hay que reconocer, se debe sobre todo al despliegue constante de la crítica feminista y de los organismos estatales como nuestro Servicio Nacional de la Mujer) y a la ratificación entre nosotros de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o Convención de Belem do Pará de 1994 (D.S. N° 1640, de 11.11.1998), se han planteado nuevos enfoques que permiten una interpretación y, sobre todo, una aplicación más equilibrada de las normas en juego.

## (2) *Defensa de la mujer maltratada como estado de necesidad exculpante (Art. 10 N° 11)*

La Ley N° 20.480 no sólo introdujo la figura del femicidio, sino también la nueva circunstancia del Art. 10 N° 11, que consagró expresamente el estado de necesidad exculpante, como un caso más de exención de la responsabilidad penal, de carácter general.

Lamentablemente, la simple comparación literal de la nueva eximente con el tradicional estado de necesidad del Art. 10 N° 7, muestra que tienen idénticas exigencias de actualidad del mal, subsidiariedad y proporcionalidad estrictas de la conducta que se supone exenta, lo que hace muy difícil subsumir en ella los fenómenos de muerte del maltratador mientras duerme o descansa, muchas veces sin



haber recurrido previamente a las autoridades (Hernández, Héctor (2011), “Comentario al Art. 10 N° 11”, en Couso, Jaime; Hernández, Héctor (Dirs.), *Código penal comentado. Parte general y jurisprudencia*. Santiago, 269).

No obstante, la STOP Puente Alto de 21.6.2013 (Cons. 11°), interpretó la exigencia de la actualidad o inminencia del mal como si se refiriese al *gegenwärtige Gefahr* del § 35.1 del CP alemán, entendiendo que la conducta reiterada del tirano doméstico representa un peligro permanente no evitable de otro modo que con su muerte. Aunque el resultado de esta interpretación es conciliable con el carácter reiterativo del “ciclo de la violencia” en estos contextos y con el hecho de que, una vez comenzadas las manifestaciones de su Fase 1 la mujer maltratada puede apreciar los indicios de un previsible ataque descontrolado, propio de la Fase 2, y en tal sentido podría hablarse de una inminencia, la simple trasposición de esta doctrina alemana no toma en cuenta que lo inminente en tales casos no es un “mal” cualquiera, asimilable a la caída de un edificio, una inundación o el ataque de una jauría de animales, sino una conducta humana constitutiva de una agresión ilegítima, esto es, un acto de maltrato y violencia contra la mujer y sus hijos. Y una agresión ilegítima es el fundamento fáctico de la legítima defensa, no del estado de necesidad.

### (3) *Defensa de la mujer maltratada como legítima defensa (Art. 10 N° 4)*

Si bien las características del “ciclo de la violencia” permiten aceptar que en relaciones donde existe maltrato crónico contra la mujer y los hijos, la inminencia de la agresión puede ser demostrada a partir de esa situación de carácter permanente, tal agresión no puede confundirse con un mal cualquiera, dado que se trata de una agresión ilegítima, pues no existe entre nosotros ninguna regla que autorice el maltrato a las mujeres e hijos.

De allí que nos parece más apropiado tratar estas situaciones como supuestos de legítima defensa antes que como casos de estado de necesidad exculpante. Si se examina la cuestión desde esta perspectiva, entonces el problema se trasladaría a determinar, por una parte, la actualidad o inminencia de dicha agresión, y por otra, la necesidad racional del medio empleado en impedirle o repelerla.

En lo que respecta a lo primero, el hecho a probar por la defensa es la existencia de un contexto de violencia intrafamiliar crónico, que pudiera entenderse equivalente a una agresión permanente. Si se prueba de este modo el carácter permanente de la agresión, la posición de la mujer maltratada no sería diferenciable de la del secuestrado o torturado, a quien no se le exige que deba esperar a que el secuestrador o torturador que se queda dormido, se distrae o deja de torturarlo por un instante se despierte o lo vuelva a agredir para poder defenderse legítimamente. Una agresión permanente sería entonces también una agresión actual.

Alternativamente, dado el carácter previsible del paso de la Fase 1 a la Fase 2 en contextos de violencia crónica, se podría probar que, desde la perspectiva de una mujer puesta en las circunstancias de la maltratada, para ella es posible prever un ataque inminente, tal como está demostrado pueden hacerlo la mayor parte de las mujeres maltratadas, y entonces también sería apreciable la eximente.

En casos de error en la apreciación de las circunstancias fácticas (porque, p. ej., realmente el maltratador no la seguiría golpeando ese día, dado que había caído al suelo producto de un coma etílico y no sólo para reposar la borrachera; o sólo concurrió al hogar a “despedirse” antes de partir al exterior con su nueva pareja, etc.), acá aparecen también las ventajas del tratamiento de tales casos como legítima defensa, pues correspondería la posibilidad de encontrarnos ante una justificante putativa, donde según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria la creencia racional en la inminencia del ataque permite considerar el hecho en todo caso exento de dolo y, sólo en ciertos supuestos en que hubiese bastado “abrir un poco más los ojos”, como un supuesto de delito culposo, con la considerable rebaja penológica que ello conlleva.

Además, si probatoriamente se niega el carácter permanente o inminente de la agresión y sí su efectivo agotamiento, la mujer maltratada bien puede alegar un miedo insuperable del Art. 10 N° 9 a que el ataque se vuelva a repetir, según un criterio individualizador que valore la inexigibilidad en el caso concreto, tomando en cuenta todas las circunstancias fácticas en que se encontraba la mujer en ese momento, incluyendo el historial de violencias recibidas, como en el caso de la mujer que ataca al violador cuando éste de espaldas se retira una vez ejecutado su delito.

En cuanto a la necesidad racional de la defensa, es sin duda la amplia formulación legal de nuestra eximente de legítima defensa del Art. 10 N° 4, comparada con las estrictas exigencias del estado de necesidad del Art. 10 N° 11, la que permite considerar en un grado mayor las circunstancias de quien se defiende, atendiendo más a la situación concreta y real que a una estricta relación de subsidiariedad y, sobre todo, de proporcionalidad de medios. A este respecto, ha de tenerse en especial consideración que, como ya se ha dicho, las mujeres que matan en tales situaciones generalmente lo hacen sintiendo que nadie les hace caso ante sus denuncias y en circunstancias tales que estiman carecer de otros recursos, lo que se agrava con el hecho de que, normalmente, un maltratador procura alejar a la mujer maltratada de su círculo de amistades y familiares, el llamado *efecto bonsái* de la violencia de género (Lorente, Miguel (2001), *Mi marido me pega lo normal*, Barcelona).

Sobre la base de todo lo dicho anteriormente, cabe apreciar positivamente la SCA Rancagua 4.3.210, que confirma la absolucón de una acusada de parricidio por legítima defensa de su hijo agredido previamente con una guitarra por el falle-

cido, considerando que la situación de violencia intrafamiliar que había derivado en una orden de alejamiento del hogar hacía inminente nuevos ataques contra miembros de la familia y racional la defensa “contra el ataque del sujeto, con antecedentes de ser violento y conflictivo, que llegaba ebrio al domicilio, insultando, empujando, golpeando y amenazando de muerte a ella y sus hijos, es la que cualquier persona normal habría realizado si le hubiera tocado vivir los mismos sucesos” (GJ N° 375 (2011), 241-249).

### ***E) Participación. Defensa de incomunicabilidad de las relaciones personales con el ofendido (Art. 64)***

Según Politoff/Bustos/Grisolía, 100, y la jurisprudencia dominante (*Repertorio*, 351), por tratarse esta figura de un delito especial impropio, los partícipes no mencionados en el Art. 390 (*extraneus*) podrán alegar la defensa de no serle comunicable la relación personal con el ofendido (Art. 64) y, por tanto que sólo serían responsables del delito de homicidio, simple o calificado, que corresponda apreciar según el resto de las circunstancias concurrentes; en tanto que el pariente, cónyuge o conviviente, actual o pasado, del Art. 390 (*intraneus*) participará de un parricidio o de un homicidio, según su propio grado de responsabilidad en el hecho. De donde resultan las siguientes combinaciones posibles:

a) Un *extraneus* es autor mediato utilizando un *intraneus* como instrumento: el *extraneus* comete homicidio, el *intraneus* estará justificado o exculpado, según la clase de autoría mediata. Si se trata de un agente doloso, será parricida;

b) Un *extraneus* es coautor con un *intraneus*: el *extraneus* responde por homicidio; el *intraneus*, por parricidio;

c) Un *extraneus* es inductor, cómplice (tratado o no como autor, según el Art. 15) o encubridor de un *intraneus*: el *extraneus* responde por homicidio; el *intraneus*, por parricidio;

d) Un *intraneus* es autor mediato y su instrumento es *extraneus*: el *intraneus* comete parricidio, el *extraneus* estará justificado o exculpado, según la clase de autoría mediata. Si se trata de un agente doloso, será homicida, solamente;

e) Un *intraneus* es inductor, cómplice (tratado o no como autor, según el Art. 15) o encubridor de un *extraneus*: tanto el *extraneus* como el *intraneus* responden por homicidio, agravado por la circunstancia del Art. 13, en el caso del *intraneus*.

Con todo, existe una parte importante de la doctrina (Garrido III, 85) y la jurisprudencia (*Repertorio*, 350ss.) que estiman no aplicable a estos casos la defensa del Art. 64, tanto por estimar que el parricidio es un delito autónomo donde las relaciones personales no son meras circunstancias agravantes, como por estimar que el conocimiento de tales relaciones es suficiente para afirmar la comunicabilidad.

## §5. FEMICIDIO (ART. 390, INC. 2º)

El inc. 2º del Art. 390 dispone que, si la víctima del parricidio “es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio”, regla cuyo alcance va más allá del establecimiento de un nuevo *nomen juris*. En efecto, como demuestra la *Historia de la Ley* N° 20.480, de 18.12.2010, esta denominación se encuentra enmarcada en el propósito del legislador de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (*Convención de Belem do Pará*, D.S. N° 1.640, de 1998). Dicha Convención establece la obligación de los Estados Parte en orden a “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar” la “violencia contra la mujer” (Art. 7º), entendida como “cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer” (Art. 1º). Y, específicamente, señala la letra c) de su Art. 7º, que entre tales medidas se encuentra la de “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

En consecuencia, habiéndose introducido la figura del femicidio en cumplimiento a de estas obligaciones internacionales, es necesario precisar de qué manera el concepto de violencia de género implícito en el *nomen iuris* afecta la interpretación del sentido y alcance del tipo penal a que hace referencia.

A nuestro juicio, ello supone principalmente que tratándose de la violencia ejercida contra la mujer en cuanto tal, no es posible restringir la interpretación del parricidio a supuestos donde el fundamento de la incriminación radique en relaciones de parentesco o maritales o en la confianza que genera la vida en común, actual o pretérita. Esto significa, en concreto, que no puede admitirse la defensa basada en la falta de confianza de la agredida frente al agresor, aun cuando ello efectivamente se pruebe en el caso concreto. De este modo, tratándose de un femicidio, sería irrelevante la existencia o no de tales relaciones de confianza, no pudiéndose degradar el hecho de dar muerte a una ex cónyuge o conviviente a una figura común de homicidio simple o calificado, según las circunstancias, pues la violencia de género es en sí también objeto de protección y sanción penal autónomo. Ello se extiende a la violencia que se ejerce por los hombres contra sus hijas, descendientes o ascendientes mujeres, también incluidas de la protección de la *Convención de Belem do Pará*, aunque en este caso, la figura aplicable sea la del parricidio común.

## §6. INFANTICIDIO (ART. 394)

Desde Fuenzalida III, 129, la doctrina critica esta figura y aboga por su supresión, tal como se hizo en el CP español de 1995 y en la redacción actual del Código alemán. Ello por cuanto su redacción lleva a la conclusión —absurda y contraria a la garantía de la igualdad ante la ley del Art. 19 N° 2 CPRO—de “afirmar que el legislador sólo vio una menor ilicitud, un menor desvalor del hecho cuando, con respecto a determinados parientes, el sujeto pasivo es un recién nacido que no ha alcanzado cuarenta y ocho horas de vida” (Politoff/Bustos/Grisolía, 106). En efecto, se trata de una figura especial y privilegiada de parricidio (todo infanticidio es también parricidio, pero no todo parricidio puede calificarse de infanticidio) por lo que, además, dada la limitación expresa del encabezado del Art. 391, no es posible imponerle la pena del homicidio calificado, aunque concurra alguna de las circunstancias del N° 1 de esa disposición legal.

### A) Tipicidad

En este delito, autores sólo pueden ser el padre, la madre y los demás ascendientes de la víctima, matrimoniales (“legítimos”) o no (“ilegítimos”). Se entiende que la ley ha querido excluir de este círculo a los parientes por afinidad, pues no los menciona expresamente, lo que sí hace con los ilegítimos. La víctima ha de ser una criatura con vida autónoma, aunque no se haya producido la total separación de su madre, con menos de 48 horas de vida.

En cuanto a la conducta, al igual que en el delito de parricidio, pareciera difícil aceptar un infanticidio por omisión, dado que, con mayor razón, aparece aquí claramente la posición de garante del autor como fundamento de la imputación. Sin embargo, establecido el privilegio penal también frente a la figura de homicidio (que desde 2014 tiene mayor pena), resultaría un absurdo que la conducta activa se castigase con mayor pena que la pasiva. Por lo anterior, en tanto subsista el privilegio y, a pesar de las “dudas sistemáticas”, debe seguir aceptándose castigar a título de infanticidio por omisión a los garantes que no impiden la muerte del recién nacido, pudiendo hacerlo, incurriendo en una omisión equivalente a la acción con tal propósito, pues el principio *non bis in idem* se plantea como garantía contra al imputado y no a *outrànce* (Politoff/Bustos/Grisolía, 109).

De todos modos, lo cierto es que la mayor parte de los casos en que la jurisprudencia reconoce un infanticidio por omisión (*Repertorio*, 366), como parir a una criatura en un pozo séptico y no rescatarla de ahí, bien pueden ser vistos como acciones infanticidas positivas, pues en nada se diferencian de lanzarla a ese pozo una vez parida. Tratándose de supuestos de abandono, como cuando se deja a la criatura recién nacida expuesta en un camino rural, no hay infanticidio sino el

delito del Art. 347 (Politoff/Bustos/Grisolía, 108), lo cual excluye completamente la posibilidad de castigar al título más grave de homicidio por omisión.

## **B) Participación**

Vuelven a presentarse aquí los mismos problemas que vimos con relación al parricidio, con la diferencia que la figura de infanticidio es privilegiada, por lo que es posible argumentar una defensa contra el resurgimiento de la figura básica para los partícipes, en la forma de homicidio simple o calificado, dado que al proceder de ese modo se perdería el sentido del privilegio legal, amén del absurdo que sería imponer a la madre que paga a su empleada para matar al recién nacido una pena mayor que la resultante de si ella da muerte a ese hijo con sus propias manos y sólo le paga a la empleada para que colabore en tan macabra labor.

Tampoco resulta del todo satisfactoria la decisión de hacer responder al *extraneus* como autor de homicidio simple o calificado, pues no resulta racional hacer efectivo el privilegio del infanticidio a quienes tienen un deber especial de cuidado sobre la víctima y negarlo a quienes —sin tener ese deber— participan junto a él. Puede entonces admitirse la solución de imputar infanticidio al *extraneus* basada en el conocimiento que tenga de estar participando en un infanticidio (Garrido III, 96).

## §7. AUXILIO AL SUICIDIO (ART. 393)

El delito de auxilio al suicidio es un delito de peligro cuyo fundamento es bastante discutible. De no existir su tipificación especial, sería una forma de participación en un hecho lícito (el suicidio) y, por tanto, impune, como en el Derecho alemán. Sin embargo, las evidentes dificultades probatorias respecto de la comprobación del consentimiento del suicida una vez que ha muerto, el temor a una supuesta instrumentalización del mismo, y los prejuicios religiosos provenientes del medioevo que, literalmente, amenazaban con las penas del infierno a quien intentaba suicidarse y, según la causa del suicidio, también con la privación de sus bienes, parecen encontrarse en la base de una prohibición todavía vigente en el Art. 393 de nuestro Código (sobre la regulación histórica, véase Morín, Alejandro (2001), “Suicidas, apóstatas y asesinos. La desesperación en la Séptima Partida de Alfonso el Sabio”, en *Hispania. Revista española de historia*, N° 61 (2001), pp. 179-219).

## **A) Tipicidad**

Auxiliar, significa, según el Diccionario, ayudar, dar socorro o amparo a otro; en este caso, al suicida. En términos comparativos con la descripción de las for-

mas de participación punibles, podemos decir que constituye todo acto de colaboración en un hecho ajeno, como los descritos en las formas de participación de los Arts. 15 N° 1 (segunda parte, impedir que se evite, vigilando p. ej.), N° 3 (facilitar el medio con que se ejecuta —ese medio—, presenciarlo sin tomar parte en su ejecución, dando apoyo al suicida con su presencia) y 16 (cooperar con el suicida por otros actos anteriores o simultáneos).

En cambio, no es auxilio a un hecho ajeno sino ejecución del propio (en este caso, un homicidio) la conducta equivalente a la primera parte del Art. 15 N° 1, esto es, tomar parte inmediata y directa en la ejecución del suicidio aún a petición del suicida, p. ej., inyectarle la droga letal al que no puede hacerlo por sí mismo, colgar al que quiere morir ahorcado, empujar a quien declara su deseo de saltar desde una gran altura, etc.. Así quedó expresamente asentado en las *Actas* (Sesión 79, 153) de la Comisión Redactora del Código, que fue del parecer de suprimir la norma que regulaba la muerte consentida o a ruego en el inc. 2° del Art. 409 del Código español de 1848 que le servía de modelo, con el argumento de que, si alguien ayuda a morir a otro “hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte”, tal hecho “indudablemente constituye un verdadero homicidio y debe ser castigado como tal”. Y así lo ha declarado nuestra jurisprudencia al sostener que es homicidio, no suicidio, la ejecución de o colaboración directa en la muerte de otro a ruego (SCS 5.8.1929, *Repertorio*, 365).

Pero no es auxilio al suicidio ni mucho menos homicidio o tentativa del mismo una ayuda potencial que se ofrece y no se presta; o la mera tentativa de auxiliar, aunque se produzca la muerte del suicida, si éste no se sirvió de dicho auxilio. Así sucedería, p. ej., si el supuesto auxiliador “conviene en que asistirá al suicidio para alejar a terceros inoportunos que eventualmente se presenten”, pero no lo hace (Etcheberry III, 86); o si “se facilita un revólver al suicida que opta en definitiva por lanzarse al vacío” (Politoff/Bustos/Grisolía, 241).

### a) Auxilio intelectual: el problema de la instigación al suicidio

No existe discusión acerca de la posibilidad de auxiliar intelectualmente al suicida, dándole consejos para la ejecución de su muerte o soporte anímico a la decisión de matarse.

La discusión radica en cómo tratar a quien induce al suicida, determinándolo a quitarse la vida. Según Garrido III, 127s., tal hecho no puede considerarse auxilio al suicidio, pues no existe ni el delito de suicidarse ni una forma especial de instigación punible al mismo, como la del Art. 143 CP español 1995. En cambio, según Politoff/Bustos/Grisolía, 241, no puede descartarse *a priori* el castigo del inductor, pues “de otro modo se llegaría al absurdo de dejar impune al que convence al sujeto de que se quite la vida y castigar al que con sus estímulos morales ayuda a mantener la decisión adoptada por el propio suicida”.



Una situación diferente es la de quien, mediante una aparente instigación está utilizando al suicida como instrumento de su propio actuar, caso en el cual el instigador no es tal, sino verdadero autor mediato con sujeto atípico, cuyo castigo corresponde a título de homicidio y no de auxilio al suicidio. Ello es muy claro tratándose de una inducción basada en el ejercicio de la fuerza física o moral en la persona de la víctima. También lo es en los casos de quien engañado bebe una pócima venenosa. Lo mismo habría de decirse de quien se suicida creyendo en la resurrección que le promete el instigador o en su afirmación de que las condiciones externas son tan desfavorables que la “única salida” es la muerte. Idéntico razonamiento corresponde al caso de quien se aprovecha de la enfermedad mental del suicida para convencerlo a quitarse la vida y, en general, al de quien por cualquier causa controla la voluntad del supuesto suicida.

## b) Exclusión del auxilio al suicidio por omisión

No sólo las exigencias de realidad y eficacia del auxilio permiten excluir su comisión por omisión, sino también el hecho de no encontrarnos ante un delito de resultado que pueda ser controlado (o evitado) por el autor, sino ante uno de mera actividad, donde la muerte del suicida es condición objetiva de punibilidad y no resultado de la conducta punible.

De allí que quien omite evitar un suicidio, no puede, en principio, ser castigado a este título, si realmente se quiere afirmar la licitud del suicidio y el valor de la autonomía de la voluntad del suicida, de lo cual se sigue que nadie está especialmente obligado a salvar su vida ni puede responder penalmente por su muerte.

Sólo en casos de ausencia real de voluntad libre del suicida, como en el de ciertos pacientes psiquiátricos con reconocida tendencia al suicidio (esquizofrénicos y enfermos bipolares, sobre todo), sería posible construir la responsabilidad por omisión del especialista médico que pudo prever el suicidio y contaba con medios practicables para ello, sobre todo tratándose de pacientes hospitalizados (Bustos, Reinaldo, *Profesión Médica, Psiquiatría y Derecho*, Santiago 2016, 288ss.). Otros garantes, como la familia cercana o el resto del equipo médico a cargo del paciente, en la medida que hayan sido instruidos sobre el riesgo suicida y cuenten con los medios para evitarlo (sobre la base de que el paciente se encuentra, de algún modo, bajo control físico del garante), también podrían incurrir en esta clase de responsabilidad. Pero quien, conociendo la enfermedad amplifica las condiciones que desencadenan los comportamientos suicidas, como sería privarle del medicamento prescrito y ofrecerle instrumentos para el suicidio junto con la autonomía física para practicarlos, comete homicidio doloso, de la misma forma que quien fuerza, coacciona o engaña a otro para obtener su muerte.



## B) *Culpabilidad y condición objetiva de punibilidad*

El contenido del dolo del que auxilia al suicidio a otro debe referirse únicamente a la realidad y eficacia del auxilio que presta, pues siendo el suicidio un hecho ajeno, la muerte del suicida podrá, a lo más, ser deseada por el auxiliador, pero nunca querida, en el sentido de un actuar doloso con intención de causar la muerte. Si tal fuera el caso, estaríamos en presencia de un autor mediato de homicidio, que empela al suicida para el cumplimiento de sus propósitos. Además, ese dolo respecto del auxilio ha de ser directo, pues el Art. 393 castiga al que presta auxilio al suicida, siempre que lo haga “con conocimiento de causa”, esto es, sabiendo que su colaboración contribuye al acto suicida. Contra la opinión de Politoff/Bustos/Grisolía, 242, estimamos que como la muerte del suicida no es parte del tipo, sino una condición objetiva de punibilidad, no cabe, por tanto, un auxilio culposo o con dolo eventual respecto de ese resultado.

En efecto, en este delito la ley ha fijado una estricta medida de la peligrosidad de la conducta auxiliadora, que sólo es punible “si se efectúa la muerte”, hecho que constituye la condición objetiva de punibilidad de este delito. Si no se efectúa la muerte, por real y eficaz que haya sido el auxilio, el auxiliador no puede siquiera ser castigado a título de tentativa o frustración, pues la ley expresamente ha limitado la punibilidad del que auxilia al hecho de que se produzca la muerte del suicida, según el fundamento que se tuvo a la vista al redactar el Art. 393. Así, se lee en las *Actas* (Sesión 79, 153) que se “acordó también, a indicación del Sr. Ibáñez, limitar el alcance del artículo a sólo el caso en que ocurra realmente la muerte, pues de otro modo resultaría que viviendo el que intentó suicidarse no reciba castigo alguno, mientras que lo tendría aquél que sólo favoreció su intento”.

## §8. HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA (ARTS. 392, 402 Y 403)

Con poca fortuna, el Art. 392 regula las penas a aplicar a quienes participan en una riña peligrosa, al punto de cometerse en ella el homicidio de uno de los intervinientes, “no constando el autor de la muerte”. Las penas que esta disposición establece se gradúan, según la naturaleza del peligro comprobado de la conducta de los intervinientes, distinguiendo si consta quienes, de entre los partícipes en la riña, causaron lesiones graves al ofendido o no. En el primer caso, se castigaría únicamente a quienes causaron dichas lesiones, con la pena de presidio menor en su grado máximo (inferior en un grado a la pena de las lesiones graves del Art. 397 N° 1). En el segundo, si consta quienes ejercieron violencias —vías de hecho y lesiones menos graves— contra el ofendido, se castigaría a todos ellos con la pena de presidio menor en su grado medio (superior en un grado a la pena por lesiones menos graves del Art. 399). La suposición legal de que hay varios par-

tícipes en la riña, unos (desconocidos) que causan la muerte y otros (conocidos) que solo producen lesiones o ejercen violencias que no pueden relacionarse causalmente con el deceso de la víctima, lleva a sostener que el legislador emplea aquí el concepto de riña tumultuaria, entendida por el Diccionario como aquella “en que se acometen varias personas confusa y mutuamente de modo que no cabe distinguir los actos de cada una” y, por tanto, reina la confusión, no resultando posible determinar con exactitud quién y qué clases de golpes da o recibe. Luego, allí donde se encuentren determinados quiénes y qué clase de golpes o heridas se causaron recíprocamente, no habrá riña, sino sólo una pelea multitudinaria de cuyos resultados responderán quienes se encuentran determinados como autores de los mismos. Tampoco hay riña en el ataque conjunto de varios contra uno o varios terceros, situación de coautoría en la muerte o lesiones que se les causen, y no de riña, pues el concierto justifica la aplicación del principio de imputación recíproca entre quienes actúan de consuno (Politoff/Bustos/Grisolía, 248). Finalmente, se debe decir que no pueden ser castigados con las penas especiales de este artículo quienes toman parte en la riña antes o después de la muerte de uno de los intervinientes.

No obstante, ya desde Fuenzalida III, 109, se critica la existencia y efectos de esta figura, sobre todo, atendida la necesidad de conciliar el sentido de sus normas con los principios básicos de la responsabilidad penal y con la mínima proporcionalidad esperable en una legislación racional. Desde luego, no es aceptable, en relación con prohibición de la presunción de derecho de responsabilidad criminal (Art. 19 N° 3 inc. 8° CPR), que el presupuesto de la responsabilidad penal de unos por la muerte de otro (aunque sea atenuada) sea, precisamente, el reconocimiento de que no se tiene certeza sobre su responsabilidad en esa muerte. Tampoco resulta admisible, desde el punto de vista procesal, que la incertidumbre probatoria conduzca a una condena, en circunstancias que la ley reconoce la existencia de una duda razonable como el fundamento para la absolución (Art. 340 CPP). Es por lo anterior que, superando las curiosas formas históricas de solución de este problema que cita Carrara, § 1305, nota 1 (castigar al mayor enemigo del extinto, a quien inició la riña o a todos los partícipes por igual), tanto el Código español de 1995 como las reformas al Código alemán del siglo pasado derogaron las figuras similares que antes existían en dichas legislaciones. Por otra parte, las penalidades dispuestas carecen completamente de sentido, pues producen una atenuación inexplicable a las lesiones graves del Art. 397 N° 1 causadas en riña frente a las que se comenten en otro contexto. De allí resulta la insólita situación de que mientras los acusados por homicidio en riña que no hubiesen causado lesiones graves al occiso podrían recurrir al Tribunal Constitucional alegando la imposición de una pena con base a una presunción prohibida; quienes sean acusados de lesiones graves, podrían sostener la defensa de haber actuado en riña, para disminuir su pena.

No menos compleja resulta la interpretación de los Arts. 402 y 403, donde las atenuaciones obligatorias que se disponen parecen reafirmar la idea de que se trata de imponer penas por un delito no comprobado a quienes se les impone, compensando ese hecho con una menor pena. Esa menor penalidad es tal que lleva al legislador a remitir al empleo de la regla del Art. 304, para que las rebajas dispuestas según la naturaleza de las lesiones causadas no deriven en multa y se imponga, en todo caso, al menos la pena de prisión en su grado mínimo (1 a 21 días).

Para resolver estas perplejidades, en la medida de lo posible, Politoff/Bustos/Grisolía, 252s., ofrecen una interpretación de los Art. 392, 402 y 403 como un delito de peligro (la participación en una riña peligrosa), donde la muerte y las lesiones sufridas por un interviniente serían una condición objetiva de punibilidad, y que no conste la identidad del responsable de las mismas, un presupuesto procesal.

Sin embargo, ante los problemas concursales y penológicos que aquí se presentan, creemos que es mejor considerar que en estas disposiciones se agrupan dos figuras diferenciables: por una parte, causar lesiones en riña; y, por otra, ejercer violencias en una riña. Según esta interpretación, la agravación de las lesiones y el castigo de las violencias se fundamentarían en el mayor peligro ínsito en la ocasión en que se ejercen, esto es, en una riña tumultuaria. Y, siguiendo la propuesta de los citados Politoff/Bustos/Grisolía, la medida de ese peligro estaría dada por las condiciones objetivas de punibilidad que la ley dispone en cada caso (muerte y lesiones). Ello permite aplicar el principio de subsidiariedad en la concurrencia de formas agravadas de lesiones, de modo que la participación en riña, una agravación razonable por el peligro que conlleva, no se transforme en una atenuante inesperada.

El ejercicio de las violencias en riña, por su parte, aparecería como un delito autónomo, pero subsidiario, aplicable únicamente cuando el hecho no constituya un delito más grave de lesiones en riña o de homicidio. La irracionalidad del texto legal no permite, sin embargo, explicar por qué en el último caso no existe una pena más grave para el verdadero homicidio cometido en riña; ni tampoco por qué el ejercicio de violencias en riña es punible sólo cuando se portan armas en el caso que de la riña resulten lesiones, pero su resulta la muerte, no se exige que se hayan portado armas capaces de causarla.

A las dificultades anteriores, se suma la existencia de las faltas de los Arts. 494 N° 4 y 496 N° 10, en las que se utiliza un concepto de riña como pelea entre dos, de donde resultaría imposible desconocer el autor de las lesiones u homicidio que en ella se causen. De allí se sostiene que las riñas de los Arts. 392, 402 y 403 serían únicamente las tumultuarias, castigando estas faltas infracciones menores al orden y la seguridad públicos, en las cuales la expresión riña se refiere a cual-

quier pendencia, cuestión o quimera traducida en una pelea o disputa por vías de hecho entre dos o más personas que alteran la tranquilidad, desde luego, porque se realizan en público, esto es, en la vía pública, y en el caso más grave del Art. 494 N° 4°, porque, además, se exhiben (“se sacan”) armas blancas; supuesto este último que no sólo constituye dicha falta sino que, además, puede eventualmente ser desplazado por el delito de porte o tenencia ilegal de armas del Art. 288 bis (si se trata de armas de fuego, el régimen concursal es de acumulación, al igual que en los delitos de homicidio simple).

## §9. ABANDONO DE NIÑOS Y PERSONAS DESVALIDAS (ARTS. 347 A 352)

### *A) Ubicación sistemática. Bien jurídico protegido y naturaleza de los delitos*

Aunque los delitos de abandono de niños y personas desvalidas se encuentran en el § 2 del Título VII, Libro II, Delitos contra el orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual (Arts. 347 a 352), ello no impide que su verdadero objeto de protección sea, en primer lugar, la vida y, en segundo, la salud de las personas que, por su menor edad o desvalimiento, se encuentran de un modo u otro bajo el cuidado de terceros. Por eso Garrido III, 231, sostiene se trataría de delitos que, “de manera inmediata afectan la seguridad de las víctimas”, agregando que por ello debían “reglarse entre los delitos contra las personas”.

Tratándose de abandono de niños, el delito es de peligro abstracto, cuya gravedad se refleja en las diferencias de penalidad según el lugar del abandono y sus efectos en la vida y salud del menor. En cambio, en el delito de abandono de personas desvalidas, la estructura del tipo penal es idéntica a la del auxilio al suicidio y las riñas peligrosas: sólo si concurre la condición objetiva de punibilidad establecida en la ley (muerte o lesiones graves del abandonado) se puede considerar el hecho punible, con independencia de lo moralmente reprochable que pudiera ser la conducta. Sin embargo, aunque todos los hechos punibles de este párrafo comparten el abandono como conducta propia, la ley no ha creado ninguna figura genérica que las abarque a todas, sino que éstas se presentan como modalidades separadas de comisión de un hecho (pero no incompatibles entre sí, como se verá), en atención a la edad y estado del ofendido.

La existencia de estos delitos, que suponen una combinación de hechos ilícitos activos seguidos de otros pasivos, con penas previstas para resultados a veces mortales que no sólo son significativamente inferiores a las figuras comisivas de referencia (homicidio, parricidio e infanticidio) sino también dependen de la efectiva realización de tales resultados, nos debe servir de guía para una interpretación estricta de los llamados delitos de comisión por omisión. Ello por cuanto si la ley

no quiso castigar, p. ej., el abandono de parientes desvalidos sin resultado mortal o lesivo, difícilmente podría sostenerse que la omisión subsiguiente al abandono pueda considerarse como equivalente a una tentativa de homicidio doloso.

### ***B) Abandono de niños menores de siete años***

El ofendido en este delito ha de ser un menor de siete años, un infante, o un menor de diez años, si el abandono es realizado en lugar solitario. La conducta consiste en abandonarlo. Según el Diccionario, ello importa dejarlo solo, alejándose de él o dejando de cuidarlo. Normalmente ello se realiza dejando solo al infante en un lugar al que se le lleva al efecto o no recogiénolo del lugar donde se le dejó. Este concepto, correspondería, según Labatut/Zenteno II, 131, al abandono físico o material. El abandono económico, en cambio, podría reconducirse a la falta del Art. 494 N° 15, cuando importase no procurarles a los hijos “la educación que permiten y requieren su clase y facultades” y, cuando fuese habitual, a una forma de violencia intrafamiliar del Art. 14 Ley N° 20.066 si es apto para causar daños psicológicos o físicos. A esta última disposición podrían referirse situaciones de abandono moral que pudiesen también configurar formas de maltrato psicológico.

Los Arts. 347 a 351 proveen un intrincado sistema de agravaciones especiales en esta clase de delitos:

a) Primero, se distingue entre lugar solitario (Art. 351) o no (Art. 346), pues el riesgo para la seguridad del menor es mayor en el primer caso. Además, tratándose de menores de diez años pero mayores de siete, sólo se castiga el abandono en lugar solitario. Por lugar solitario ha de entenderse aquél desamparado o desierto;

b) Luego, cualquiera sea el lugar del abandono, hay que distinguir si el abandono es realizado por los padres o quienes tengan a su cargo el menor o no, existiendo una nueva agravación en el primer caso (Arts. 347 y 350). Dado que esta agravación —basada en el mayor deber de cuidado que se asigna a las padres y guardadores— puede elevar la pena a la de crimen (presidio mayor en su grado mínimo), al discutirse en la Comisión Redactora se tuvo presente que ella no se aplica a quien no tenga una relación jurídicamente reconocida con el menor, pues “pueden ocurrir casos en que se tome un niño por un extraño sin que nadie se lo confíe, y entonces no podrá decirse que es su guardador” (*Actas*, Sesión 67, 133);

c) Además, si el abandono es de infantes en lugar no solitario y los abandonantes son las personas designadas en el Art. 347, la pena varía si ellos residen a más o menos de 5 Kms. de una casa de expósitos;

d) Finalmente, se agravan más las penas determinadas conforme los criterios anteriores, “si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño”, agravación que opera como condición objetiva de punibilidad que de-

termina el nivel de peligrosidad a que llegó el abandono. Esta agravación es una condición objetiva de punibilidad, que opera como medida del riesgo corrido por el menor. Luego, pero sólo respecto a estos resultados, se excluye la tentativa y a su respecto, no cabe hablar de otra imputación objetiva o subjetiva que no sea la propia del riesgo del abandono.

Luego, surge el problema de distinguir esta figura con la de homicidio, generalmente en la forma de infanticidio. Según nuestra jurisprudencia, este problema se resuelve distinguiendo entre el abandono como medio controlado por el agente para la producción de la muerte del abandonado, afirmando entonces un delito de homicidio (infanticidio), como cuando se da a luz sobre un pozo séptico a la criatura, dejándola caer dentro (Etcheberry DPJ II, 342); y en cambio, habrá simple abandono cuando, a pesar del peligro corrido por el ofendido (peligro que puede derivar en su muerte), han existido potenciales cursos salvadores que el autor del delito no ha excluido o impedido deliberadamente, como cuando simplemente se deja a una criatura a la intemperie en un potrero (SCA Concepción, *Repertorio*, 318).

#### **a) La distinción entre abandono y exposición: la medida del peligro en el abandono de niños**

El inc. final del Art. 348, que declara no aplicables las disposiciones que castigan el abandono de niños al “hecho en casas de expósitos”, sirve de base para afirmar que no hay abandono en la simple exposición de menores, por no existir en ella el peligro que la ley pretende evitar. Nuestro Código mantiene así la sustancia del delito de exposición y abandono del Art. 349 del Código francés de 1810, que castigaba la exposición sólo cuando iba seguida del abandono, lo que, en términos de la jurisprudencia francesa del siglo XIX significaba dejar a la criatura sin vigilancia o sin los cuidados debidos (Chaveau, Ad. y Hélie, F. (1845), *Théorie du Code Pénal*, T. II, Bruselas, 270). A esa jurisprudencia se refería M. Haus en la exposición de motivos del Código belga que se tuvo a la vista al redactar el nuestro cuando afirmaba: “Así, la madre que después de haber expuesto a su hijo en la puerta de una casa, golpea esa puerta y no se retira sin haber visto antes que las personas de esta casa recogen al niño, o que lo deposita en torno de un hospicio, estará esta madre al abrigo de toda pena, ya que ha expuesto al niño sin haberlo abandonado” (Nypels, Jean (1868), *Législation criminelle de la Belgique ou commentaire et complément du Code Pénal belge*, T. III, 11). Sin embargo, la Comisión no siguió el ejemplo del Código belga, que alteró esa doctrina e incorporó en su Art. 354, como alternativa de delito independiente del abandono, la simple exposición o el mandar a exponer a un menor, manteniéndola expresamente en el citado Art. 248. Esa doctrina francesa es seguida también por nuestra jurisprudencia desde la entrada en vigencia del Código, absolviendo de la acusación por abandono a una madre que dejó a la criatura “en las inmediaciones

de un hospital”, quedándose oculta en los alrededores (“para volverla a tomar si nadie la recogía”) hasta que la criatura fue puesta a salvo por dos hombres que la encontraron (SCA Concepción 26.11.1878, *Repertorio*, 318); y a otra que dejó su criatura bien abrigada y alimentada entre dos casas de un camino muy transitado (Etcheberry DPJ IV, 449). *Mutatis mutandi*, lo mismo habría que decir de quienes dejan sus criaturas en las cercanías o en un retén policial y en otras instituciones públicas que aseguren su auxilio, aunque no se trate de casas de expósitos en sentido estricto, siempre que se aseguren que la criatura sea recogida por terceros.

## b) Abandono por omisión

El Art. 494 N° 13 castiga como autor de falta a quien, “encontrando perdido o abandonado a un menor de siete años no lo entregare a su familia o no lo recogiere o depositare en un lugar seguro, dando cuenta a la autoridad en los últimos dos casos”, disposición que ha dado pie para afirmar que, tratándose de los parientes del menor (sus garantes) quienes no lo recogen, sólo cabría castigar este hecho como abandono por omisión del Art. 346, dado que ellos son la “familia” a que se refiere la falta recién citada, y de otro modo resultaría el absurdo de que la ley considerase más obligados a los terceros que a los propios garantes (Poli-toff/Bustos/Grisolía, 281s.). Sin embargo, la argumentación es innecesaria ya que el abandono, en su sentido natural y obvio importa tanto una acción como una omisión que abarca precisamente el caso descrito, pues perfectamente después de encontrar a un niño puede dejársele solo, alejándose de él o dejando de cuidarlo.

## C) Abandono de personas desvalidas

Para este caso reserva la ley la figura del Art. 352, que, a diferencia del abandono de niños, sólo castiga el abandono en caso en que del mismo se sigan lesiones graves o la muerte del abandonado. Aquí la condición objetiva de punibilidad opera en plenitud, limitando el castigo de toda tentativa o frustración de abandono de personas desvalidas en que dicha condición no se presente. Además, la ley limitó la sanción de estos hechos al abandono de cónyuges y ascendientes o descendientes desvalidos, convirtiéndose así en un delito especial propio, al no existir la figura base común. Por esta razón en la SCA Valparaíso 28.11.1973 (RDJ LXX, 111) se condenó a la cómplice del reo a este título (la abandonada era cónyuge del reo y padecía oligofrenia).

Sin embargo, los vacíos que dejaba la legislación decimonónica han venido a llenarse en parte con la introducción de la figura del maltrato de menores de edad adultos mayores y personas en situación de discapacidad, del nuevo Art. 403 bis, donde perfectamente pueden subsumirse los abandonos de mayores de diez años que no produzcan los resultados mortales o lesivos requeridos por el Art. 352.



## §10. FALTA DE OMISIÓN DE SOCORRO (ART. 494 N<sup>o</sup> 14)

### A) *Bien jurídico protegido y discusión político criminal*

El Art. 494 castiga como autor de una falta en su N<sup>o</sup> 14, al que “no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio”. Admitiendo que los bienes jurídicos protegidos son la vida y la integridad física y psíquica del que está en peligro de perecer, la benévola la sanción prevista puede explicarse por la resistencia a imponer deberes positivos de acción en favor de terceros. Incluso en situaciones graves, como los naufragios, los Arts. 102 y 112 D.L. 2.222/1978, Ley de Navegación, establecen solo una vaga remisión a este N<sup>o</sup> 14 del Art. 494, respecto del Capitán que no socorra otra nave. Esta resistencia sólo ha sido superada en el Art. 195 la Ley de Tránsito, que castiga la omisión de socorro que sigue a un accidente en el que se ha tomado parte, donde es esa conducta anterior y no un deber general el fundamento de la previsión penal. Luego, no parece tan desacertado el criterio del legislador decimonónico, el cual, por cierto, no ha sido corregido en casi siglo y medio de legislación posterior.

Hay que tener presente, además, que en España, donde la transformación en delito autónomo de la omisión de socorro llevó a parte de la doctrina a entender que su objeto de protección no es la vida e integridad física y psíquica del que requiere auxilio, sino el cumplimiento de deberes de solidaridad, Muñoz Conde, 278s., hace hincapié, en cambio, en el hecho de que tales deberes generales no parecen existir, sino únicamente en atención a las circunstancias específicas en las que la omisión de socorrer a otro es castigada. Por otra parte, la elevada pena (hasta cinco años de privación de libertad y multa) prevista en el Art. 223-6, inc. 2<sup>o</sup> del Código francés para el que “se abstenga voluntariamente de prestar una persona en peligro la asistencia que podía prestarle, sin riesgo para él o para terceros, sea por su acción personal, sea provocando socorro”, se explica porque la doctrina penal francesa nunca ha aceptado el concepto de homicidio o lesiones por omisión (ni en general la noción de comisión por omisión), argumentando la imposibilidad de una relación causal entre una omisión y un resultado mortal, resumida en el adagio *le néant ne produit rien* (la nada no produce nada).

### B) *Tipicidad, culpabilidad, participación e iter criminis*

Típicamente, la principal particularidad de esta figura es que se trata de un delito de omisión propia, donde tanto las características personales del omitente como de la víctima son irrelevantes para la calificación del hecho. Debe rechazarse la idea sostenida por Garrido III, 238s, en orden a que no puede ser víctima de esta falta “la persona que está obligada jurídicamente a soportar el peligro (como



el caso del salvavidas o el policía)”, puesto que no puede exigirse a nadie el heroísmo, ni mucho menos excusar de ayudar al que se encuentra herido, maltratado o en peligro de perecer, según sea la profesión de éste.

La conducta omitida y que la ley ordena realizar es auxiliar o socorrer a otro, prestándole la ayuda necesaria para eliminar o disminuir el peligro en que se encuentra, lo que puede realizarse tanto personalmente como a través de terceros, cuya intervención se procura por no estar capacitado objetivamente el obligado a auxiliar por sus propios medios al que lo requiere (lo que sucederá evidentemente cuando sean necesarios cuidados médicos que el obligado a actuar no puede prestar por sí mismo).

Como resulta evidente, esta conducta puede verse también, en primer lugar, como la parte final de las conductas complejas de abandono de los Arts. 346 a 352. En estos casos, el hecho que puede ser completamente subsumido en aquellas figuras y en la falta de omisión de socorro debe ser sancionado, de conformidad con el principio de alternatividad, únicamente con las penas de los delitos más graves. Del mismo modo, el maltrato del Art. 403 bis preferirá a esta falta, cuando los hechos de que se trate sean subsumibles en ambas figuras. Incluso es posible que, en algunos supuestos, la omisión de socorro no sea más que un medio (como el abandono en otros) para cometer un homicidio doloso en una sucesión compleja de acciones y omisiones, como en el ejemplo de Politoff: A, que trabaja en el suelo del mar, hace la señal convenida a B, quien, desde el bote, debe hacer girar la manivela para hacer llegar oxígeno al primero, pero, en vez de hacer la operación a que se ha obligado B, con la intención de matar a A, se aleja del lugar para que éste muera asfixiado (Politoff, Sergio (1999), *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Santiago, 202s.).

El deber de auxilio se encuentra limitado por la ley chilena a la concurrencia de los siguientes cuatro requisitos específicos, que generan la obligación de actuar:

a) Que la víctima se encuentre herida, maltratada o en peligro de perecer. Esto importa una situación físicamente perceptible por las huellas que las heridas o maltratos dejan en ella o por una valoración *ex ante* del conjunto de la situación, tomando en cuenta los datos que de la realidad existen y que cualquiera podría normalmente llegar a conocer. Ello no supone, sin embargo, que la víctima esté “gravemente herida”, sino que su vida o integridad corran un riesgo concreto, como el de la persona “que se encuentra precariamente sujeta de un matorral sobre la ladera de un precipicio” (Politoff/Bustos/Grisolía, 277). Tampoco se requiere que la víctima pida ayuda ni su consentimiento para auxiliarla. Además, es indiferente para la ley el origen del peligro: la obligación existe, aunque éste haya sido causado por el propio sujeto pasivo (como en el caso de quien se intenta suicidar); y aún por el propio obligado a socorrer, mientras dicho peligro no sea parte de un hecho doloso o culposo que deba sancionarse independientemente.

En los casos especiales de peligros creados en accidentes de tránsito, el Art. 195 de la ley del rubro establece una especial penalidad para los partícipes del accidente que huyen del lugar del mismo sin socorrer a las víctimas, según veremos en el siguiente apartado;

b) Que la víctima y el que debe salvarla se encuentren físicamente presentes en un mismo lugar. La obligación de auxiliar sólo nace cuando una persona se “encuentra” o “da con alguien” (buscado o no, según el Diccionario) herido, etc., no siendo suficiente tener noticias de que alguien está en peligro, ni aun el hecho de que éste pida ayuda a través de los modernos medios de comunicación;

c) Que la víctima se encuentre en despoblado. Despoblado significa, según el Diccionario, “desierto, yermo o sitio no poblado, y especialmente el que en otro tiempo ha tenido población”. Esta definición debe entenderse en el sentido que se trata de lugares donde, por la falta de población, no parece esperable el surgimiento de otros cursos salvadores, con independencia de los límites administrativos de ciudades y pueblos; y

d) Que el auxilio pueda prestarse sin detrimento propio. Recoge aquí la ley el presupuesto de todo delito de omisión, a saber, la exigencia de una posibilidad real de actuar. En este caso, no se refiere a la posibilidad de salvar a la víctima (no es requisito del tipo el dolo a su persona), sino a la exigibilidad de la conducta del obligado que se habrá de valorar objetivamente, pero no respecto de las capacidades de cualquiera puesto en ese lugar y momento, sino de las propias del sujeto que enfrenta la posibilidad del salvataje.

En cuanto a la culpabilidad, cabe recordar que, tratándose de un delito de omisión propia, el dolo está compuesto tanto por el conocimiento de la situación que genera la obligación como por la voluntad de realizar una conducta diferente a la obligada. La indiferencia ante la verificación de la situación de peligro o de las consecuencias del actuar en dirección diferente a la obligada puede considerarse punible a título de dolo eventual. En cambio, aunque la negligencia es imaginable como fundamento de una errada apreciación de las circunstancias que generan la obligación de actuar, al ser este hecho punible como falta, no admite su castigo a este título.

Finalmente, por tratarse de un delito de omisión propia, no es posible su tentativa o frustración, ni tampoco cabe apreciar situaciones de coautoría o participación: cada interviniente responderá de sus propios hechos, de manera independiente.

## Capítulo 2

# PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO VOLUNTARIO EN TRES CAUSALES

A pesar de su ubicación entre las figuras relativas al orden de las familias, la moralidad pública y la integridad sexual, hay acuerdo entre nosotros en que el bien jurídico protegido en las figuras de aborto es, como en el homicidio, la vida humana, diferenciándose únicamente por su carácter dependiente o independiente, respectivamente.

Ahora bien, si es necesario o conveniente castigar penalmente la muerte del que no ha nacido, es materia de discusión política, particularmente en el caso del aborto voluntario (causado o consentido por la mujer embarazada), donde entra en juego no sólo el interés de proteger la vida del que está por nacer, sino también el de la decisión de la mujer de convertirse o no en madre. En efecto, según el voto de mayoría de la STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017), recaída en el proyecto de ley que despenalizó el aborto en tres causales, es propio del “margen de apreciación que se le encarga al legislador” tratar el aborto “como un delito distinto al del homicidio y al de infanticidio”, e incluso “tratarlo como delito distinto a aquellos delitos contra las personas en el Código Penal” (Cons. 60°), pues estima que para nuestra Constitución sólo el ser humano nacido sería una persona, con derechos fundamentales, mientras que el que está por nacer no, a pesar del interés constitucional para su protección (Cons. 40° y 66° a 78°). Esta diferencia constitucional entre la vida humana independiente (el nacido o persona propiamente tal) y la dependiente (el que está por nacer o *nasciturus*), según dicha sentencia, supone para el legislador “un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito”, de modo que “el legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto”, sino que la redacción del texto constitucional ha de entenderse “simplemente habilitante para regular la protección” (Considerando 31°), protección que “no puede hacerse sin la debida consideración de los derechos que tiene la mujer”, pues “la Constitución no habilita al Estado a que se pueda poner en peligro la vida de la madre ni le impone tener un hijo producto de una violación” (Cons. 79°).

De este modo, para nuestro Tribunal Constitucional no resulta contraria al texto fundamental la nueva redacción del Art. 119, inc. 1°, del Código Sanitario,

introducida por la Ley N° 21.030, de 23.9.2017, donde se autoriza la interrupción del embarazo por un médico cirujano, mediando la voluntad de la mujer, cuando ésta se encuentre en riesgo vital, el embrión o feto padezca una patología incompatible con la vida extrauterina, o el embarazo haya sido producto de una violación.

Sin embargo, es muy probable que esta despenalización siga en el tapete de la discusión pública, por cuanto se establece un sistema de indicaciones que ha sido superado en prácticamente todos los países donde se reconoce el derecho de las mujeres a decidir sobre su maternidad, reemplazándose por uno de aborto libre dentro de ciertos plazos determinados, como se hizo en España con la reforma del año 2010. Ello, por cuanto el voto de mayoría de la citada STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017), no sólo acepta el sistema de indicaciones sino, además, reconoce el llamado derecho a la autonomía reproductiva, afirmando que en Tratados Internacionales ratificados y vigentes (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra La Mujer, D.S. N° 789 / 1989 RR.EE.; y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra Las Mujeres, D.S. N° 1.640/ 1998 RR.EE.), se establecería “el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materias de planificación de la familia” y, “también”, “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y “el intervalo entre los nacimientos” (Cons. 37° y 38<sup>a</sup>), derecho que es el fundamento del llamado sistema de plazos o de libertad de elección de la mujer, actualmente predominante en las democracias occidentales. Es más, al referirse a, la causal o indicación de violación, única que contempla un plazo dentro de las tres aprobadas (12 semanas en todo caso, 14 semanas, si la mujer es menor de 14 años), el Tribunal Constitucional resumió el argumento con que se defiende la libertad de elección de la mujer en el ejercicio de su derecho a la autonomía reproductiva, diciendo: “Dicho plazo implica que hasta antes de finalizar ese período, la mujer tiene la opción de interrumpir el embarazo. Después de vencido ese plazo, el legislador entiende que ha asumido éste, renunciando a dicha interrupción. Y por lo mismo, debe continuar con él, como cualquier otra mujer. Esa es una forma de proteger al que está por nacer” (Cons. 110°).

Este sistema, actualmente vigente en los países de tradición anglosajona, en España y en Francia, no exige una investigación acerca de las causas del aborto al menos durante las primeras semanas del embarazo (con plazos fluctuantes entre 12 y 20, según los casos), considerándose en dichos países que en ese período corresponde a una decisión puramente personal de la embarazada la continuación o no del embarazo. De hecho, el CP francés de 1992 ha despenalizado en todo caso el aborto voluntario causado por la propia mujer, aun fuera del plazo de doce semanas, criminalizando, en cambio, actividades dirigidas a impedir un aborto voluntario, la interrupción no consentida del embarazo, fuera del plazo legal o

sin ser médico el que lo hace o se practica fuera de un establecimiento hospitalario, y también el auxilio al aborto fuera de la regulación sanitaria. Otra suele ser la situación en países asiáticos superpoblados, particularmente en la República Popular China, donde el aborto forzado parece ser todavía parte de la política estatal para reducir la población, a pesar del término de la política del hijo único (véase al respecto el *Reporte del año 2015 sobre las Prácticas en Derechos Humanos en China*, elaborado por el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América).

Finalmente, es necesario tener en cuenta que la vida del que está por nacer se enfrenta ahora a problemas inimaginables en 1874, debido a los adelantos en la medicina moderna y en la biotecnología, tales como la posibilidad de causar lesiones al feto (generalmente culposas), punibles ahora en buena parte de los países de nuestra órbita cultural, como hacen Arts. 157 y 158 CP español (Muñoz Conde, 104s).

## §2. ABORTO VOLUNTARIO PUNIBLE (ARTS. 344, 342 N° 3 Y 345)

El Art. 344 sanciona a “la mujer que, fuera de los casos permitidos por la ley, causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause”, de donde lo decisivo para su calificación y sanción es no sólo la voluntad de la mujer embarazada (auto aborto) o consentir que otro se lo cause (aborto consentido), sino establecer, además, si se trata de uno de los casos permitidos por la ley, supuestos en los cuales el elemento normativo introducido en la descripción del delito excluye su tipicidad. En cambio, por regla general no existen casos permitidos por la ley para cometer un aborto no voluntario, salvo lo que se dirá en casos excepcionales de aborto terapéutico, cuando la mujer embarazada no está en condiciones de consentir la interrupción de su embarazo.

Además, el aborto voluntario punible se distingue del no voluntario en la posibilidad que se ofrece a la mujer de atenuación de pena por la actuación *honoris causa*, y en la rebaja en la pena que corresponde imponer al tercero que, sin ser facultativo, participa en estos hechos, con relación a los casos de aborto no voluntario.

### A) Tipicidad

#### a) Autoría

Mientras en el auto aborto del Art. 344 sólo puede ser autor la mujer embarazada; en el aborto consentido existe una participación necesaria entre la mujer que consiente que se practique y el tercero que efectivamente lo realiza. Sin em-

bargo, los terceros no son sancionados como partícipes del delito de la mujer ni ésta como partícipe de aquellos, sino que cada una de las intervenciones es castigada, a título de autoría, por figuras diferentes: a) la mujer que consiente en el aborto es sancionada por el delito del Art. 344; b) el tercero que no es facultativo, por el del Art. 341 N° 3; y c) el tercero que es facultativo, por el del Art. 345. Lamentablemente, la reforma que introdujo expresamente supuestos de aborto no punibles no alteró, como parecía necesario, las penalidades de las figuras en juego, más graves para la mujer que consiente en el aborto que para aquél que lo practica, lo que aparece, así, como un relicto de la antigua valoración histórica del rol de mujer embarazada como portadora de un deber especial, reflejado en la cuantía de la pena que se establece frente a las de los terceros que no son facultativos.

### *(1) El caso especial del facultativo (Art. 345)*

El Art. 345 sanciona al facultativo que, “abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él”, con las penas señaladas en el Art. 342 aumentadas en un grado. La agravación se fundamenta en que el facultativo es un tercero al que, por su particular función en la comunidad, la ley le impone un mayor reproche y, consiguientemente, una pena que, en el caso del aborto voluntario, es equiparable a la de la mujer que causa su propio aborto (presidio menor en su grado máximo).

Facultativo es quien ejerce alguna de las profesiones a que se refiere el Art. 313 a): médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativa a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano. Entre dichas otras profesiones se encuentran, p. ej., las que requieren un título otorgado por una facultad de medicina o vinculada a las ahora denominadas ciencias de la salud (estomatología, kinesiología, enfermería, obstetricia, farmacología, etc.).

Abusa de su oficio quien, fuera de los casos permitidos por Art. 199 del Código Sanitario, utiliza su ciencia y arte para causar el aborto.

Al respecto, se debe agregar que, si bien expresamente el nuevo Art. 119 Código Sanitario establece en su inc. 2° como requisito para la interrupción no punible del embarazo la manifestación del consentimiento de la mujer “en forma expresa, previa y por escrito”, lo cierto es que allí mismo se hace una remisión amplia a las letras b) y c) del Art. 15 Ley N° 20.584, donde se establece la posibilidad de intervenir médicamente, sin consentimiento de la mujer, en casos de emergencia (aquellos en que “la condición de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención grave e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal”), y de incapacidad del paciente para manifestar su voluntad e imposibilidad de obtención de la de su representante

legal. Además, el Art. 119 Código Sanitario, establece procedimientos subrogados de consentimiento judicial a favor de menores de edad, en casos de imposibilidad o negativa injustificada de los representantes.

Por otra parte, no concurre la agravación si el facultativo —fuera de los casos permitidos por la ley para interrumpir el embarazo— actúa sin hacer para ello un uso indebido de los conocimientos, destrezas o habilidades propios de su ciencia o arte. Tal sería el supuesto del amante médico o farmacéutico de profesión que, arrastrado por la cólera, maltrata físicamente a la mujer, causándole de este modo el aborto.

En cuanto a la actuación del facultativo fuera de los casos previstos en el Art. 119 Código Sanitario, todavía sería posible no considerar su sanción penal si la finalidad terapéutica puede asimilarse a un estado de necesidad del Art. 10 N° 11 o a una atenuante incompleta derivada del mismo, si, en el ejemplo de Hernández (2011, 273s.), se causara un aborto para “evitar un menoscabo grave de la salud de la mujer embarazada”, que no signifique un riesgo vital ni sobrellevar la maternidad de una criatura inviable.

Finalmente, se debe destacar que el Art. 445 sanciona con la pena de autor tanto al que facultativo que causare el aborto como al que “cooperare en él”, aún en calidad de cómplice del Art. 16.

## **b) Objeto material: la vida humana dependiente anidada en el útero materno**

El objeto material del delito de aborto es el ser humano se desarrolla dentro del vientre materno, desde el momento que comienza el embarazo y hasta que la criatura adquiere vida autónoma. Ello se desprende de los Arts. 342 N° 1 y 343, que hacen expresa referencia a la “mujer embarazada” y al “embarazo”, respectivamente; y de las disposiciones de la Ley N° 20.120 que regulan parcialmente la vida humana extrauterina, castigando solamente la clonación y la manipulación genética (Art. 17). En consecuencia, como señala nuestra jurisprudencia, para sancionar este delito es necesario acreditar el hecho de encontrarse la mujer en estado de embarazo (SCA Punta Arenas 17.1.2008, *Repertorio*, 316). Por mujer embarazada ha de entenderse, según el Diccionario, la gestante. Como tal definición no resulta del todo clara, es posible, en este lugar, buscar el sentido de la expresión en la ciencia médica. Según la Organización Mundial de la Salud, el embarazo comienza con la anidación en el útero del blastocito y termina con el parto (*Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 51, 1999). Así, la protección que se le dispensa penalmente no comienza todavía con la fecundación, la que tiene lugar en las trompas de Falopio —y que da origen, en una primera fase, a las 16 células que componen la mórula y luego, entre el quinto y el sexto día, al blastocito, apto ya para la anidación en útero— ya que esas células no poseen



aún una función orgánica y son sólo potenciales de una ulterior transformación (el llamado período germinal). Sólo cuando esas células se fijan en la membrana mucosa del útero (endometrio) puede hablarse de anidación o período embrional, coincidente con el inicio del embarazo (Rosenfield, Allan y Mahmoud F., Fathala (1994), *Manual de Reproducción Humana de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia*, New York/London, 81s.).

Esta delimitación es coincidente con la Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28.11.2012 (*Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 257, párrafo 264), cuando afirma que el Art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer la protección del derecho a la vida “por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”, pues “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del Art. 4.1 de la Convención Americana”.

De lo anterior se desprende, en primer lugar, la licitud de la administración o implantación de métodos anticonceptivos que impidan la anidación del óvulo fecundado en el endometrio, lo cual, además, se encuentra expresamente autorizado por la Ley N° 20.418, de 2.2.2010, que fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, cuyo Art. 4° establece la obligación del Estado en orden a poner “a disposición de la población los métodos anticonceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, tales como los métodos anticonceptivos combinados de estrógeno y progestágeno, métodos anticonceptivos de progestágeno solo, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia y los métodos de anticoncepción no hormonal, naturales y artificiales”, entre los cuales se cuentan aquellos cuyo efecto acreditado es evitar el embarazo antes que la anidación, como es el caso de los dispositivos intrauterinos y la famosa “pastilla del día después”, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en entredicho (STC 14.1.2010, Rol N° 588-09, que con ello vino a superar la situación generada por la anterior STC de 18.4.2008 (Rol N° 740-07), que había declarado inconstitucional establecer por Decreto Supremo la entrega de métodos anticonceptivos de emergencia por parte del Estado).

En segundo término, se desprende de ello la licitud de los procedimientos de fecundación *in vitro* y de la destrucción del óvulo fecundado en laboratorio antes de ser transferido al útero de la aportante que, sin perjuicio de las preguntas éticas que el asunto plantee y de eventuales sugerencias de política criminal, no constituye aborto, atendida la inexistencia del embarazo.

Finalmente, se debe señalar que tampoco habrá aborto ni tentativa del mismo en caso de que se realicen maniobras sobre una mujer que porta aún un feto muerto (SCS 6.4.1963, *Repertorio*, 316). Tampoco lo habrá si se cree en la existencia



del embarazo, pero éste no puede comprobarse: las maniobras realizadas sobre una mujer que no está embarazada “conducirán a un aborto imposible o simplemente lesiones, si las hubiere” (SCA Punta Arenas 17.1.2008, *Repertorio*, 316).

(1) *Excurso: vida humana y manipulación genética (Ley N° 20.120)*

La clonación, entendida como la duplicación de células u organismos genéticamente idénticos, a partir de una única célula u organismo o por división de estados embrionarios iniciales, es un fenómeno que existe en la naturaleza —como en los casos de los embarazos gemelares univitelinos—, y que, actualmente, es posible replicar artificialmente en células humanas (las llamadas células madres) y, como seres completos, en otros mamíferos. Según la *National Bioethics Advisory Commission*, desde la aparición de la oveja Dolly el 23.2.1997, esta posibilidad incluye la clonación de seres humanos (para un resumen histórico y conceptual, véase, Nussbaum, Martha y Sunstein, Cass (2000), *Clones y clones. Hechos y fantasías sobre la clonación humana*, Maid; y Fukuyama, Francis (2002), *El fin del hombre, consecuencias de la revolución biotecnológica*, Barcelona, 276ss. El texto completo permite una acabada visión de las implicancias que para el concepto de ser humano y de la humanidad en general podría tener la manipulación genética).

Por ello, cualesquiera sean el desconcierto y la explicable ansiedad y reprobación que semejantes posibilidades técnicas puedan suscitar en el plano de la ética social, como puede verse en el Pronunciamiento del Colegio Médico de Chile, adoptado en las Sesiones N° 1 Extraordinaria del 19.3.97, y N° 3 Ordinaria del 26.3.97 del Departamento de Ética del H. Consejo General), tanto en cuanto se trate de una producción de seres humanos con carácter reproductivo como no, las legislaciones de los países de nuestra órbita cultural han debido hacerse cargo de esta materia. Así, p. ej., la investigación sobre la base de clonación no reproductiva es legalmente admitida en el Reino Unido, donde la *Human Reproductive Cloning Act 2001* de 4 de diciembre de ese año prohíbe únicamente la implantación en una mujer de un embrión obtenido de manera diferente a la fertilización, pero no el desarrollo embrional clónico en otro ambiente (sobre la situación general en Europa, donde se repiten “las cuatro posibles respuestas jurídicas que la historia muestra que en el pasado se han dado frente a los avances científicos y tecnológicos”, a saber, “permitir, permitir con restricción, prohibir o no regular”, véase García, Daniel (2010), “Aproximación al marco legal común europeo relativo a la investigación sobre clonación humana”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. 10, 567-588).

Uno de los principales problemas que presenta la aceptación de la clonación con fines reproductivos en seres humanos es el de la identidad de los seres clonados y su estatus de persona, independiente de quien le da origen (Calise, Santiago (2015), “La clonación humana y el problema de la identidad”, en ISEGORÍA.

Revista de Filosofía Moral y Política, N.º 53, 697-710). Sin embargo, parece ser que ese problema resulta menos grave de lo que aparenta, atendida la experiencia en la apreciación social de los casos de gemelos univitelinos, cuya separación física, a pesar de compartirse una carga genética idéntica, permite considerarlos personas individuales, en el sentido del Art. 55 CC que define a las personas como individuos de la especie humana.

No obstante, con ello no se superan todas las dificultades que podría suscitar la creación prácticamente en serie de seres humanos a medida y su desarrollo fuera del vientre materno, en procedimientos de exogénesis, como los que se describen en la novela *Un Mundo Feliz* de Aldus Huxley. En efecto, en tales situaciones, por una parte el ser no es genéticamente un individuo producto de una interacción natural de gametos, sino un ser producido mediante manipulaciones y clonaciones artificiales de gametos y ovocitos; y por otra, del gestado y nacido en ambientes artificiales, no se puede decir que sea nacido de mujer, concepto que, según Politoff/Bustos/Grisolía, 49, ha identificado tradicionalmente a los miembros de la especie humana, desde que se abandonara la distinción entre *monstrum* —un ser de tal manera deforme que no tenía nada de la especie humana (y, por tanto, no estaba sujeto a la protección penal del homicidio)— y *ostentum*, que se definía como aquel que siendo defectuoso y saliéndose desde ese punto de vista del molde de la especie, tenía sin embargo cara de ser humano, y era sujeto pasivo de un homicidio (Aleman, Ana (2012), “Precisiones terminológicas sobre ostentum, D. 50, 16, 38 (Ulpianus Libro 25 ad Edictum)”, en Resina, P. (Ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 49-64).

Por ello, habiéndose ya identificado buena parte del mapa genético de la especie humana, según la información proporcionada por el *National Center for Biotechnology Information*, y el *National Institute of Health*, y también buena parte de los procedimientos técnicos para su clonación y manipulación (Wilmut, I. (1999), “Clonación con fines médicos”, en *Investigación y Ciencia*, N.º 269, 24-29), la Ley N.º 20.120, de 22.9.2006, Sobre la Investigación Científica en el Ser Humano, su Genoma y prohíbe la Clonación Humana, vino a establecer una regulación precisa para la protección del ovocito preimplantacional y la prohibición absoluta de la clonación de seres humanos, cuyo objetivo declarado es “proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas” (Art. 1º).

La primera cuestión que plantea esta regulación deriva del hecho de que allí se identifica como seres humanos a los nacidos, a los que están por nacer y al cigoto, producto de la concepción. Para los efectos penales, esta identificación supone entender que el concepto de ser humano es diferente del de persona u otro, en el sentido de los delitos de homicidio. Así, en sus términos, habrá seres humanos por nacer, cuya protección penal se encuentra en los delitos de aborto;

nacidos, cuya vida y salud protege el Código mediante los delitos de homicidio y lesiones; y seres humanos en estado embrional (el cigoto), principalmente protegidos en su integridad genética a través de la Ley N° 20.120. Sin embargo, esta ley no establece, respecto del cigoto no implantado, prohibiciones y regulaciones específicas diferentes a las relativas a la eugenesia, la manipulación genética y la clonación (permitiéndose incluso la llamada consejería y la terapia génicas), lo que supone la inexistencia de una prohibición que importe considerar como delito la destrucción de tales cigotos. En consecuencia, las regulaciones relativas a la manipulación genética no implican una prohibición explícita ni implícita de los métodos de reproducción asistida tales como la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria, regulados actualmente por la R. Ex. N° 1072 de 1985, del Ministerio de Salud.

En lo que respecta a la manipulación genética, la Ley N° 20.120 prohíbe “toda práctica eugenésica, salvo la consejería genética” (Art. 3°) y la “clonación de seres humanos, cualesquiera que sean el fin perseguido y la técnica utilizada” (Art. 5°). Para estos efectos, el D.S. 114 / 2010 (Salud), define práctica eugenésica como “la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana” (Art. 3° inc. 1°); consejería genética como la “orientación entregada por un profesional de la salud a individuos con riesgo aumentado de tener descendencia con trastorno genético específico, incluyendo entrega de información respecto de la probabilidad de tener descendencia con la enfermedad de que se trate” (Art. 3° inc. 2°); y clonación de seres humanos como “la generación asexuada de un organismo o conjunto de células genéticamente idénticas a su ancestro”. Por otra parte, reforzando la prohibición señalada, en el Art. 17 Ley N° 20.120 se establece un delito específico, mediante el cual se sanciona con las penas de presidio menor en su grado medio a máximo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión durante el tiempo de la condena (la que será perpetua en caso de reincidencia), al que “clonare o iniciare un proceso para clonar seres humanos” y al que “realizare cualquier procedimiento eugenésico en contravención al artículo 3°”.

Al respecto, cabe destacar que la ley asimila la tentativa de clonación a la clonación propiamente tal y que, a pesar de la aparentemente amplia prohibición de la eugenesia, al no imponerse la obligatoriedad de métodos de fertilización in vitro que supongan la implantación de todos los gametos fecundados, es posible, técnica y legalmente, seleccionar los óvulos a implantar en dichos procedimientos, sin incurrir en infracciones punibles, mientras la consejería genética permita la identificación de enfermedades potenciales cuya evitación sea deseada por los futuros receptores de dichos gametos y no suponga una intervención física o de otra naturaleza sobre los gametos a implantar (véase al respecto Gajardo, Alejandra (2007), “El consejo genético desde una perspectiva bioética personalista”, *Ars Médica*, Vol. 13, N° 2, 176-180).

La Ley N° 20.120 contempla, además, otras figuras especiales, vinculadas con la materia: así, respecto de la información del genoma de cada uno, se establece la obligación de reserva (Art. 12), que se refuerza con un delito especial de violación de secretos que establece el Art. 18 de la ley. Como para mantener dicha reserva se exige la encriptación de los datos genéticos que permitan la identificación de las personas (Art. 13), la ley sanciona con una multa de “hasta mil unidades tributarias” (es decir, pena de crimen según el Art. 25 del Código penal), al que “omitiere la encriptación exigida en esta ley” (Art.18). Además, se sanciona en su Art. 19 especialmente la falsificación y el empleo del acta falsificada en que conste el consentimiento informado de quienes participen en una investigación científica en seres humanos (Art. 11); y en el 20, la realización de investigaciones en seres humanos o en su genoma sin las autorizaciones correspondientes, tanto del director del establecimiento en que se realizan como de su Comité Ético Científico (Art. 10) y también del paciente, dado el fraseo de la ley, que emplea la voz “autorizar” como equivalente a “consentir” (Art. 11).

### c) Conducta

Como acabamos de señalar, abortar significa, en primer término, interrumpir el embarazo. Esta definición excluye la posibilidad de concebir el aborto únicamente como expulsión de la criatura antes del tiempo que la naturaleza ha determinado, según proponía antiguamente Del Río (1935, 282). Pero tampoco se trata, es claro, de la sola interrupción del embarazo (cuyo curso natural es interrumpido con ordinaria frecuencia por el médico obstetra en los casos de partos prematuros inducidos y cesáreas anticipadas), sino de su interrupción con la muerte consiguiente del ser en gestación. Las maniobras abortivas que conduzcan a la expulsión prematura del feto que sobrevive (en rigor un aceleramiento del parto) pueden constituir sólo, supuesta su ilicitud, un aborto frustrado. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia dominante entre nosotros convengan en definir el aborto, para los efectos penales, como la interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del feto, dentro o fuera del cuerpo de la madre.

Debe destacarse, sin embargo, que la viabilidad extrauterina del feto no es un criterio que sirva para delimitar el aborto del homicidio, sino que ha de estarse al momento de las maniobras que conducen a su muerte: si éstas se ejecutan durante el embarazo, hay aborto; si después de interrumpido el embarazo y adquirida autonomía vital por la criatura, homicidio o infanticidio, según los casos. Se trata, como no puede ser de otra manera, de un asunto de hecho que debe resolverse mediante las pruebas presentadas en juicio, que permitan dilucidar el momento de la agresión, antes que de una disquisición teórica. En el caso del hecho que empieza como tentativa de aborto (con agresiones durante el embarazo) y termina como homicidio o infanticidio (porque las agresiones continúan tras el nacimien-

to de la criatura ya herida en su vida intrauterina), la defensa de la consunción del aborto en el homicidio, entendido el primero como un acto anterior copenado debiera ser acogida.

En cuanto a los medios de comisión, pareciera que no existiese ninguna limitación y que, aun tratándose de medios violentos, mientras sean consentidos, los terceros sólo serían sancionados por el N° 3 del Art. 342. Sin embargo, los medios empleados deben “causar un aborto”, expresión legal que no admite la posibilidad de extender su sentido literal a la incriminación a título omisivo (Politoff/Bustos/Grisolía, 144).

#### **d) Circunstancia especial: el consentimiento de la mujer embarazada**

En los casos de auto aborto y aborto consentido es necesaria para su configuración la existencia de una voluntad libre de la mujer para causarlo, su consentimiento. De no existir, estaríamos únicamente ante las figuras de aborto no voluntario de los Arts. 342 N°s. 1 y 2, incluyendo entre ellas el supuesto de la mujer que causa su aborto ingiriendo medicamentos abortivos que cree inocuos, engañada por un tercero y el del facultativo que coopera en el mismo sin la voluntad de la mujer. Este consentimiento debe ser libre, esto es, otorgado con conocimiento del significado del acto y sin vicios (como la violencia o el engaño), aunque es dudoso referir estas exigencias a las propias de la capacidad penal, puesto que aquí lo importante no es determinar la imputabilidad de la mujer embarazada, sino si, de conformidad con su desarrollo biológico y mental, podría tener conciencia del significado del acto, conciencia que la Ley N° 20.030 fija a partir de los 14 años, coincidentemente con la edad desde la cual el propio Código reconoce autonomía a los menores de edad en muchas figuras relativas a su vida sexual de las personas, donde, por regla general, se entiende que pueden consentir válidamente a partir de los 14 años (Art. 361). Sin embargo, como no se trata en estos casos de abortos no punibles, es posible conceder que el desarrollo biológico de las menores permita entender como válido su consentimiento a partir de los 12 años, como explícitamente reconoce el Art. 4° de la Ley de Responsabilidad de los Adolescentes, tratándose precisamente de delitos de carácter sexual.

En cuanto a su forma, el consentimiento debe ser expreso, aunque no necesariamente ha de otorgarse *expresis verbis* (por medio de palabras), sino también por medio de hechos concluyentes (como el caso de la mujer que acude a un hospital semiinconsciente, afectada por la fiebre derivada de una infección ovular con sepsis grave, cuya indicación clínica es la aspiración del contenido del útero). Pero, con justa razón Politoff/Bustos/Grisolía, 156, rechazan la posibilidad de que se alegue la existencia de un consentimiento tácito, pues “satisfacerse con el consentimiento tácito aparentemente favorece al extraño en las situaciones dudosas, pero en lo que respecta a la mujer, puede transformar la simple pasividad en una

conducta delictiva”. Otra cosa es la existencia de un error en el tercero que causa el aborto consentido, defensa que veremos al referirnos a la culpabilidad.

### ***B) Aborto voluntario no punible. Interrupción voluntaria del embarazo permitida por la ley (Art. 119 Código Sanitario)***

El Art. 119 Código Sanitario autoriza a que un médico cirujano interrumpa el embarazo de una mujer, mediando su consentimiento, cuando: “1) La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida” (indicación terapéutica); “2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal” (indicación eugenésica); y “3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación”, o “tratándose de una niña menor de 14 años”, “siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación” (indicación socio cultural). En todos los casos, en principio, el consentimiento ha de prestar “en forma expresa, previa y por escrito”. Los requisitos específicos para proceder en cada caso se encuentran en el Art. 119 bis de dicho cuerpo legal.

Tratándose de la indicación terapéutica, según la declaración del Departamento de Ética del Consejo General del Colegio Médico, de 2003, estas condiciones pueden darse “en casos de embarazos ectópicos, en infección ovular con sepsis grave, en ciertos tumores de origen molar susceptibles de malignización y severas anomalías cromosómicas embrionarias, y en casos de eclampsia y alteraciones autoinmunes que no responden al tratamiento médico”. El Código Sanitario solo exige para acreditarlas “contar con el respectivo diagnóstico médico”. Además, se permite practicar la interrupción del embarazo sin el consentimiento de la mujer “expreso, previo y por escrito” en aquellos casos en que exista riesgo vital o secuela funcional grave y la paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtenerlo de su representante legal, así también como en los supuestos que ella esté en incapacidad de manifestar su voluntad y no tenga representante legal o éste no sea habido. Aquí, puede entenderse la existencia de un consentimiento implícito por la concurrencia al establecimiento sanitario.

En cambio, en el caso de la indicación eugenésica, el consentimiento debe ser “expreso, previo y por escrito” y la inviabilidad fetal ha de certificarse “con dos diagnósticos médicos en igual sentido de médicos especialistas”, escritos y previos.

Finalmente, respecto de la indicación socio cultural, no se requiere un diagnóstico médico sino la confirmación de la “concurrencia de los hechos” que la constituyen y “de la edad gestacional”, por parte de un “equipo de salud, especialmente conformado para estos efectos”.

Además, en todos los casos, tratándose de menores de edad, aparte de su voluntad se exige la autorización del representante legal, pero se posibilita la obtención de una autorización judicial cuando no sea posible recurrir al representante legal o ello suponga “un riesgo grave de maltrato físico o psíquico, coacción, abandono, desarraigo u otras acciones u omisiones que vulneren su integridad”. Esta última posibilidad también se establece para el caso de mujeres interdictas judicialmente.

### *C) Culpabilidad*

#### **a) El aborto voluntario requiere dolo directo**

Desde el punto de vista gramatical, resulta más o menos evidente que el CP, en sus artículos 490 a 492, ha excluido las figuras del aborto de los cuasidelitos, por ser éstos reconducibles únicamente a los delitos “contra las personas” (Tít. VIII CP), en tanto que el aborto se entiende afectar el orden de las familias (Tít. VII CP).

Además, respecto de la mujer que consiente en que otro le cause un aborto, la exigencia de ese consentimiento parece excluir, sin mayor necesidad argumental, la posibilidad de concebir en ella, al mismo tiempo, otro estado mental diferente del conocimiento y la voluntad propios del dolo directo, como serían en dolo eventual o la mera imprudencia o negligencia. Acertadamente, Garrido III, 115, agrega que la exigencia del dolo directo se extiende al caso del auto aborto, por el empleo de la expresión “causare su aborto” del Art. 344.

Respecto del tercero, estimamos que la expresión “maliciosamente” del encabezado del Art. 342, aplicable por igual al tercero no calificado como al facultativo, es suficientemente indicativa de la exigencia de un dolo directo, tal como en la mayor parte de las figuras en que la ley contempla indicaciones acerca de la subjetividad del autor.

A lo anterior cabe agregar que, si bien es imaginable un descuido por parte de la mujer embarazada en los cuidados propios del embarazo que pudiera una causar una pérdida, lo cierto es que nuestro sistema normativo no considera el embarazo como una excusa válida para dejar de trabajar, salvo en sus últimas etapas, ni tampoco estima obligatorio recibir tratamientos médicos —salvo ciertas excepciones que afectan la salud pública—, razones por las cuales parece difícil exigirle a las mujeres que mientras trabajan no hagan el resto de sus actividades de manera normal o que en estado de embarazo adopten precauciones y tratamientos cuyo incumplimiento o descuidada administración les acarreen eventuales consecuencias de carácter penal, en caso de sufrir una pérdida.



## b) Error acerca de la existencia del consentimiento

Es posible imaginar que el facultativo o el tercero que practica el aborto haya recibido seguridades previas del marido de la paciente de que se contaba con el consentimiento de la mujer, la que, en verdad, concurría engañada y convencida que se trataba de un control de rutina. En tal supuesto, la mujer no consiente, pero el facultativo o tercero yerran creyendo lo contrario. Puesto que respecto del facultativo o tercero la existencia o no del consentimiento de la mujer embarazada constituye una circunstancia que determina una agravación o atenuación de su penalidad, sería posible para ellos alegar la defensa del error, recurriendo a las reglas previstas en la parte final del inc. 3º del Art. 1º, de las que podemos concluir lo siguiente:

- i) *El que cree que cuenta con el consentimiento de la mujer, pero éste es inexistente*, puede alegar en su defensa que debe ser castigado como si dicho consentimiento existiera, esto es, conforme al Art. 342 N° 3, en relación con el Art. 345, en su caso; y
- ii) *El que cree que está actuando sin el consentimiento de la mujer, pero de hecho dicho consentimiento existe*, también puede alegar en su defensa que ha de ser castigado únicamente por el Art. 342 N° 3, en relación con el Art. 345, en su caso.

Todavía un problema adicional plantea el error sobre el consentimiento en los casos de aborto autorizado por el Art. 119 Código Sanitario: el cirujano que practica un aborto creyendo que existe consentimiento o algunas de las causales que autorizan la interrupción del embarazo, cuando en realidad no, incurre en un error en los presupuestos fácticos de la causal de justificación que debiera castigarse como cuasidelito, si existiera esta figura, lo que conduce al mismo resultado de considerar presente una justificante putativa.

## c) El aborto *honoris causa* (Art. 344, inc. 2º)

El CP reconoce en el hecho de actuar “para ocultar la deshonra” una circunstancia que produce una atenuación especial de la pena. Se trata de una disposición moral, en los términos del Art. 64, incommunicable para terceros.

Con razón, la tradición entre nosotros es entender, para estos efectos, una idea de honra vinculada a la del “menosprecio social que engendran las relaciones extramatrimoniales para una mujer”, con independencia del juicio moral sobre las mismas (Etcheberry III, 103). En un Estado de Derecho que establece la igualdad de trato como un derecho fundamental (Art. 19 N° 2 CPR), debemos interpretar esta idea en el sentido de que no se trata aquí de un juicio acerca de la persona que aborta, sino sobre si el hecho de dar a luz podría llegar a ponerla en situación



tal de no ser considerada como una igual en la comunidad. Así, debe admitirse esta atenuación a mujeres que mantienen oculta su vida sexual extramatrimonial o ejercen la prostitución, cuyo embarazo podría delatarlas.

#### D) *Iter criminis*

Tratándose el aborto voluntario de un delito de resultado, “lo decisivo para que se consume es la muerte del feto, sea dentro del útero materno o fuera, siempre que en este caso la muerte sea una consecuencia de la interrupción de la gravidez” (Politoff/Bustos/Grisolía, 144s.). Sólo el inicio de las maniobras abortivas, por la mujer o un tercero con su consentimiento, que entrañen un peligro real para la vida del feto o embrión implantado, constituiría tentativa, restando para la frustración el supuesto de nacimiento de una criatura viva (con viabilidad para la sobrevivencia) anticipado por las maniobras abortivas. No hay, por tanto, tentativa de aborto con el solo acuerdo o consentimiento de la mujer en realizarlo.

#### E) *Participación*

En el caso del aborto consentido, se trata de un delito de participación necesaria en que la ley establece penas diferentes para los distintos partícipes: para la mujer que consiente, la del Art. 344; para el tercero, la del Art. 342 N° 3; para el facultativo que abusa de su oficio, la del Art. 345. En casos de terceros que no sean los que causan el aborto, su participación se rige por las reglas generales, siempre con relación a la pena del Art. 342 N° 3, salvo tratándose del facultativo que abusa de su oficio, para quien se aplica la pena agravada del 345, que eleva, con la voz “cooperare”, toda forma de complicidad a una de autoría.

Tratándose de un auto aborto, se aplican las mismas reglas, aunque no se ejecute de manera inmediata y directa el hecho, pues de otro modo resultaría el absurdo de que el tercero que causa por sí mismo el aborto voluntario tendría menor pena que quien participa en el aborto voluntario que causa la propia mujer embarazada.

Finalmente, tratándose de un aborto *honoris causa*, la atenuación se funda en la disposición moral de la mujer embarazada, por lo que no puede comunicarse a terceros. En todo caso, como señalan Politoff/Bustos/Grisolía, 162, de conocer el partícipe las especiales motivaciones de la autora y colaborar con ella por esa razón, “no hay dificultad para considerar dicha motivación generosa dentro de las posibilidades discrecionales de elección de la pena dentro del marco penal”.

## **F) Concursos**

Varias son las posibilidades concursales de estas figuras con el resto de los delitos contra la vida, tanto respecto del que se encuentra por nacer como de la propia mujer embarazada, las principales de las cuales analizaremos a continuación:

a) El hecho que empieza como aborto y termina como infanticidio (homicidio)

No parece ser discutible que nacida viva la criatura que se pretendió abortar, estaríamos ante un aborto frustrado; la posterior actuación de la mujer o del tercero sobre la criatura nacida es un hecho que, en principio, no podría subsumirse en el aborto frustrado, sino que ha de castigarse, como infanticidio u homicidio, en su caso, atendido su mayor desvalor y significancia, que absorberían los del aborto frustrado.

### **a) El hecho que empieza como suicidio y termina en aborto**

En el caso del intento de suicidio seguido de aborto, si bien es cierto que la mujer embarazada que atenta contra su propia vida actúa, subjetivamente, con un ánimo equivalente al dolo de consecuencias necesarias acerca de la producción del aborto; no es menos cierto que la significación de uno y otro acto es bien diferente: el suicidio es un hecho impune que supone una decisión vital cuyas profundas motivaciones parecen adecuadamente estar excluidas del ámbito de la investigación judicial y, por tanto, prima sobre los hechos de menor significación vital que podrían acompañarlo, a no ser que se admita que ciertos grupos de personas pueden intentar suicidarse y otros no, lo que no guarda correspondencia lógica con los criterios en que se inspira una sociedad democráticamente organizada. Estamos, por tanto, ante uno de los raros supuestos de consunción inversa, en que la licitud de una conducta consume los hechos de menor significación que la acompañan, aunque éstos sean, en otras circunstancias, punibles autónomamente.

Respecto de los terceros que auxilian a la mujer que pretende suicidarse, el carácter extraordinario de su punibilidad, limitada al hecho de que la muerte efectivamente se produzca, abona más la tesis de que no podrá castigársele por dos delitos diferentes, restando la punibilidad por el aborto sólo para el caso que el suceso más grave —la muerte de la mujer embarazada— no llegue a producirse.

### **b) El hecho que comienza como aborto y termina en lesiones y muerte**

Estos casos, habitualmente los pocos que dan lugar a la persecución por el delito de aborto (ya que las mujeres de escasos recursos que sufren heridas o infecciones tras el intento de aborto deben presentarse forzosamente en un servicio de asistencia pública), derivan generalmente de las poco sépticas condiciones en que

se practica el aborto clandestino, que desembocan en infecciones y hemorragias en la mujer mal intervenida (Casas, Lidia (1996), *Mujeres procesadas por aborto*, Santiago).

La regla general para estos casos, según la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, es que toda muerte derivada de un aborto y las lesiones que exceden lo mínimo necesario para su causación han de estimarse en concurso ideal con la figura de aborto consentido (*Repertorio*, 317), tal como se expresa en las *Actas* (Sesión 66, 131).

### §3. ABORTO NO VOLUNTARIO (ARTS. 342 N°1 Y N° 2)

Los casos que aquí se comprenden son los que tradicionalmente se conocen como aborto causado por extraños, con exclusión del aborto consentido del Art. 342 N° 3. Faltando en ellos el consentimiento de la mujer embarazada, no son aplicables las reglas relativas al aborto terapéutico, ni entra en consideración el motivo del honor, como así tampoco las especiales reglas para el tratamiento de los partícipes en el delito, con la sola excepción (de muy difícil apreciación práctica) del caso del facultativo que actúe abusando de su oficio, el que siempre se castigará con las penas correspondientes al autor, con independencia de su grado de cooperación al hecho (Art. 345).

En lo demás, salvo la evidente exclusión de la mujer embarazada como sujeto activo o partícipe del hecho, se aplica por regla general lo mismo que antes hemos señalado para los casos de aborto consentido, particularmente respecto al objeto material del delito, la determinación de la conducta punible, la exigencia del dolo directo a nivel de culpabilidad, la determinación del comienzo de ejecución del delito, y las soluciones a los problemas concursales, con las particularidades de cada una de las modalidades de aborto no voluntario que pasaremos a examinar.

#### A) *Aborto no voluntario causado con violencia* (Art. 342 N° 1)

La principal cuestión que aquí se plantea es determinar la clase de violencia que ha de emplearse como medio para la comisión de esta figura. Naturalmente, no se discute la inclusión de la fuerza física desplegada sobre el cuerpo de la mujer embarazada como método de actuación violento, siempre que no sea consentida (Politoff/Bustos/Grisolía, 150). El problema es si puede concebirse el castigo del tercero a este título tratándose del empleo de violencia moral, coacciones o amenazas, para inducir a la propia mujer a realizar conductas que causen el aborto o vencer su resistencia a que otro se lo cause. La doctrina está conteste en que en estos casos no existe una limitación en la literalidad del texto que impida consi-

derar la violencia moral o intimidación como una forma de violencia, al igual que sucede en otros artículos del Código (261 N° 2, 267, 301 inc. 1°, etc.), siempre que se trate de una intimidación seria, verosímil y grave, consistente en amenazas que apunten directa e inmediatamente a la integridad física de la mujer o de un tercero relacionado que se encuentre presente.

En cuanto a los problemas concursales que derivan de las lesiones o muerte que se causen a la mujer embarazada, como señalan Politoff/Bustos/Grisolía, 151, “el punto no es complicado, si se trata de lesiones leves, en el sentido del diagnóstico médico (las lesiones leves en el sentido del Art. 494, N° 5°, no interesan aquí), ya que ellas resultarán, sin disputa, absorbidas por el aborto violento que, ordinariamente, lleva consigo alguna clase de lesiones”, aserto que vale tanto para las lesiones causadas dolosa como culposamente. En cambio, cuando al aborto sucede la muerte de la mujer, una grave mutilación o unas lesiones que, aun no sobrepasando la medida del Art. 399, no puedan considerarse normalmente comprendidas en las violencias propias del aborto, parece que nos encontramos en la situación descrita en el Art. 75, al constituir un mismo hecho dos delitos: el aborto y las lesiones o muerte (culposo o dolosa) que protegen bienes jurídicos diferentes.

La solución del Art. 75 debe aplicarse también en los casos que la violencia se dirige a lesionar o matar y se causa un aborto, con o sin intención de cometerlo. Aquí el Art. 343 ha establecido con claridad que, respecto de la muerte del feto, siendo notorio el estado de embarazo o constándole al autor de las violencias, se comete un delito diferente tanto de las violencias que se traten como del aborto del Art. 342 N° 1, y siendo éste también uno diferente a los de lesiones y homicidio, las razones expuestas para el caso del aborto violento seguido de muerte nos llevan a similares conclusiones. Así se resolvió en la STOP de San Bernardo 27.12.2017, Rol 392-2017, donde se tuvo por acreditado que una persona asfixió a otra embarazada de 38 semanas de gestación, atacándola por la espalda, causándole su muerte y la del feto.

### ***B) Aborto no voluntario causado sin violencia (Art. 342 N° 2)***

A este supuesto, conocido como “aborto sin consentimiento”, el CP le impone una pena inferior a la del aborto violento, pero superior a la del consentido. Esenciales en la configuración de esta figura de aborto no voluntario son, por tanto, sus dos elementos negativos: la falta de consentimiento y la falta de violencia física o moral (intimidación). Luego, como señalan Politoff/Bustos/Grisolía, 155, esta figura sólo parece aplicable al caso de cometer un aborto encontrándose la mujer “privada de sentido, si carece de comprensión sobre la índole de las manobras o si se la engaña”.

### C) *El aborto sin propósito de causarlo (Art. 343)*

Esta disposición castiga al que “con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor”, lo que ha originado entre nosotros diversas interpretaciones, producto del hecho de que, objetivamente, no parece diferenciarse del N° 1 del Art. 342, que castiga el aborto no voluntario cometido con violencia: en ambos tipos se puede subsumir el hecho de ejercer fuerza física sobre el cuerpo de la mujer embarazada.

Así, Etcheberry III, 99s., estima que la disposición abarcaría tanto el aborto violento con dolo eventual, como los casos de aborto con culpa consciente e inconsciente; Labatut/Zenteno II, 129, añaden el supuesto de la preterintencionalidad; Politoff/Bustos/Grisolía, 159, la consideran un caso de combinación entre dolo en las violencias y dolo eventual o culpa en el resultado de aborto; y Cury (1958) lo reduce a un puro delito culposo de aborto (“Interpretación del artículo 343 del Código Penal”, en RCP XVII, 33s.).

A nuestro juicio, la expresión “aun cuando” del encabezado del Art. 343 debe interpretarse en su sentido natural y obvio, esto es, como una conjunción equivalente a “aunque”, que la Academia ejemplifica con lo siguiente: “*Aunque estoy malo, no faltaré a la cita*”. Esto quiere decir que se castiga a este título a quien ejerce violencias (dolosas) sobre la mujer cuyo embarazo es notorio o le consta, producto de las cuales causa el aborto, *aunque* no haya tenido el propósito o la intención de causarlo”. Si tuvo ese propósito, entonces el delito será el del Art. 342 N°1. Si no lo tuvo, responderá por el delito del Art. 343, cualquiera haya sido su estado mental respecto del resultado abortivo: si lo previó y no lo aceptó (imprudencia) o si lo previó y lo aceptó (dolo eventual).

Por tanto, no se trata aquí de un delito culposo, pues las violencias que exige la ley han de ser dolosas, de modo que quien atropella negligentemente a una mujer embarazada, por mucho que sea notorio su estado, no comete este delito, sino únicamente el cuasidelito de homicidio o lesiones que corresponda. Tampoco se trata de un delito preterintencional común y corriente, pues la ley no ha excluido del estado mental respecto del resultado de aborto el caso del dolo eventual, sino al contrario. Se trata, más bien, de uno de los raros supuestos de delitos calificados por el resultado impropios, en los cuales la conducta dolosa base (violencias) puede ir acompañada de un resultado (aborto) que puede ser tanto culposo (solo previsible) como doloso (aceptado por el agente).

Para construir esta figura, la ley no solo exige dolo en las violencias, sino que prevé una especial exigencia cognoscitiva, común a supuestos imaginables de culpa y dolo eventual: que el estado de la mujer le conste al hechor o sea notorio (objetivamente); o, en otros términos, que el resultado de aborto (no la circunstancia del embarazo) sea al menos previsible para el autor de las violencias. Por

esta exigencia especial, sostienen, con razón, Politoff/Bustos/Grisolía, 159, que no basta aquí para configurar este delito, el solo deber y la posibilidad de prever el embarazo, sino que se debe acreditar la “presupuesta situación psicológica” que exige la ley: el conocimiento del embarazo por parte del autor, o dicho en términos legales, que éste “le conste” o sea objetivamente “notorio”.

En cuanto a los problemas concursales que se derivan de esta figura, ellos tienen similar solución que las que se han visto respecto del aborto no voluntario causado con violencias: sólo las lesiones menos graves del Art. 399 podrían considerarse absorbidas, por consunción, en este delito; en tanto que el homicidio y todas las lesiones de mayor gravedad cobran significación autónoma y deben, por tanto, estimarse en concurso ideal con esta figura.

#### *D) ¿Aborto culposo? La interpretación de la Corte Suprema sobre el sentido “autónomo” de la expresión “personas” en el Art. 490*

Tratándose de casos de aborto causados por facultativos sin consentimiento de la mujer embarazada, la Corte Suprema ha venido desarrollando en fallos aislados y contradictorios una doctrina contraria a la sostenida de manera mayoritaria por la doctrina y jurisprudencia anteriores, según la cual un ser vivo en período de expulsión, durante el parto, no es plenamente reconocible como “otro” —“persona” en los términos del Tít. VIII L. II CP— respecto de la madre y tampoco en la relación con los demás sujetos, por lo que, por no haber nacido después del pretendido hecho criminoso, no puede configurarse a su respecto no sólo un cuasidelito de homicidio, sino ilícito culposo alguno (SCS 6.1.2011, *Repertorio*, 317).

Según esta nueva doctrina, en una interpretación del Art. 491 a la luz del “bien jurídico protegido” y, en vista a la protección final que de los mismos se esperaría, el término “persona” habría de entenderse no en el sentido civil, sino con relación al ordenamiento constitucional y los Tratados Internacionales. De conformidad con este razonamiento, habrían de considerarse también personas, para los efectos del Art. 491, las criaturas no nacidas (en el sentido civil), “para evitar la laguna de punibilidad” que produciría la interpretación tradicional, dado que existiendo una figura general de falta de actuar negligente sin daño a las personas por parte de facultativos (Art. 494, N° 10), parecería extraño que cuando el daño se produjese, no existiese sanción. La Corte señala que en el mencionado 494 N° 10 no se hace referencia a “crímenes y simples delitos contra las personas” y que, por lo tanto, esta expresión debe considerarse en el Art. 490, en relación con el 491 N° 1, en un sentido autónomo y no limitado a los “otros” a que hacen referencia los crímenes y simples delitos del Tít. VIII L. II CP (*Repertorio*, 317).

Sin embargo, con independencia del éxito fugaz de esta doctrina, lo cierto es que la STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017), vino a ratificar la doctrina tradicional,

al entender que no era posible considerar en un concepto común la vida del que está por nacer y la de los nacidos, únicos “otros” y “personas” para la mayoría del Tribunal Constitucional.





### *Capítulo 3*

# PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL (I). DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS

## §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y DÉFICITS NORMATIVOS

La segunda parte del inc. 1º del Art. 19 CPR garantiza, junto con el derecho a la vida, “la integridad física y psíquica de la persona”. Por su parte, el Art. 5.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, al que hace expresa referencia el Art. 5 CPR, establece el derecho a la “integridad personal”, declarando que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. En la doctrina dominante, la protección de estos valores constitucionales se identifica con la de la salud individual, idea asociada al concepto contenido en el Preámbulo de la Constitución de la Asamblea Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 22.6.1946, donde es definida como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez”, concepto propuesto entre nosotros por Politoff/Bustos/Grisolía, 179.

En el CP, la protección dispensada a la integridad física y psíquica es indudable en los delitos de lesiones del § 3 del Tít. VIII, L. II (Arts. 395 a 403). Ellas se protegen también mediante la prohibición del maltrato físico y psicológico, aunque no tenga consecuencias constatables para la integridad corporal o la salud mental. Lamentablemente esta protección es todavía dispersa y no ha encontrado la forma de establecerse de la manera clara y sencilla como se ha hecho con el delito de maltrato de animales del Art. 291, dejando una injustificable laguna normativa respecto de todos los casos de maltrato que no se cometen respecto de ciertas víctimas y en alguna de las condiciones especiales establecidas por la ley. Así, se castiga el maltrato físico de menores de edad, adultos mayores y personas discapacitadas en el nuevo Art. 403 bis; el maltrato laboral de menores de edad en el Art. 62 de la Ley de Menores; y el maltrato físico sin consecuencias constatables, así como el psicológico, siempre que sean habituales, de personas que viven en un mismo hogar, en el Art. 14 de la Ley N° 20.066. Además, subsisten figuras que identifican el maltrato con la protección de la religión o el honor, como los delitos de poner manos violentas en la persona de un ministro de culto (Art. 141) y la propia definición de injurias, que considera como tales las acciones ejecutadas en

deshonra, descrédito o menosprecio de otro (Art. 416), todo lo cual impone la vergonzante conclusión de que, por regla general, el maltrato de personas no es punible en Chile.

Pero no solo la inexistencia de delitos de maltrato con carácter general produce problemas en la legislación vigente. También lo hace su propia configuración, que incorpora múltiples agravaciones basadas en criterios compatibles entre sí (forma de la lesión; efectos en la víctima; duración; calidad de las víctimas), haciendo difícil la decisión acerca de cuál sería, en el caso concreto, la figura penal aplicable. A ello se debe agregar la existencia de diferentes figuras especiales que hacen referencia a las distintas formas de lesiones para configurar un delito complejo (secuestro y robos calificados, Arts. 141 y 433) o agravar las penas de otros (torturas y malos tratos, Arts. 150 B y 150 E; lesiones a autoridades, policías, detectives y gendarmes, contempladas las leyes N<sup>o</sup>s. 12.927 y 18.314, en el Código de Justicia Militar, en el D.L. Ley N<sup>o</sup> 2.490, de 1979, y en el D.L. N<sup>o</sup> 2.859, de 1979, respectivamente; delitos de manejo en estado de ebriedad del Art. 196 de la Ley de Tránsito, etc.).

## §2. LESIONES MENOS GRAVES (ART. 399)

### A) *Tipicidad*

#### a) Autores y víctimas

Al igual que en el homicidio simple, estamos ante un delito común, donde no existen limitaciones para determinar la calidad de autor ni la de víctima (otro individuo de la especie humana, vivo), aunque se debe tener presente que ciertas calidades personales determinan la medida de la pena: que se lesiones alguna de las personas nombradas en el Art. 5<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 20.066, sobre violencia intrafamiliar, o a un menor de edad, adulto mayor o persona con discapacidad (Art. 400). En consecuencia, no hay entre nosotros delitos de lesiones al feto ni a los cadáveres. No obstante, existen el delito de manipulación genética en la Ley N<sup>o</sup> 20.120 (una muy anticipada protección a la integridad del embrión), y el de profanación de sepulturas del Art. 321, donde la mutilación de cadáveres precedida de violación de sepulcros puede considerarse una falta al respeto debido a la memoria de los muertos.

Por otra parte, aunque el Código castiga únicamente la producción de lesiones a otro, existen ciertas circunstancias en que las autolesiones son especialmente punibles, particularmente cuando de ellas se deriva la lesión o puesta en peligro de otro bien jurídico que excede al de la salud individual. Tal cosa acontece de

antiguo en el delito del Art. 295 CJM, respecto de quien, con el propósito de sustraerse al cumplimiento de los deberes militares, se mutila o se procura una enfermedad que lo inhabilita para el servicio (Astrosa, Renato (1985), *Código de Justicia Militar Comentado*, Santiago, 281).

El engaño en el origen de las autolesiones puede, sin duda alguna, también servir de base para la configuración de otros delitos, como ciertas defraudaciones, especialmente cuando tales lesiones son presupuesto de una prestación económica por un tercero, particularmente los organismos de Seguridad Social o las empresas de seguros (Art. 470 N°s 8 y 10). Este es el supuesto de hecho de la antigua sentencia donde se sancionó a los trabajadores de una empresa minera que se mutilaban unos a otros los dedos para cobrar una indemnización, donde se añade que, sin ser delito la autolesión, sí lo sería la lesión consentida, no jugando el consentimiento un rol excluyente de la tipicidad, tal como sucede en el caso del homicidio a ruego, conclusión adicional bastante discutible (SCA Santiago 28.11.1927, GT 1928, 786).

Finalmente, cabe señalar que en los casos de supuestos de autointoxicación especialmente punibles, como los de manejo en estado de ebriedad o bajo la influencia del alcohol, contemplados en el Art. 196 la Ley de Tránsito; o la falta de consumo del Art. 50 Ley N° 20.000, la incriminación de la autolesión, en el entendido que se trata de administrarse voluntariamente sustancias nocivas, en un sentido similar al del Art. 398, sólo parece justificarse por su potencial peligro para otros bienes jurídicos, como la seguridad en el tráfico rodado y la salud pública.

## b) La conducta

### (1) Resultado

Al igual que en el delito de homicidio simple, la figura básica de lesiones del Art. 399 no contempla una descripción de las formas y modos de la conducta típica, sino únicamente hace referencia a su resultado: las lesiones; pudiéndose afirmar, en consecuencia y complementando su texto con lo dispuesto en el Art. 1°, que la conducta punible en este delito sería toda acción u omisión voluntaria que cause o no evite la producción de lesiones en otro.

El resultado cuya causación o no evitación se castiga, es, por tanto, la producción de lesiones, en el sentido de afectación constatable a la integridad física o psíquica de la víctima. De aquí surge la defensa de falta de lesividad, para todos los casos en que no exista prueba de esa afectación. El simple maltrato de obra sin afectación constatable a la integridad física o psíquica no constituye lesiones, como lo demostraba antes la existencia del N° 20 del Art. 494 (violencia privada) y los Arts. 281 y 416 CJM, que castigan los “maltratos de obra” a miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, sin consideración a las lesiones producidas,

las que operan como agravaciones; y ahora, los delitos de maltrato del Art. 403 bis y del Art. 14 de la Ley N<sup>o</sup> 20.066.

Específicamente, la figura del Art. 399 sólo es aplicable a los resultados lesivos “no comprendidos” en algunas de las figuras agravadas de los Arts. 395 a 398, a saber:

- i) Los que consistan en la mutilación de parte de un miembro importante o menos importante;
- ii) Los que produzcan enfermedad o incapacidad para el trabajo de hasta 30 días; y
- iii) Todas las cometidas por omisión, salvo que puedan considerarse subsumidas en el Art. 398, según se verá en el siguiente apartado.

Frente al problema particular que se ha presentado con la llamadas lesiones instantáneas de efectos permanentes, como la pérdida de un diente, la producción de una fractura que dejará huellas perennes en la estructura ósea del paciente, la cicatriz dejada por un corte, etc., que no constituyan mutilaciones parciales ni notable deformidad, según Politoff/Bustos/Grisolía, 212, ha de estarse para su calificación al real tiempo de curación de las heridas producidas (asimilable a enfermedad) o de la incapacidad para el trabajo que ello importe, sin atender al carácter permanente de la huella dejada en el cuerpo por la lesión que se trate. En consecuencia, si producen enfermedad o inutilidad para el trabajo por más de 30 días, se considerarán lesiones simplemente graves. Si la recuperación es por menos tiempo, se tratará de un caso de lesiones menos graves. Lo mismo se aplica a todas las disfuncionalidades que no llegan a constituir lesiones graves del Art. 397 N<sup>o</sup> 1: las que dejen a la víctima con una enfermedad mental permanente que no constituya demencia, incapacidad parcial para el trabajo, con disfuncionalidad sexual que no constituya impotencia, con disfuncionalidad física que no impida la funcionalidad de un miembro importante, impedido de un miembro menos importante, o deforme sin que la deformidad se considere notable.

Más discutible es la tradicional negativa de considerar el daño a la salud mental como constitutivo de lesiones. En España, la actual regulación del Art. 147.1 CP 1995 permite expresamente el castigo del menoscabo a la salud mental, con independencia del daño somático que pueda acreditarse. Muñoz Conde, 79, ofrece como ejemplo del mismo el caso de las perturbaciones que padecería un niño al ser obligado a presenciar como su padre estrangula a su hermana. Con acierto, afirma que la cuestión probatoria ha de resolverse recurriendo a los informes periciales correspondientes (psiquiátricos y psicológicos), con independencia o no de si se puede probar el daño somático.

Entre nosotros, el Art. 397 N<sup>o</sup>1 permite relacionar el maltrato de obra con una consecuencia en la integridad psíquica de la víctima: dejarla demente. Nada

impide, por tanto, que otras consecuencias psíquicas (fobias, crisis de pánico, depresión, etc.) puedan considerarse producto de dicho maltrato y el texto legal no impone la producción de un resultado físico adicional, por lo que, con un diferente argumento, aceptamos ahora la propuesta en este sentido de Garrido III, 155.

Otra cuestión es la de carácter probatorio, pues resulta más o menos claro que la existencia de sofisticados sistemas de diagnóstico electrónico podría, eventualmente, detectar las llamadas micro fracturas y otras lesiones no perceptibles por los sentidos, que los redactores del Código de 1874 no pudieron tener en cuenta; así como enfermedades mentales que no constituyen demencia. Resta en este punto un ámbito de discreción judicial y de espacio argumentativo entre defensa y acusación, con base a la prueba rendida en juicio, que permita dar lugar a la existencia autónoma de figuras que, como las ya descritas, consideran expresamente los maltratos y vías de hecho como delitos diferentes a los de lesiones.

## *(2) Medios de comisión y lesiones por omisión*

No existe en la figura del Art. 399 limitación alguna acerca de los medios de comisión, como aparece en las figuras especialmente agravadas (la mutilación en los Arts. 395 y 396; el herir, golpear o maltratar de obra, en el Art. 397; la administración y el abuso en el Art. 398), por lo que aparece evidente que cualquier medio de comisión es admisible (incluidos los de las figuras agravadas, si no se producen los resultados allí previstos), siempre que el resultado producido sea objetivamente imputable a quien lo ha empleado (Politoff/Bustos/Grisolía, 289 y 314).

De allí que sea posible considerar la omisión como un medio de comisión de este delito, siempre que se cumplan los requisitos de esta clase de delitos, básicamente: evitabilidad y producción de las lesiones, asunción efectiva de la posición de garante y equivalencia de la comisión con la omisión. Así, en la SCA San Miguel 25.6.1996 (RDJ XCIII, 164) se consideró a una madre autora por omisión del delito de lesiones en la persona de su hijo maltratado por su padre, por no haberlo llevado oportunamente a un centro asistencial.

Como el Art. 399 considera lesiones menos graves las “no comprendidas en los artículos precedentes”, las lesiones por omisión que constituyan los resultados de los Arts. 395, 396 y 397, también se calificarán como menos graves, por cuanto tales delitos se describen en la ley mediante conductas positivas (mutilar; herir, golpear, maltratar de obra) que excluyen la posibilidad de concebir su realización por la vía omisiva, salvo el caso especialmente regulado de abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu del Art. 398. Debe descartarse la opinión de Garrido III, 157s., según la cual al menos el encabezado del Art. 397 permitiría la comisión por omisión pues allí la expresión “de obra” no jugaría un rol típico delimitador de los verbos “golpear, herir o maltratar”, que solo atenderían al resultado (en el

mismo sentido, antes, Mera, Jorge (1975), “Los medios en el delito de lesiones graves”, en RCP XXXIV, N° 2, 164-200, 174s.). Este argumento contraría el sentido natural y obvio de las palabras empleadas por la ley, agravando la responsabilidad penal en ciertos casos, lo que no es admisible, al tenor de lo dispuesto en el Art. 19 N° 3, inc. 8 CPR y 19 CC. En efecto, según el Diccionario, la expresión “de obra” es una locución adverbial que significa “de manera corporal o corpórea, por oposición a la verbal o inmaterial”, de modo que la argumentación de Mera y Garrido supone un sentido muy diferente al del léxico, pues la manera no es el resultado sino el “modo con que se ejecuta o acaece algo” que, al ser de obra, no admite lo “inmaterial”, como en la omisión.

### (3) *La distinción entre lesiones menos graves y las leves (Art. 494 N° 5). Limitación de su apreciación en casos especiales*

Según el texto legal, no existen diferencias objetivas entre el resultado lesivo de las lesiones menos graves del Art. 399 y la falta de lesiones leves del Art. 494 N° 5. La diferenciación radicaría únicamente en la “calidad de las personas y circunstancias del hecho”, cuya determinación queda entregada completamente al “concepto del Tribunal”, esto es, se trataría de una calificación de hecho, no recurrible de nulidad por infracción al derecho aplicable, opinión jurisprudencial que intenta rebatir, sin éxito aparente, Alex v. Weezel (“Lesiones Leves y Lesiones del Art. 399 del Código Penal: dos supuestos “menos graves” del delito de lesiones”, en GJ 248 (2001), 166-178). Como esta determinación requiere la prueba de ciertos hechos diferentes al resultado lesivo, ante un mismo resultado la regla general sería calificar las lesiones como menos graves (SCS 11.5.1965, *Repertorio*, 497), de modo que la calificación del hecho como lesiones leves se transforma en una defensa positiva, que exige cierta carga probatoria.

Sin embargo, por una parte, el avance de la medicina moderna hace completamente fuera de lugar la consideración, que la ley estima posible, de calificar como simple falta una lesión que produzca hasta 30 días de incapacidad o enfermedad. Y por otra, las circunstancias del hecho y la calidad de las personas son factores que difícilmente se podrán tener en cuenta en los cuasidelitos, lo que llevaría al castigo de toda lesión culposa como cuasidelito de lesiones menos graves o a su práctica impunidad, pues no es punible entre nosotros el cuasidelito de falta. Para evitar estas dificultades, en el ámbito de la Ley de Tránsito (Art. 193) se establece una regla objetiva según la cual se reputarán leves “todas las lesiones que produzcan en el ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días”, regla que la práctica extiende a toda clase de lesiones.

Además, siempre sería posible alegar una defensa de diferente calificación, si, a pesar de exceder de siete días la duración de la enfermedad o incapacidad, se presentan pruebas de las relaciones existentes con el ofendido o de las circunstancias

del hecho, que permitan al tribunal considerar las lesiones como leves y no menos graves, como sería, p. ej., en el caso de las que se producen en reuniones de amigos o en juegos consentidos de contacto físico.

No obstante, según lo dispuesto en el Art. 494 N° 5, no será posible solicitar al tribunal calificar las lesiones de leves, cuando, siendo objetivamente menos graves, la persona del ofendido fuere menor de edad, adulto mayor, persona en condición de discapacidad o alguna de las comprendidas en el Art. 5° Ley N° 20.066, esto es, quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente; ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualesquiera de los integrantes del grupo familiar. Acreditadas dichas relaciones, la calificación del hecho como lesiones menos graves, será imperativa para el tribunal, con independencia del resto de las circunstancias del hecho y de la gravedad clínica de lesiones (SCA Valparaíso 23.3.2012, *Repertorio*, 497).

Surge así la cuestión de si, una vez aplicada esta restricción, en casos de lesiones clínicamente leves, procede o no aplicar la agravación del Art. 400 dispuesta para toda lesión causada a esa clase de personas. En principio, nada hay en literalidad de las normas en juego que contradiga lo sostenido por Politoff/Bustos/Grisolía, 231, en el sentido de que si los hechos en juicio eran constitutivos de lesiones clínicamente leves (o que tardan en sanar menos de 7 días, según la Ley del Tránsito), no podría operar sobre ellos la agravante del Art. 400, por importar aplicar dos veces una misma circunstancia, primero para excluir la falta y luego para aumentar la pena del delito aplicado por esa exclusión. Sin embargo, la SCS 27.9.2010, Rol N° 7015-10, resolvió que no afecta el principio *non bis in idem* ni lo dispuesto en el Art. 63 la aplicación sucesiva de los Arts. 494 N° 5 y 400, dando a entender que la primera de las disposiciones no establecería una agravación del delito base de lesiones menos graves, sino sólo la exclusión de una potencial atenuación, no obligatoria, por lo que sólo operaría una agravante, la del Art. 400.

## **B) Antijuridicidad**

### a) Defensas basadas en la intervención médica conforme a la *lex artis*

Conforme el Art. 313 a) las profesiones médicas tienen como objeto la “ciencia y arte de prever y curar las enfermedades del cuerpo humano”, ciencia y arte en permanente evolución dentro del mismo propósito. Al curar las enfermedades, las intervenciones médicas pueden afectar la integridad física o psíquica de los pacientes, p. ej., cuando se realizan intervenciones quirúrgicas o se prescriben me-



dicamentos psicotrópicos. En tales casos faltaría la antijuricidad material, al ser mayor el beneficio que se obtiene (curación o alivio de la enfermedad) que el daño colateral o necesario que se causa para curarle o aliviarle, de modo que la salud del paciente, su integridad física y psíquica, no resulta lesionada.

Sin embargo, los problemas prácticos derivados de la actividad médica no se suscitan cuando ésta ha resultado exitosa, sino cuando fracasa y se produce un daño a la salud. En tales hipótesis, corresponde afirmar con Etcheberry III, 119, la justificación de la conducta, si ésta se ha realizado conforme a la *lex artis*, por cuanto, en tanto arte, ningún médico “puede asegurar la precisión de su diagnóstico ni garantizar la curación del paciente”, sino únicamente su sujeción a los procedimientos adecuados para realizar el diagnóstico y la curación esperada (Art. 21 Código de Ética del Colegio Médico de Chile).

La intervención médica es conforme a la *lex artis* en Chile si: a) tiene finalidad terapéutica; b) se practica siguiendo los procedimientos enseñados en las Facultades de Medicina, descritos en la bibliografía existente o en las instrucciones de los Servicios de Salud o Entidades Prestadoras de Salud, que sean los adecuados para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de que se trate; y c) cuenta con el consentimiento expreso del paciente, en las condiciones que fija la Ley N° 20.584. Según su Art. 14, este consentimiento deberá otorgarse de manera libre, voluntaria, expresa, informada, en forma verbal o escrita, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. Sólo en casos de peligro para la salud pública, imposibilidad de obtener el consentimiento en situaciones de riesgo vital o incapacidad para prestarlo o negarlo el Art. 15 Ley N° 20.584 autoriza la actuación médica para “garantizar la vida”, basada exclusivamente en la *lex artis*.

La discusión acerca del carácter terapéutico o no de la intervención médica con propósitos estéticos, salvo por la aislada opinión de Garrido III, 180s., se encuentra superada, tanto desde el punto de vista del cuerpo médico como del reconocimiento social, por sus efectos positivos en la personalidad de los pacientes. Luego, toda intervención “estética” es, en principio, terapéutica, y realizada conforme a *lex artis*, previo consentimiento informado del paciente se encuentra justificada, aunque sus resultados difieran de lo esperado. Sin embargo, en tanto esta diferencia sea solo relativa a la apreciación respecto de la mayor o menor ganancia en belleza u otros atributos personales intangibles, no hay lugar a una acción penal, sino solo, eventualmente, a las acciones civiles o sanitarias que correspondan.

También es conforme a la *lex artis* en Chile la intervención médica con carácter experimental, pues el 21 Ley N° 20.584 concede a todas las personas el “derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de investigación científica biomédica”,



tanto si se trata de personas enfermas como sanas (cuya participación es necesaria si se quiere establecer un “grupo de control”). Este tipo de experimentación se encuentra regulado en la Ley N° 20.120, que exige contar con un “consentimiento informado”, que incluya la posibilidad de retirarse en cualquier momento del tratamiento experimental, y que los procedimientos e investigaciones se realicen considerando los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad propios de toda causal de justificación, a saber: a) la insignificancia del daño a la salud que pudiera producirse en relación al beneficio esperado; b) la importancia y seriedad de la investigación; c) la conformidad de sus objetivos y procedimientos en el plano socio cultural donde se realiza, y d) el acatamiento de las normas de la *lex artis* médica en su desarrollo, tanto técnicas como éticas. En este último sentido, se establecen dos exigencias adicionales para su licitud: a) no podrá realizarse “si hay antecedentes que permitan suponer que existe un riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano” (Art. 10, inc. 2°); y b) “toda investigación científica biomédica, deberá contar con la autorización expresa del director del establecimiento dentro del cual se efectúe, previo informe favorable del Comité Ético Científico que corresponda” (Art. 10 inc. 3°).

Además, es conforme a la *lex artis*, la intervención médica que suponga la entrega de partes u órganos corporales desde una persona viva y sana a otra enferma, siempre que se realice en las condiciones especialmente establecidas la Ley N° 19451, a saber; a) Que el trasplante tenga finalidad terapéutica en beneficio de un tercero (Art. 1°); b) Que se practique en hospitales y clínicas autorizados por el Servicio Nacional de Salud al efecto (Art. 2°); c) Que el donante sea mayor de edad (“legalmente capaz”) y que sea pariente, cónyuge o conviviente del receptor (Art. 4°, 4° bis); d) Que conste el consentimiento, libre, expreso e informado del donante acerca de la donación y de los órganos que precisamente se entregan (Art. 6°); e) Que se certifique —por dos médicos no pertenecientes al equipo de trasplante— la capacidad física del donante (Art. 5°), y f) Que el donante actúe únicamente a título gratuito (Art. 3°). Similares exigencias se aplican a la autorización para donar fluidos o parte de la piel, regulada en el Art. 145 Código Sanitario.

Aunque sobre decirlo, el consentimiento del paciente, en todos los casos, no se refiere a una aceptación de cualquier eventualidad, sino únicamente a que se practique la operación consentida en la forma prescrita por la *lex artis*. Evidentemente, el médico incompetente, negligente o imprudente no se encuentra amparado en su impericia o imprudencia por el consentimiento del paciente (SCS 2.6.1993, FM 415, 379).

Finalmente, aun en el caso que el tratamiento sea inadecuado conforme a la *lex artis*, pero pueda demostrarse que el tratamiento adecuado produciría o no evitaría el mismo resultado dañoso (como en el viejo ejemplo del paciente que recibe un sedante diferente del prescrito, comprobándose que el prescrito en su

caso también desencadenaría un resultado mortal), es todavía posible sostener la atipicidad, por inexistencia imputación objetiva, pues “entonces el error o fallo cometido no ha sido el por qué jurídico de ese resultado” (Künsemüller, Carlos (1986), “Responsabilidad penal del acto médico”, en RChD, Vol. 13 N° 2, 259-270, 266).

Además, debe tenerse presente, respecto del requisito de actuación a título gratuito en el trasplante, que el Art. 13 Ley N° 19.451 estima como delictivo el trasplante que no se hace a título gratuito. Las modalidades de la conducta en este delito dependen de la posición que ocupen los participantes del trasplante, y son las siguientes: a) respecto del donante: facilitar o proporcionar órganos propios con ánimo de lucro; b) respecto del beneficiario: ofrecer o proporcionar dinero o cualesquiera otras prestaciones económicas diferentes al costo de la operación, con el objeto de obtener algún órgano necesario para la extracción; y c) respecto del que consigue o entrega órganos por cuenta ajena: se castiga con una pena más grave al que actúa por cuenta de terceros en esta clase de hecho, tanto al ofrecer o proporcionar dinero o cualesquiera otras prestaciones económicas, con el objeto de obtener o proporcionar algún órgano necesario para la extracción. Es importante destacar que, al castigarse la oferta de una recompensa pecuniaria, se anticipa la punibilidad del tercero que busca el órgano por esta vía; en tanto que, para el donante, el delito sólo puede entenderse consumado cuando la entrega del órgano se ha materializado efectivamente.

## b) El consentimiento en las lesiones

Del mismo modo que el auxilio al suicidio se prohíbe entre nosotros, no se permite causar lesiones con consentimiento de la víctima. Así se estableció al sancionar como autores de mutilaciones de miembros menos importantes a unos obreros de una empresa minera que se mutilaban recíprocamente dedos de las manos para obtener indemnizaciones y beneficios previsionales indebidos (Etcheberry DPJ II, 360).

La misma regla debe aplicarse al consentimiento que se entrega para la realización de actividades pseudo terapéuticas, como los “tratamientos” de belleza (particularmente los reductores de la obesidad) o las intervenciones con finalidad estética realizadas fuera de la *lex artis*, sea por personal no entrenado (perteneiente o no a las profesiones médicas), siguiendo procedimientos fuera de los indicados (aún con apariencia clínica), o abiertamente fuera de toda apariencia médica (como los ofrecidos en peluquerías y otros establecimientos de embellecimiento, y aún los procedimientos puramente mágicos). En tales casos, si a las lesiones producidas se ha añadido un perjuicio patrimonial, no debe descartarse la posibilidad de configurar un delito de estafa, si el aparente consentimiento se ha

obtenido mediante engaño, como en el conocido timo de “la cura milagrosa” (un ejemplo del mismo, sin lesiones subsiguientes, puede verse en Etcheberry IV, 398).

### c) El problema de las lesiones en el deporte y otros hechos socialmente tolerados

Dado que el consentimiento no es una causal de justificación ni de atipicidad en las lesiones, sino exclusivamente una de las exigencias para hacer legítima la intervención médica conforma a la *lex artis*, la regla general es que las lesiones consentidas sean punibles. Sin embargo, a nadie se le escapa que en los deportes con contacto físico entre los participantes y en ciertas prácticas sexuales o de simple entretenimiento se causan lesiones consentidas que no son conocidas por el sistema penal. Como sostienen Politoff/Bustos/Grisolía, 194, “se quiera o no, sobre todo en los deportes más violentos, la verdad es que en estas materias la costumbre *contra legem* ha determinado una norma de cultura o, siquiera, una norma generalmente aceptada, cuyo contenido debe entenderse como silencio social frente a toda lesión corporal en el curso de un deporte que no sea una trasgresión demasiado grosera de las normas de prudencia más elementales y, desde luego, fuera de la clase de golpes permitidos por el determinado deporte”.

Así, nuestra jurisprudencia, al absolver a un jugador de fútbol profesional que dio un codazo a un contrincante, fundamentó el fallo afirmando que la conducta se había producido en “el desarrollo de un partido particularmente violento en el que más de uno de los jugadores tuvo conductas extremadamente agresivas” (SCA San Miguel 17.10.1989, GJ 112, 83). Incluso frente a la existencia de reglamentos deportivos que prohíben golpear al contrario, nuestros tribunales evitan imponer sanciones recurriendo a la falta de intención o negligencia de los autores pero, al menos, reconociendo la antijuricidad del hecho (González, Solange / Pino, Juan Pablo, *Análisis jurisprudencial de los delitos de mutilaciones, lesiones y duelo*, Tesis UTalca, 2002, 27).

### d) Supresión de la defensa de ejercicio legítimo del derecho de corrección

El actual Art. 234 CC, modificado por la Ley N° 20.286, de 15.9.2008, dispone que “los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”, facultad y limitaciones que el Art. 235 de dicho cuerpo legal extiende, “en ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres, a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo”.

La expresa literalidad del texto actualmente vigente sobre las formas y medios de corrección de que disponen los padres respecto de sus hijos (Art. 234 CC), permite afirmar que entre nosotros se encuentra absolutamente prohibida la defensa de ejercicio legítimo del derecho de corrección de los hijos, frente a lesiones causadas por los padres, pues su facultad de corrección “excluye toda forma de maltrato físico y psicológico”.

No obstante, podría presentarse una defensa de error de prohibición, si se acreditase que, en el contexto de vida del imputado, la moderada corrección a que antes hacía referencia el CC, permitiría considerar razonable la suposición de que sería lícito el castigo físico, moderado (Véase al respecto Baraona, Jorge; Tapia, Mauricio (2008), “Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos”, RChD, Vol. 35, N° 1, 211-215).

### C) Culpabilidad, *iter criminis* y concursos

El dolo de lesionar abarca el conocimiento de la acción realizada (u omitida) y sus efectos en la persona del lesionado, y puede ser tanto directo como eventual. Así como no se acepta ya entre nosotros la simple atribución de resultados lesivos sin correlato subjetivo, tampoco se exige una suerte de ánimo negativo (no querer matar) o su correlato positivo que sería el de un supuesto dolo específico de lesionar, que excluya el de matar (SCS 17.9.1996, RDJ XCIV, 181). Por lo anterior, se admiten como dolosas las lesiones causadas en una tentativa de homicidio, pero se rechaza dicha calificación cuando el resultado (mayor) excede de lo conocido y querido por el agente (SCS 18.10.1995, RDJ XCII, 233), a menos que dicho resultado sea previsible y pueda, por tanto, atribuirse a culpa, caso en el cual estaremos ante un delito preterintencional (Labatut/Zenteno II, 172), que se tratará como un concurso del Art. 75 entre el homicidio culposo y las lesiones dolosas efectivamente cometidas (Etcheberry III, 127). Con todo, como aparece en la variada jurisprudencia al respecto, muchas veces no será posible sino la atribución por el cuasidelito de homicidio o por las lesiones cometidas y constatadas, según el caso, debido a las dificultades probatorias del dolo de matar o causar unas lesiones diferentes a las objetivamente constatadas (*Repertorio*, 372). Esta es la misma solución que se aplica cuando se trata de juzgar si existe una tentativa de matar o solo intención de lesionar o una intención de causar mayores lesiones que las que en realidad se producen: cuando las dificultades de establecer probatoriamente la dirección del ataque y el peligro corrido por el bien jurídico protegido en cada caso impiden establecer el dolo de una tentativa de lesiones graves, sólo puede ser apreciadas las lesiones de menor entidad que efectivamente se causen (Poli-toff/Bustos/Grisolía, 232),.

Por otra parte, tratándose de cuasidelitos de lesiones, el problema de la determinación de su naturaleza subjetiva se agrava, pues los resultados del Arts. 397 no parecen corresponder a estados mentales que puedan probarse con facilidad (se previó que la víctima podría quedar herida con secuelas por menos de 30 días, la impericia impidió evitarlo, y las lesiones efectivamente causadas tardaron 35 días en sanar, p. ej.). Aquí, solo cabe aceptar que la previsión se refiere al resultado general de herir o lesionar a otro y que los resultados efectivos permiten determinar la pena del peligro que la acción imprudente o negligente ha causado o no ha evitado.

En los accidentes de tránsito se presenta el problema frecuente de causación a varias personas de diferentes lesiones y, a veces, la muerte, solo previsible de manera muy general. Contra la opinión de Garrido III, 171s, que ve en estos supuestos un único delito de lesiones culposas cuya pena se debiera graduar según lo dispuesto en el Art. 69, nosotros proponemos castigar independientemente las lesiones producidas a cada víctima, determinando la pena según la regla concursal del Art. 75, pues la salud e integridad física de cada uno no puede dejar de considerarse en atención al modo de ataque que sufre; argumento que llevaría a decir que, en los delitos dolosos, quien elige una única acción, como poner una bomba, sólo cometería un delito con independencia del número de víctimas.

En el segundo caso, aunque nuestra jurisprudencia se ha admitido supuestos en que el resultado lesivo era absolutamente imprevisible, como el del ebrio que bajan a la mitad de la calzada de improviso y resulta atropellado (SCA Santiago 7.9.1989, RDJ LXXXVI); lo cierto es que, por regla general se entiende que es muy difícil argumentar como caso fortuito excluyente de la culpa derivada de la infracción a la obligación de conducir “atento a las condiciones del tránsito” la existencia de obstáculos, baches, animales o personas en el camino. Por otra parte, ha de tenerse presente que cuando dichas lesiones derivan de un accidente producido por un conductor que se encuentra en estado de ebriedad, prefieren las figuras y las agravaciones de los Arts. 193 a 196 Ley de Tránsito.

Un problema concursal específico, no vinculado a la culpabilidad del agente, se produce en la concurrencia de diferentes formas agravadas de lesiones (Arts. 395 a 398), especiales respecto a la forma básica del Art. 399, a las cuales el legislador ha dado distinto tratamiento penal en atención a diferentes criterios (la forma de la lesión, en las mutilaciones de los Arts. 395 a 396; sus efectos en la vida del ofendido, en las lesiones graves del Art. 397): En este caso, el concurso entre tales figuras se rige por el principio de subsidiariedad, en la medida que, evidentemente, las diferentes agravaciones son compatibles entre sí (una demencia puede considerarse enfermedad por más de treinta días; una castración, la producción de impotencia, etc.). Esto significa que, si bien es cierto no pueden tomarse en consideración dos veces las mismas lesiones producidas, excluyéndose por tanto las reglas concursales comunes (concurso ideal y real); tampoco puede aceptarse

que al reunir en un hecho diferentes agravaciones, la pena aplicable sea más favorable que si sólo se realiza un hecho que configura una de esas agravaciones; por tanto, en casos de concurrencia de varias figuras agravadas de lesiones, la regla general será únicamente la aplicación de la más grave de ellas (principio de subsidiariedad).

### *D) Penalidad. Agravaciones en las lesiones*

Las lesiones menos graves se sancionan, conforme lo dispuesto en el Art. 399, con las penas facultativas de relegación o presidio menores en su grado mínimo o multa. Esta escasa cuantía de la pena de las lesiones menos graves, junto a una nueva valoración social de estos hechos, repercute en el ámbito procesal en importantes efectos, como disponen las reglas del CPP que siguen: a) se trata de un delito de acción pública, previa instancia particular (Art. 54 letra a)); b) se trata, por regla general, de un hecho susceptible de aplicación del principio de oportunidad (Art. 170), de suspensión condicional (Art. 237) y de acuerdos reparatorios (Art. 241), y c) su tramitación, de no llegarse a una de las salidas antes mencionadas, por regla general, ha de realizarse según el procedimiento simplificado (Art. 388).

No obstante, lo anterior, el Art. 400 provee una agravación especial, aplicable a toda clase de lesiones, consistente en ejecutarse contra alguna de las personas que menciona el Art. 5° de la Ley N° 20.066, de violencia intrafamiliar, contra un menor de edad, un adulto mayor o una persona en situación de discapacidad, o con cualesquiera de las circunstancias segunda, tercera o cuarta del número 1° del Art. 391 del Código. Esta agravación produce efectos diferentes según los casos: a) tratándose de lesiones menos graves, impide la degradación a falta del Art. 494 N° 5 de las lesiones clínicamente leves (las que tardan en sanar menos de 7 días), por lo que esas circunstancias no pueden considerarse otra vez para agravar la pena, que sólo sería posible si las lesiones producidas son clínicamente menos graves; b) en los casos de los Arts. 397 y 398, permite imponer la pena superior en un grado en la escala; y c), tratándose de mutilaciones de los Arts. 395 a 396, el efecto especial de esta agravación es aumentar las penas en un grado, esto es, tomando las previstas como un todo elevando el marco penal desde el mínimo, para mantener el carácter de pena compuesta de las figuras.

Contempla el Art. 401 otra agravante especial, aplicable únicamente a las lesiones menos graves inferidas a “guardadores, sacerdotes, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública”, cuyo efecto es modificar la penalidad de esta figura básica, agregando un grado a su marco penal y eliminando la posibilidad de su sustitución por la pena de multa. Como insinúan Politoff/Bustos/Grisolía, 227, para imponer esta especial agravación no basta el mero conocimiento de la calidad del ofendido, sino que debe atenderse al propósito de

ofender la autoridad o función de éste, más que a su persona, por lo que una disputa callejera o la repulsa violenta de una insinuación deshonesta por parte de alguna de tales personas “no podrían razonablemente merecer la agravación”.

### §3. LESIONES AGRAVADAS POR LA DURACIÓN DE SUS EFECTOS (LESIONES SIMPLEMENTE GRAVES, ART. 397 N° 2)

Esta figura calificada de lesiones lo es, básicamente, en atención a la duración de sus efectos o resultados: “enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días”; que explican la imposición de la pena de presidio menor en su grado medio. Sin embargo, la ley también las ha hecho especiales, atendida la forma de su comisión, restringida únicamente a las modalidades activas descritas en el encabezado del Art. 397 y a las activas y omisivas del Art. 398, limitación difícilmente justificable, aunque impuesta por el texto legal, ya que conduce a calificar como menos graves las omisiones que consistan en no evitar una enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días, a menos que puedan reconducirse al Art. 398.

#### A) *Tipicidad*

Según el Art. 397, esta especial forma de lesiones se comete, hiriendo, golpeando o maltratando de obra a otro, conductas todas activas, consistentes en romper la carne o los huesos con un instrumento cortante, dar en el cuerpo del ofendido con uno contundente, o de cualquier modo realizar una acción material que produzca daño en la salud de otro (Etcheberry III, 117). También se pueden cometer, en los términos del Art. 398, mediante la administración, a sabiendas, de sustancias nocivas o el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu del ofendido.

La administración de sustancias nocivas supone una conducta que consiste en “aplicar, dar o hacer tomar” a la víctima no un medicamento (como en 7ª acepción del Diccionario), sino precisamente esas sustancias nocivas, lo que puede hacerse a través de cualquier vía (oral, intravenosa, aérea, etc.), y aun utilizándola a ella o a otras personas como instrumentos inconscientes, caso en el cual estaríamos ante un supuesto de autoría mediata (Politoff/Bustos/Grisolía, 222s.). Una sustancia nociva es toda aquella capaz de provocar enfermedad o incapacidad a la persona que la recibe en su organismo y, por tanto, la calificación del hecho dependerá, en buena parte de los casos extremos, de los conocimientos especiales que acerca de la víctima tenga el ofensor. Semejante al veneno en ese aspecto, se diferencia del mismo, sin embargo, en el hecho de que su administración no requiere ser alevosa, característica esencial de éste. Así, se falló en la SCA Concepción 19.12.1995 (*Repertorio*, 369s.), donde un sujeto envió unos pasteles envenenados con arsénico



a su novia con motivo de su cumpleaños, para causarle un aborto, pastel que ella repartió inconscientemente (administró) al resto de los invitados, quienes resultaron con lesiones del Art. 397 producto de dicha ingesta.

En cuanto al abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu, lo punible aquí, según Pacheco III, 57s., son las “supercherías, filtros y brujerías de todo género, ejecutadas por cualquier interés, y por una persona que abusa de la inferioridad de otra”, lo que ejemplifica con el caso de quien “ha llevado a un hombre de poco espíritu a casa de una hechicera y los fantasmas que allí ve le determinan un arrebato al cerebro o le hacen perder la razón”. Se trata de supuestos donde podría tener lugar la comisión por omisión de las lesiones graves, aparentemente excluida de la estricta descripción típica del encabezado del Art. 397, como sucedería con la conducta del charlatán que, consciente de la falsedad del producto que expende y de sus nocivos efectos para la salud, abusa de la credulidad o flaqueza de espíritu de sus clientes sin impedir sus ulteriores consecuencias (Politoff/Bustos/Grisolía, 209). Se trataría de situaciones en que existe una relación de dependencia o superioridad psíquica (credulidad o flaqueza de espíritu, respectivamente) de la víctima respecto del ofensor, quien abusa de dicha relación (la usa mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente), utilizándola para causarle lesiones graves, respecto de las cuales puede actuarse tanto con dolo directo como eventual y aun culposamente. Entre nosotros, Garrido III, 165s., menciona como relaciones de credulidad las que existen respecto de curanderos, adivinos o astrólogos; y como ejemplos de flaqueza de espíritu, la debilidad de entendimiento y la ingenuidad. Pero también podrían darse respecto de miembros del cuerpo médico, quienes abusando de su posición podrían no solo administrar sustancias nocivas, sino también dejar de administrar las salvadoras o sub administrarlas, asegurando el resultado lesivo por la confianza que los pacientes depositan en ellos.

Finalmente, respecto de los resultados punibles, enfermedad, según el Diccionario es una alteración más o menos grave de la salud, concepto amplio al que es posible reconducir expresiones tales como “tiempo de recuperación”, “tiempo que tardará en sanar” y otras similares que suelen indicarse en los informes médico-legales, y que comprende toda perturbación o anormalidad de la capacidad funcional del individuo, aun las que consistan sólo o principalmente en trastornos mentales, como afasia o pérdida memoria, aunque no exista un daño somático que explique su aparición. E incapacidad para el trabajo, como bien señala Etcheberry III, 133, es la referidas al trabajo o labores habituales que desempeñaba el ofendido al momento de ser lesionado. En ambos casos, el tiempo de su duración debe mayor a 30 días y ello debe acreditarse mediante pruebas que no consistan en la mera apreciación de la víctima.



## **B) Culpabilidad. La exigencia de la administración “a sabiendas” en el Art. 398**

En cuanto a la culpabilidad propiamente tal en esta clase de lesiones, ya todo lo relevante -de carácter general— se dijo al hablar de las lesiones menos graves.

Lo que se discute es el sentido y alcance de la expresión *a sabiendas* que se emplea en el Art. 398. Politoff pensó que dicha expresión no contempla un elemento subjetivo del tipo que permita calificarlo como delito de intención trascendente, ni consiste en el requerimiento de una culpabilidad más intensa, sino concierne sólo a la necesidad del conocimiento especial que el agente debe tener acerca de la naturaleza nociva de la sustancia que administra a la víctima (Politoff, Sergio (1965), *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Santiago, 95s.). Según esta doctrina, que aquí hacemos propia, conocida la naturaleza de la sustancia, su administración puede tener lugar tanto con dolo directo como con dolo eventual, y hasta sería concebible a su respecto la hipótesis culposa. Esta es, precisamente, la hipótesis fáctica de la citada SCA Concepción 19.12.1995 (*Repertorio*, 369s.), donde se admitió la comisión del delito con dolo eventual.

## **C) El contagio de enfermedades de transmisión sexual. Defensas**

Por regla general, es posible afirmar que en tanto el contagio de las enfermedades infecciosas que se transmiten por fluidos corporales, deposiciones o por la vía aérea, no pueda ser controlado por quienes las padecen, se excluye a su respecto una imputación por su transmisión, por no serle posible en modo alguno evitarla. Esto vale también para el enfermo que se acerca a los servicios hospitalarios propagando allí la enfermedad que padece. Se trata de casos donde el nexo causal no es suficiente para la imputación de los resultados por tratarse de situaciones donde el agente pone un riesgo que no está prohibido y que sólo podría evitar no existiendo. De allí se sigue que el que se sabe portador de enfermedades cuya transmisión puede controlar, puede ser responsable de los contagios que causa o no evita, pudiendo hacerlo. Estos razonamientos serían aplicables también respecto de la transmisión de enfermedades de transmisión sexual (ETS), que podría evitarse con el empleo de preservativos.

Sin embargo, Guzmán niega esta posibilidad respecto de las ETS, argumentando que ella se basaría en una interpretación “progresiva” y “analógica” del concepto de administrar, que no admitiría la relación sexual como conducta típica (José Luis Guzmán (1995), “El derecho penal chileno ante el contagio de enfermedades de transmisión sexual”, GJ 180, 7-12). Empero, la literalidad del Art. 398 no contempla la limitación que Guzmán plantea, encontrándose admitido que la administración puede hacerse por cualquier medio que lleve a aplicar, dar o hacer tomar a la víctima la sustancia que se trate. A nuestro juicio, la

única limitación que puede encontrar sentido es el reconocimiento del derecho a la autodeterminación reproductiva de cada cual, no expreso en la Constitución pero que la STC 28.8.2017 (Rol 3729 (3751)-17) admitió como implícito a raíz de la discusión sobre la despenalización del aborto. Así, descartada de plano la responsabilidad de quien desconoce ser portador de esta clase de enfermedades, el único caso complejo que queda es el de quien conscientemente mantiene relaciones sexuales sin protección: aquí, la cuestión ha de resolverse en el análisis acerca de lo verdaderamente libre y consentida de la relación sexual que se trate, esto es, acerca del conocimiento de los riesgos que adquieren los participantes en la relación. Quien se sabe portador de una grave enfermedad (VIH), no comunica este hecho a su pareja sexual, y no adopta las medidas de precaución médicamente indicadas (condones), administraría (con dolo eventual o al menos culposamente) sustancias nocivas que causan una enfermedad a una persona que quizás no habría consentido libremente de conocer dicha enfermedad. Pero no responderá si adopta dichas medidas (con lo que la administración no se produciría, sino por caso fortuito); o si comunicando su enfermedad a su pareja sexual, ésta rechaza voluntariamente los medios de protección, asumiendo los riesgos, excluyendo con su propia intervención la imputación objetiva del resultado, pues de otro modo se le privaría de la posibilidad de ejercer sus derechos reproductivos.

#### **§4. LESIONES AGRAVADAS POR SUS EFECTOS EN LA VIDA DEL OFENDIDO (LESIONES GRAVES-GRAVÍSIMAS, ART. 397 N° 1)**

La pena de presidio mayor en su grado mínimo —apenas inferior en un grado a la del homicidio simple—, que el Art. 397 N° 1 reserva para las lesiones graves-gravísimas, esto es, las que dejan al ofendido “demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme”, nos permite fijar la idea común que subyace a todos estos efectos en la vida del lesionado: ha de tratarse de situaciones en las que la entidad del daño a la salud es, en algún modo, equivalente a una “muerte en vida”, convirtiendo al lesionado en una persona distinta a la que era antes del delito. Desde luego, así será cuando el diagnóstico suponga irrecuperabilidad o incurabilidad permanente, aunque se encuentra aceptado entre nosotros que también deben comprenderse los efectos más o menos intensos y prolongados en el tiempo existentes al momento de la sentencia, sin pronóstico cierto de recuperación, y aun los que recuperados al momento del fallo hayan supuesto “un lapso trascendente en la vida de una persona normal”, juzgado conforme al criterio del hombre medio (Politoff/Bustos/Grisolía, 214) y no únicamente atendiendo a la naturaleza permanente o indeterminada de las lesiones, como proponen Labatut/Zenteno II, 174.

Al igual que en el caso del Art. 397 N° 2, lo específico en la tipicidad de esta figura agravada dice relación con los resultados punibles, por una parte, y con las modalidades de su comisión, por la otra. Puesto que en esto último las particularidades son idénticas a las de las lesiones simplemente graves, nos remitimos a lo recién explicado de ellas, restando sólo la explicación de los resultados especialmente graves de estas lesiones graves-gravísimas.

Demente no es sólo quien, según la limitada concepción psicológica que recoge el Diccionario, sufre demencia (“deterioro progresivo de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta”), sino sobre todo, quien según el uso común del lenguaje, padece locura o pérdida del juicio por cualquier causa, situación del todo equivalente a la idea de enajenación mental que se utiliza para interpretar el sentido de la eximente del Art. 10 N° 1, e importa toda deficiencia al intelecto causada por el responsable, incluyendo la interrupción del desarrollo mental de la víctima menor de edad (SCS 28.4.2008, *Repertorio*, 368). No es necesario que la grave perturbación o trastorno mental se derive de los cambios físicos que en la estructura neuronal ocasionen los golpes, heridas o maltratos que se propinan o las sustancias que se administren, pues se admite entre nosotros que esa enajenación mental pueda ser también “fruto del terror o extrema tensión emocional”, como aparece de las modalidades de comisión del Art. 398 (Politoff/Bustos/Grisolía, 214). La exigencia tradicional de que exista un daño somático base para admitir la demencia no es compatible con esta conclusión. Pero sí parece serlo la presentación de informes psiquiátricos que acrediten la enfermedad que se trate, cuyo diagnóstico se encuentra bien lejos de las capacidades de quienes intervienen en un juicio como fiscales, defensores y jueces.

Respecto a la inutilidad para el trabajo, existe acuerdo entre nosotros en que ella debe referirse al ámbito de actividades laborales que el ofendido podría realizar y no a la simple imposibilidad de ejercer el trabajo que antes se realizaba, inutilidad que debe apreciarse de acuerdo con las condiciones personales y sociales del ofendido; pues lo que aquí debemos juzgar no es la posibilidad teórica de realizar cualquier trabajo imaginable, sino el efecto en la vida real de una persona que, por no poder trabajar, pasa a depender de otros para procurarse su subsistencia y la de su familia. Así, una disfunción en la mano derecha podría convertir en inútil para el trabajo al simple obrero de la construcción; pero no al cirujano, quien podría ejercer en otros ámbitos la profesión médica (Politoff/Bustos/Grisolía, 215). Pero también es cierto que, en algunos casos, como sostiene Etcheberry III, 130, “mientras más especializada haya sido la ocupación habitual de la víctima, más difícil es afirmar que podría dedicarse a otra por equivalencia”. La cuestión ha de resolverse caso a caso pues no faltan ejemplos en uno y otro sentido y, según la naturaleza del trabajo que se desempeñe, aún una parálisis prácticamente absoluta podría no convertir en inútil a la víctima como lo prueba el caso del físico Stephen Hawking y se imagina Phillip Noyce en su filme *El coleccionista*

*de huesos* (1999). Quizás por ello, y teniendo presente los avances en nuestra concepción de la vida en comunidad, fundamentalmente en lo que dice relación con la no discriminación (también laboral, por cierto) de personas discapacitadas y la cada vez más creciente economía basada en servicios y no en actividades puramente físicas, se ha restringido el ámbito de aplicación de esta agravación, al punto que en España ha quedado excluida de los supuestos especialmente graves de lesiones en el Código de 1995.

Impotente es quien pierde (hombre o mujer), producto de las lesiones sufridas, su capacidad reproductiva, sea porque ya no puede realizar el coito normal (*impotencia coeundi*) o porque, pudiendo realizarlo, ha quedado estéril (*impotencia generandi*). Sobra recalcar aquí las consecuencias físicas y psicológicas que este hecho puede ocasionar en la vida de una persona, privada de una función natural de la mayor importancia (Politoff/Bustos/Grisolía, 180), aunque su apreciación social actual no sea ya, aparentemente, de la importancia que se le daba en el siglo pasado, reflejada en la obra *Yerma*, de Federico García Lorca.

En cuanto al concepto de dejar a la víctima impedida de un miembro importante, la propuesta de Labatut/Zenteno II, 175, en orden a considerar que la “impedición envuelve un concepto de mayor amplitud que la mutilación”, coincidente con el sentido natural y obvio de la expresión impedido que da el Diccionario (lo que se dice de quien “no puede usar alguno o algunos de sus miembros”), cualquiera sea la causa de ello (su pérdida física —cercenamiento o ablación— o funcional —producto de una herida o contusión—) no es discutida entre nosotros. Lo que se discute es qué ha de ser, para estos efectos, un *miembro* que pueda considerarse como *importante*. Según la jurisprudencia, se trata de un concepto funcional, entendiendo que comprende, además de las extremidades, cualquier parte del cuerpo humano que tenga una determinada función que pueda calificarse de importante, de manera que sin ella el individuo no pueda desenvolverse normalmente, tal como lo define el Art. 396 (SCS 28.4.2004, *Repertorio*, 368). En consecuencia, nuestra práctica forense incluye, como miembros importantes, además de las extremidades y sus partes distinguibles, uno o los dos ojos y los órganos internos y, en general, cualquier parte del cuerpo que tenga una determinada función (Etcheberry DPJ II, 361s.). Se excluye de la idea las partes de la piel, la carne y demás sustancias de que dichos miembros están constituidos (Etcheberry III, 123), y se discute si la pérdida de los sentidos puede considerarse la de un miembro importante o no: Politoff/Bustos/Grisolía, 218 así lo afirman, pero Labatut/Zenteno II, 175, lo niegan, sosteniendo que ha de considerarse una enfermedad, subsumible, según el tiempo de su duración, en los Arts. 397 N° 2 o 399, tal como hace la SCS 27.11.1996 (FM 456, 2498), que consideró lesiones del Art. 397 N° 2 la afasia permanente causada por la imposibilidad de articular palabras debido a la pérdida funcional de la lengua.

Finalmente, en cuanto al resultado de dejar al ofendido notablemente deforme, se encuentra asentado entre nosotros el criterio según el cual, lo principal para entender una deformidad —desfiguración o fealdad corporal, cicatriz o huella más o menos permanentes en el cuerpo o rostro— como comprendida en esta disposición es que “sea de tal naturaleza que equivalga, por sus resultados, a los otros casos indicados en el precepto legal correspondiente como inútil para el trabajo, demente, impotente, etc.” (SCA Santiago 14.5.1985, RDJ LXXXII, 154). Este efecto ha de juzgarse, más allá de la propia apreciación del ofendido acerca de lo bello o lo feo, atendiendo al aislamiento y discriminación que, aunque reprochables tanto en el plano moral como legal (Ley N° 20.609, *Ley Zamudio*), sean previsibles se deriven *de facto* de la deformidad que padece (pérdidas de oportunidades laborales, de relaciones afectivas, etc.). Por ello, atendidas las actitudes sociales reales, parece aceptable considerar como notable deformidad tanto dejar contrahecho el cuerpo de la víctima como dejarle una cicatriz en el rostro. Ambos resultados pueden provocar hoy día “un serio quebranto psíquico en el sujeto por el sentimiento de la propia minusvalía unido a un estado que, normalmente, torne dificultosa la vida social y de relación” (Politoff/Bustos/Grisolía III, 218), en una sociedad que confiere un enorme valor a la apariencia personal, la juventud y los moldes de belleza dominantes —como puede apreciarse de la simple lectura de los avisos de empleo y de los modelos que se utilizan en la publicidad masiva—. No obstante, no existe una jurisprudencia uniforme al respecto (*Repertorio*, 368s). En cuanto a la recuperabilidad de la deformidad, son hoy en día particularmente importantes las posibilidades que ofrece la cirugía estética, aplicada no ya como tratamiento adicional al terapéutico propiamente tal, sino como parte del mismo, y cuyos resultados efectivos, por lo tanto, han de tomarse en cuenta para juzgar la verdadera magnitud de las lesiones producidas, conforme lo señalado en la SCS 19.5.1985 (FM 318, 238).

## §5. LESIONES AGRAVADAS POR LA FORMA DE SU EJECUCIÓN (MUTILACIONES, ARTS. 395 Y 396)

En las mutilaciones, el carácter específico de la agravación que la ley dispone deriva, en lo objetivo, de la especial forma de comisión del hecho, esto es, según el Diccionario, el cercenamiento, ablación o extracción de algún miembro del cuerpo (todo órgano o parte del cuerpo que tenga una función propia o particular), lo que en la época de la dictación del Código suponía una pérdida irreparable en la integridad corporal; y en lo subjetivo, de la especial exigencia que hace la ley en orden a la culpabilidad en este delito, restringiéndola a los supuestos de dolo directo, como veremos a continuación.

En cuanto al resultado, la mutilación ha de comprender la totalidad del miembro, no configurándose la agravación por un cercenamiento parcial. En este caso, salvo lo que se dirá enseguida respecto de la castración, se debe reconducir la figura a una de lesiones de los Arts. 397 0 399, según su gravedad. Así, la SCS 27.11.1996 (*Repertorio*, 367), recondujo el corte parcial de la lengua a las lesiones del Art. 397 N° 2, por la extensión de la duración de la afasia causada; mientras la SCA Temuco 10.7.1972, RDJ LXX, 83, entendió como lesiones menos graves el caso de quien mordió a otro y le extraje solo parte del pabellón de una oreja.

Sin embargo, los avances en la medicina y la verdaderamente escasa frecuencia criminológica de estos hechos han ido restándole autonomía, al punto que los Arts. 149 y 150 CP español de 1995 no distinguen ya entre mutilaciones y lesiones, considerando equivalentes la pérdida o inutilidad de algún órgano o miembro principal.

## A) *Tipicidad*

### a) **Castración (Art. 395)**

La escueta definición del Art. 395, que sólo hace referencia al verbo rector y no a su objeto material, dio pie a que, en un principio, se entendiera que éste únicamente podía referirse a los órganos genitales masculinos, postura que ha sido abandonada por nuestra doctrina mayoritaria, pues lo que está en juego aquí es la capacidad reproductiva, no la virilidad (Politoff/Bustos/Grisolía, 199). Evidentemente, ello sucede cuando se extirpa la totalidad del aparato reproductivo (el pene y ambos testículos), produciendo con ello impotencia *coeundi* (lo que también puede derivar de la mutilación del solo pene); pero también cuando la impotencia que se produce es únicamente *generandi*, como cuando se trata de la extirpación de ambos ovarios o del útero en la mujer o ambos testículos en el hombre. Es jurisprudencia constante, en cambio, que la pérdida de un solo testículo no produce impotencia y ni siquiera puede considerarse de miembro importante, pues las funciones naturales se siguen ejerciendo con el restante (SCS 19.4.1978, RDJ LXXV, 334. En contra, SCS 25.4.1950, *Repertorio*, 367).

### b) **Mutilación de miembro importante (Art. 396, inc. 1°)**

Un miembro importante es, excluidos los aparatos reproductivos, aquél que deja al paciente imposibilitado de valerse por sí mismo o de realizar las funciones naturales que antes realizaba. “Una pierna, un brazo, un pie, etc.” (SCA Temuco 9.9.1957 (RDJ LIV, 190), representan ejemplos clásicos de esta idea, según la cual han de considerarse las prótesis que reemplazan miembros del cuerpo como claros indicadores de que el paciente no puede valerse por sí mismo, o que no puede ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba (caminar, correr, sentarse,

aprehender cosas con sus manos, etc.). Como se ve, el concepto es idéntico al que emplea el Art. 397 N° 1 y la relación concursal entre ellos debe resolverse, como se dirá más adelante, dando preferencia a la figura más grave, de acuerdo con el principio de subsidiariedad.

### c) Mutilación de miembro menos importante (Art. 396, inc. 2°)

Al parecer, la distinción entre miembro importante y menos importante fue tomada por la Comisión Redactora sobre la base de los comentarios críticos de Pacheco III, 47, al Código español de 1848, donde no se hacía esta distinción (posteriormente, la distinción de se incorporó a los Códigos españoles y subsiste hoy en día en los Arts. 149 y 150 del CP de 1995, donde se habla de “órgano o miembro” “principal” y “no principal”).

Al concepto negativo que puede darse en este lugar (es menos importante el miembro que no es importante), cabe añadir que, conforme al tenor literal del Código, no queda más que aceptar que un dedo o una oreja deben calificarse de miembros menos importantes. La jurisprudencia reconoce también al tabique nasal y las ventanillas de la nariz como miembros menos importantes (SCA Temuco, 27.11.1934, *Repertorio*, 367.).

Por otra parte, atendida la gravedad de la lesión producida, cuando se trate de la mutilación de varios dedos o ambas orejas, podría llegar a configurarse alguna de las otras agravaciones de esta clase de delitos (dejar a otro impedido de un miembro importante o mutilárselo —como lo sería la pérdida de varios dedos de la mano derecha para un diestro—; o incluso notable deformidad —por la pérdida de ambas orejas, etc.—), casos en los cuales preferirá la figura que conlleve mayor pena, de nuevo, por aplicación del principio de subsidiariedad.

## B) Culpabilidad en las mutilaciones

Las expresiones maliciosamente y con malicia que emplean los Arts. 395 y 396, llevan a la conclusión de que tales hechos sólo pueden cometerse con dolo directo conforme a los comentarios de Pacheco III, 47, para quien únicamente es posible castigar la mutilación cuando “el golpe iba expresamente dirigido para ésta”, lo que ejemplificaba diciendo: “San Pedro, cuando la prisión de Cristo, dio un golpe a Malco con el cual le cortó una oreja. Su intención era seguramente herirlo, pero no era mutilarlo; la mutilación fue un hecho accidental, por el cual racionalmente no se le habría penado. Por el contrario, en la célebre mutilación del amante de Eloísa, la misma mutilación y no una herida era el propósito”. En nuestra doctrina, esta opinión es dominante (Etcheberry III, 121), al igual que en la jurisprudencia (SCA Temuco 9.9.1957, *Repertorio* I).



### C) *Penalidad y concursos*

En completa armonía con las valoraciones sociales de fines del siglo XIX, el Código castiga la castración como la más grave de todas las formas de lesiones. Sin embargo, esta armonía desaparece cuando se trata de las penas previstas para la mutilación de miembro importante (presidio menor en su grado máximo a mayor en su grado medio), y de miembro menos importante (presidio menor en sus grados mínimo a medio), en relación con las lesiones graves del Art. 397; desarmonía penal que ha de resolverse, en caso de concurrir varias formas agravadas de lesiones en un mismo hecho, conforme al principio de subsidiariedad, prefiriendo siempre la pena más grave que corresponda aplicar.

En el caso más relevante, la disputa entre Etcheberry III, 131, y Politoff/Bustos/Grisolía, 201, acerca de cuál habría de ser el tratamiento penal del cercenamiento de un miembro importante, nos parece que puede superarse, descartando la existencia de dos conceptos de miembro importante, cuya distinción nunca quedó del todo clara. Aquí, tratándose de la concurrencia de dos figuras agravadas (la mutilación del Art. 396 y las lesiones graves del Art. 397 N<sup>o</sup>1), corresponde aplicar el principio de subsidiariedad, dando preferencia a la la pena del delito del Art. 397 N<sup>o</sup> 1 más grave que la del Art. 396 inc. 1<sup>o</sup>, pues la concurrencia de agravaciones de una misma figura básica (lesiones) no parece razón suficiente para imponer una pena inferior.

## §6. DELITOS DE MALTRATO (ART. 403 BIS)

### A) *El delito de maltrato corporal simple, de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad (Art. 403 bis, inc. 1<sup>o</sup>)*

La Ley N<sup>o</sup> 21.013, de 6.6.2017, introdujo en el Código Penal esta nueva figura junto con el delito de maltrato y el de tratos degradantes de esta misma clase de personas, una nueva agravación en el Art. 400 y una pena nueva de inhabilitación absoluta para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con ellas. De este modo, el legislador resuelve en sentido negativo la controversia acerca de si el maltrato corporal sin secuela física o psíquica podría constituir delito o no, y llena parcialmente la laguna que ello produce, estableciendo una especial regulación para el caso que el maltrato afecte a menores de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad. Aunque el delito tiene penas principales de faltas (prisión o multa de una a cuatro UTM), según la referencia del Art. 403 quáter, contempla también la de simple delito, en calidad de accesoria, de inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbi-



tos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de 18 años, adultos mayores o personas en situación de discapacidad.

En cuanto a los sujetos, este delito contempla la particularidad de ser uno con víctima definida o sujeto pasivo calificado, que no necesariamente tiene una relación personal con el autor. Menor de edad es el de menos de 18 años; adulto mayor, el de más de 60; y persona en situación de discapacidad “aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Art. 5° Ley N° 20.422).

La conducta sólo puede ser activa, por cuanto no se contempla una forma omisiva como sí se hace para el caso de maltrato calificado del Art. 403 bis, inc. 2°. Ella consiste en maltratar corporalmente, de manera relevante, a una de las víctimas especiales de este delito. Maltratar significa, según el Diccionario, “tratar mal a alguien de palabra u obra”. Sin embargo, el empleo del adverbio “corporalmente”, excluye el maltrato psicológico, eso es. el que podría realizarse por medio de las palabras. Este maltrato psicológico sólo puede constituir el delito de violencia intrafamiliar del Art. 14 de la Ley N° 20.066, si es habitual; o según su contenido, el de tratos degradantes del Art. 403 ter.

El adjetivo “relevante”, esto es, según el Diccionario, sobresaliente, destacado, importante o significativo, puesto en la ley para evitar una desmesurada extensión del tipo, lamentablemente no tiene un significado claro, como quedó de manifiesto en la discusión parlamentaria. De esa discusión sólo podemos extraer algunos casos que un Diputado consideró irrelevantes: “cualquier pelea en un patio de colegio entre estudiantes de tercero medio”, “peleas en un partido de fútbol” (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.013*, p. 277). En cambio, los actos de explotación laboral, por importar disposición del cuerpo de la víctima, previstos como delito respecto a los menores de edad en el Art. 62, inc. 1°, Ley N° 16.618, pueden considerarse sin más como supuestos de maltrato corporal relevante.

### ***B) El delito de maltrato corporal calificado de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad (Art. 403 bis, inc. 2°)***

El delito de maltrato corporal calificado es el que comete quien tiene “un deber especial de cuidado o protección” respecto del menor, adulto mayor o persona en situación de discapacidad. La pena corporal en este caso es de simple delito (presidio menor en su grado mínimo).

La conducta, en su faz activa, se describe del mismo modo que el maltrato simple y por eso en la discusión parlamentaria se enfatizó el problema de la indefinición del adjetivo “relevante”, sosteniéndose, p. ej., que no lo serían, “un remezón o un acto menor”, o el hecho de que la madre “pesca a un niño y le dice: ‘Súbete a la micro porque vamos atrasados’” (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.013*, pp. 277, 364 y 393). Con todo, desde la propia ley es posible concebir como maltrato relevante los casos de abandono de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad que, por las limitaciones de las figuras de los Arts. 347 a 352, pudieran resultar impunes, al ser el menor abandonado mayor de 7 o 10 años, según el lugar del abandono, o no producirse lesiones graves o muerte en el adulto mayor o la persona en situación de discapacidad.

Además, este delito contempla una modalidad omisiva, consistente en “no impidiere su maltrato debiendo hacerlo”. Aquí, la expresión “debiendo” ha de entenderse como “pudiendo”, puesto que la posición del sujeto activo importa por sí un deber de protección, pero este deber sólo se actualiza cuando efectivamente se puede concretar, esto es, cuando se asume materialmente la posición de garante, existiendo múltiples situaciones en que ello no se produce aunque se mantenga el deber de protección: se piense en el caso de la madre que se encuentran fuera del hogar, momento en el cual el padre del hijo común lo maltrata.

Al igual que en el maltrato simple, este delito es desplazado por cualquiera otro más grave que se cometa. Tratándose de las lesiones menos graves, el maltrato es desplazado a pesar de tener una pena en principio mayor, al no contemplar la alternativa de la multa, por el efecto de la agravante del Art. 400. Tratándose de su concurrencia con el delito de violencia intrafamiliar habitual, del Art. 14 Ley N° 20.066, el maltrato viene a llenar la laguna dejada por la exigencia de habitualidad, pero no lo desplaza en caso de producirse, por tener el maltrato habitual una pena más grave, que abarca hasta el presidio menor en su grado medio.

### C) *El delito de maltrato laboral de menores de edad (Art. 62 Ley N° 16.618)*

El Art. 62 de la Ley N° 16.618, contempla un caso único de delito de maltrato de menores, castigando con penas alternativas de prisión, presidio menor en su grado mínimo o multa, su explotación laboral en condiciones tales que afectarían su normal desarrollo, como cuando se obliga al menor a permanecer en cantinas, casas de prostitución o juego; a realizar exhibiciones de agilidad, fuerza u otras semejantes en espectáculos públicos lucrativos; o a ejecutar trabajos nocturnos (entre diez de la noche y siete de la mañana).

Resulta paradójico la especificación de poner a trabajar a menores en cantinas, casas de prostitución y juego como un simple delito de maltrato con las bajas penas que la Ley N° 16.618 contempla, si se aprecia que al menos llevarlo a trabajar

a una casa de prostitución en ciertos casos bien podría ser la vía preparatoria o derechamente un acto de corrupción, en los términos que sanciona el Art. 367 con penas bastantes más severas (presidio menor en su grado máximo). En tales casos, por el principio de alternatividad cabría dar preferencia al delito de corrupción de menores frente al de simple maltrato. Este mismo principio debe guiar la eventual concurrencia entre estos delitos con los de maltrato del Art. 403 bis y trata de personas del Art. 411 ter, cuando el maltrato consiste en poner a un menor a trabajar en una casa de prostitución.

#### *D) El delito de maltrato habitual en contexto de violencia intrafamiliar (Art. 14 Ley N° 20.066)*

##### **a) Tipicidad**

La Ley N° 20.066, de 7.10.2005, estableció sutiles pero importantes modificaciones al tratamiento de la llamada violencia intrafamiliar, respecto de la legislación anterior. Para empezar, la actual legislación ya no plantea el problema de violencia intrafamiliar como un asunto neutro desde la perspectiva de género (salvo en lo que respecta a la violencia ejercida contra los adultos mayores y niños), sino que pone especial atención al hecho de ser la mujer la víctima frecuente de esta clase de agresiones, y así declara en su Art. 3° que “el Estado adoptará políticas orientadas a prevenir la violencia intrafamiliar, en especial contra la mujer, los adultos mayores y los niños, y a prestar asistencia a las víctimas”, haciendo expresa mención a las obligaciones contraídas en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Además, la ley atribuye al Servicio Nacional de la Mujer la facultad de proponer las políticas públicas para el cumplimiento de los fines de la ley y la de formular, en coordinación con otros organismos del Estado, “planes anuales de acción” (Art. 4°). No obstante, la Ley N° 20.066 todavía conserva la consideración de la figura básica de violencia intrafamiliar como ilícito civil de conocimiento de los Tribunales de Familia, la cual define en su Art. 5° como “todo maltrato que afecte la vida, la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente”. El ilícito se extiende, según el inc. 2° del Art. 5° mencionado, a los maltratos ocurridos “entre los padres de un hijo común” y a los recaídos sobre “persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualesquiera de los integrantes del grupo familiar”.

Sólo es delito, en consecuencia, el maltrato habitual del Art. 14 Ley N° 20.066, disposición que sanciona con la pena de presidio menor en su grado mínimo a

medio “el ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el Art. 5° de esta ley”.

En cuanto a los sujetos del delito, sus autores y víctimas sólo pueden ser quienes sean o hayan sido cónyuges o convivientes; los parientes por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive; y los padres de un hijo común. Además, se considera potencial víctima toda “persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualesquiera de los integrantes del grupo familiar”. Por otra parte, está en lo correcto la Instrucción General de la Fiscalía Nacional, Oficio FN N° 792/2014, cuando hace ver que, por el fraseo legal, respecto de los parientes por afinidad, sólo es extensible a los que lo sean del cónyuge actual y que, en cuanto a los convivientes, es violencia intrafamiliar la que ejercen ellos contra los parientes de su conviviente y no a la inversa.

Respecto de la conducta de maltrato sancionada, el Art. 14° Ley N° 20.066 limita específicamente el castigo penal al “ejercicio habitual de violencia física o psíquica”. Según el Plan Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar en Chile 2011-2012, que lamentablemente no ha sido renovado, son actos de violencia, maltrato o abuso físico los siguientes: respecto de los niños y adolescentes, “toda agresión que puede o no tener como resultado una lesión física”, incluyendo “un castigo repetido que puede variar en magnitud y características”; respecto de las mujeres, todo acto “que inflige o intenta infligir daño no accidental, por medio del uso de la fuerza física o algún tipo de objeto u arma, que pueda provocar o no lesiones externas, internas o ambas”, mencionando como “conductas posibles de identificar” los “empujones, cachetadas, golpes con puños, golpes de pie, quemaduras, golpes con objetos, heridas con arma blanca o de fuego, estrangulamiento”; y respecto de los adultos mayores de 60 años, el “uso de la fuerza física” en su contra “que daña su integridad corporal” y “puede provocar dolor, lesión y/o discapacidad temporal o permanente y en casos extremos la muerte”, tales como “los empujones, zamarreos, cachetadas, golpes con objetos, quemaduras” y el “uso inapropiado de medicación por la fuerza”. El mencionado Plan identifica, además, como actos de violencia, maltrato o abuso psicológico los siguientes: respecto de los niños y adolescentes, el “hostigamiento verbal habitual por medio de insultos, críticas o descréditos, ridiculizaciones”, incluyendo además “la indiferencia”, el “rechazo implícito o explícito”, el “aterrorizar a los niños, niñas o adolescentes” y el hacerlos “testigos de violencia entre los padres”; respecto de las mujeres, toda “conducta u omisión que tiene por objeto causar temor e intimidación y controlar la conducta, sentimientos y pensamientos de la persona que está siendo agredida”, entre las cuales se contarían “manifestaciones como la degradación psicológica, la humillación verbal, la continua amenaza de abandono, la amenaza de agresión física, la reclusión en el hogar, entre otros”; y respecto de los adultos mayores de 60 años, las “acciones que producen angustia,

pena, estrés, sentimientos de inseguridad, baja autoestima y/o agreden la identidad, dignidad y respeto de la autonomía de una persona mayor”, incluyendo las “críticas, ridiculización, insultos, indiferencia, rechazo”, y “des crédito”.

Por lo que respecta al requisito de habitualidad, el inc. 2° del Art. 14 Ley N° 20.066 establece un concepto que se aparta de la regla tradicional que consideraría como tal la simple repetición dos o más veces de una misma conducta. En efecto, para “apreciar la habitualidad”, dicha norma dispone que “se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima”. Y agrega: “para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria”.

En consecuencia, la violencia física ocasional que no cause lesiones o no esté comprendida en otros delitos más graves (violación, homicidio, etc.) sólo será delito si es constitutiva de maltrato corporal del Art. 403 bis y recae en menores, adultos mayores o personas en situación de discapacidad. En casos de violencia psicológica ocasional, ésta podría llegar a constituir el delito de tratos degradantes del Art. 403 ter o, según las expresiones o acciones ejecutadas, delitos de injurias.

## **b) Reglas especiales para el tratamiento penal de la violencia intrafamiliar**

El Art. 14, inc. 1° Ley N° 20.066 contempla una regla concursal según la cual las penas que dispone se impondrán, “salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”, regla donde el adverbio “solo” denota una remisión a las reglas concursales comunes en el resto de los casos (cuando la violencia constituya otro delito de igual o menor gravedad), en la forma de concurso ideal del Art. 75, por tratarse un mismo hecho constitutivo de dos o más delitos. Así, p. ej., de constituir uno de los actos de maltrato una amenaza no condicional del Art. 296 N° 3, en principio debieran sancionarse ambos hechos de conformidad con el Art. 75, imponiendo la pena mayor del delito más grave. Lo mismo sucedería si uno de los actos de maltrato constituye lesiones menos graves del Art. 399 (donde se ofrece la pena alternativa de multa), maltrato del Art. 403 bis o trato degradante del Art. 403 ter. En todos los otros casos, las penas a aplicar serían únicamente las de los delitos más graves cometidos, quedando por expresa disposición legal desplazada la figura del maltrato habitual, aplicándose “sólo” la pena asignada por la ley al delito más grave. Esto es lo que sucedería, paradigmáticamente, en los casos del parricidio y femicidio ya vistos.

En los aspectos relativos a la determinación de la pena, el Art. 14 bis Ley N° 20.066 establece una limitación al otorgamiento de la atenuante de irreprochable conducta anterior, al permitir al juez considerar los antecedentes de infracciones

civiles para su evaluación. Por su parte, el inc. 2° del Art. 4° Ley N° 18.216 dispone que, si la condena se impusiere por alguno de los delitos contemplados en los Arts. 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva, debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.

En cuanto al procedimiento, la Ley N° 20.066 declara improcedentes los acuerdos reparatorios en esta clase de delitos (Art. 19); y en el 17 se establece la obligación de imponer, en caso de suspensión condicional, como condición de la misma alguna de las previstas en el Art. 9° de esta ley, a saber: a) abandono del hogar común; b) prohibición de acercamiento a la víctima; c) prohibición de porte y tenencia de armas o su comiso, y d) asistencia obligatoria a programas terapéuticos o de orientación familiar. Estas mismas medidas se pueden imponer, además, como “accesorias”, en caso de condena, según establece su Art. 16. El incumplimiento de las tres primeras de estas medidas se remite, por los Arts. 10 y 18 Ley N° 20.066 remite al delito de desacato del Art. 240 CPC, inc. 2°. Dada la rigidez aparente de las “medidas” antes señaladas en juego y la “facilidad” con que se puede producir su incumplimiento, sobre todo en casos de “reconciliación” entre el ofensor y su víctima, se ha producido un intenso debate acerca del alcance y limitaciones posibles de esta figura. Aquí, lo relevante en la discusión forense ha sido la apreciación o no de las condiciones fácticas para estimar la presencia y los efectos de un error de prohibición en el imputado. Como este debate involucra, en realidad, una delimitación del delito de desacato como tal, más allá de su alcance para esta clase de delitos, remitimos a lo que a su respecto se dirá más adelante.

## Capítulo 4

# PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL (II). TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

## §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el “derecho a la integridad personal”, declarando: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y “2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Se trata del único texto internacional, plenamente vigente en Chile por remisión del Art. 5, inc. 2º CPR, que reconoce explícitamente la integridad moral como objeto de protección y la vincula a la prohibición de las torturas y penas o tratos crueles inhumanos y degradantes. En nuestra Constitución, debe entenderse que la integridad moral aparece subsumida en el concepto de integridad física y psíquica, pues precisamente allí donde ésta se garantiza, el N° 1 de su Art. 19, se prohíbe expresamente “la aplicación de todo apremio ilegítimo”, giro lingüístico que entonces se empleaba para designar la aplicación de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Sin embargo, en el Código Penal, de antiguo se distingue entre la protección a la integridad física y psíquica de la que debe prestarse a la moral, particularmente frente a la acción de los agentes del Estado, contemplándose el antiguo delito de apremios ilegítimos en el Tít. II. L. II CP, destinado a sancionar los atentados contra los derechos garantidos por la Constitución. Esta ubicación no fue alterada con la modificación introducida por la Ley N° 20.968, de 22.11.2016, que introdujo formalmente el delito de torturas y la nueva denominación del § 4 de dicho Título, “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la constitución”, en cumplimiento de las obligaciones contraídas al suscribirse la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanas o Degradantes, de 1984. Allí se define la tortura, en su Art. 1º, como como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discrimi-



nación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Luego, siendo evidente que en la clase de atentados que aquí se trata se lesiona la vida y la integridad física y psíquica de las personas, su aspecto distintivo es el ataque a la integridad moral, entendido como “la provocación de sentimientos de humillación y degradación” (La Mata, Norberto de, y Pérez, Ana (2005), “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código Penal”, *Revista Penal*, N° 15, 8-45, 15).

Ello explica por qué la introducción del delito de tratos degradantes cometidos por particulares, nuevo Art. 403 ter, se ubicó dentro del Título correspondiente a los delitos contra las personas, en un párrafo nuevo, inmediatamente después del relativo a las lesiones.

Finalmente, en un aspecto práctico, es necesario señalar que, a pesar de que la garantía de irretroactividad de la ley penal impide aplicar a las torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes ejecutados materialmente durante la Dictadura Militar de 1973-1989 las penalidades de las disposiciones de los Arts. 150 A a F, introducidas en el año 2016; nuestra jurisprudencia, al considerar tales hechos materialmente como graves atentados contra los Derechos Humanos y crímenes contra la humanidad, aplica las penas correspondiente a su calificación por los delitos comunes cometidos (los antiguos “apremios ilegítimos”, lesiones o secuestro con resultado de lesiones, básicamente), excluyendo en su juzgamiento la aplicación de las reglas comunes de amnistía, prescripción y cosa juzgada (SCS 11.10.2011, Rol N° 6221-2010).

## §2. TORTURAS (ARTS. 150-A A 150-C)

### A) *Tipicidad*

Según establece Art. 150 A, inc. 1°, autor de este delito sólo podría ser el empleado público que realiza alguna de las conductas que allí se describen. Pero el inc. 2° de dicha disposición dispone imponer idéntica pena al particular que ejecuta actos de tortura en el ejercicio de funciones públicas (algo aparentemente innecesario al tenor del Art. 260, pero que exigía la referencia histórica de la participación de civiles en estas atrocidades durante la Dictadura de 1973-1989), o a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público, restringiendo la homologación penológica a los supuestos que podríamos considerar comprendidos exclusivamente en la primera parte del N° 1 del Art. 15, esto es, aquellos en que se toma parte inmediata y directa en la ejecución de las torturas.



Luego, no habiéndose extendido el castigo de los particulares que participan en el delito de torturas a todos los supuestos de actuación del empleado público, surge la pregunta acerca del tratamiento penal de quienes realizan algunas de las restantes conductas de los Arts. 15 y 16 que no se encuentran expresamente homologadas por la ley al castigo del empleado público. Ella ha de resolverse, a nuestro juicio, recurriendo a las reglas generales de la participación criminal, distinguiendo entre aquellos supuestos en que la tortura puede presentarse como un *delicta sui generis* (delito especial propio) de aquellos donde puede verse como formas especialmente graves de lesiones u homicidios. En el primer caso, corresponde la comunicabilidad del título y, en el segundo, su división. Así, la mujer que induce a su amante policía a ordenar torturar a su marido, aprovechando su detención por cualquier causa, responderá como inductora del delito de ordenar aplicar torturas del Art. 15 N° 2. Si le facilita el instrumento con que se le infligen lesiones corporales o agresiones sexuales del Art. 365 bis, entonces responderá por su participación en tales lesiones y agresiones sexuales, como autora del Art. 15 N° 3.

En cuanto a la conducta punible propiamente tal, la ley castiga varias formas de conducta diferenciadas, pero relacionadas entre sí, a saber:

a) Ordenar un acto de tortura: se trata acá de elevar a categoría de delito autónomo lo que, de no ser por esta expresa disposición legal, debiera considerarse una proposición o inducción a cometer un acto de tortura, según los Arts. 8° y 15 N° 2. Esta es una figura que sólo puede cometer un empleado público, el que es sancionado a este título, aunque no se ejecute el acto de tortura, o no tome parte en su ejecución, adelantándose el castigo a lo que, de otra manera sería un acto preparatorio impune, en caso de que la proposición o inducción fracasare. Como delito autónomo y especial propio permite, por tanto, extender también la punibilidad del empleado público a casos de tentativa o frustración (como sería la emisión de una orden de torturar que no es comunicada a sus destinatarios, porque es interceptada casualmente por un superior o denunciada por un tercero ajeno a la cadena de mando); la punibilidad a terceros que participan en la inducción de dar la orden (Art. 15 N° 2); y en la cooperación con su transmisión (Art. 16).

b) Consentir un acto de tortura: esta forma de ejecución —también exclusiva del empleado público— es una elevación a figura autónoma de lo que nuestro Código entiende por conspiración para la ejecución de un acto de tortura en el Art. 8°, esto es, concertarse para la ejecución de un delito determinado, y, por tanto, tampoco requiere para su castigo que el acto se ejecute o que el empleado que consiente tome parte en su ejecución. Se aplica aquí lo mismo que se dijo con relación a la participación de terceros respecto del caso del empleado que ordena el acto de tortura. Sin embargo, su consumación no depende de la comunicación a terceros subordinados y, por tanto, se produce de manera instantánea con el consentimiento prestado a la proposición de quien pretende ejecutar el acto. Si este tercero es un inferior en la cadena de mando o un particular, su conducta

debiera castigarse a título de inducción, a menos que objetivamente no puedan ejecutar en modo alguno el acto de tortura, lo que transforma el hecho en un delito imposible;

c) Aplicar o ejecutar un acto de tortura: esta conducta, equivalente a la descrita en la primera parte de nuestro Art. 15 n<sup>o</sup> 1, puede ser cometida indistintamente por un empleado público o un particular, tomando parte inmediata y directa en la aplicación o ejecución de las torturas. Se trata aquí de un delito común, cuyo título es transmisible a todos los partícipes y está sujeto a las reglas generales de *iter criminis* y participación.

d) Omitir impedir o cesar la aplicación de torturas: esta figura de omisión propia, según el tenor de la ley, sólo puede ser cometida por un empleado público, que tenga la facultad, autoridad o posición para evitar la aplicación de torturas u ordenar su cesación. La ley subentiende que se trata de un empleado que no ha ordenado, consentido ni aplicado la tortura, estableciendo una especial forma de responsabilidad por el mando que no tiene un correlato directo en las formas de responsabilidad de los Arts. 15 y 16, pero sí en el inc. 1<sup>o</sup> del Art. 35 Ley N<sup>o</sup> 20.357, de 18.7.2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, donde se establece que “serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo”. Es interesante consignar que la otra forma de responsabilidad por el mando consagrada en esta ley no tiene reflejo directo en el Art. 150 A. En efecto, el inc. 2<sup>o</sup> del citado Art. 35 Ley N<sup>o</sup> 20.357, extiende la punibilidad por estos delitos también a “la autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados”. Por otra parte, como requisito subjetivo, la ley no exige aquí la voluntad de que las torturas se ejecuten, sino únicamente que quien pueda impedir las o hacerlas cesar, tenga conocimiento de su ocurrencia. Indirectamente, esto significa que para afirmar que existía la obligación de impedir la aplicación de torturas, debe acreditarse que, objetivamente, ocurrió un acto de tortura que el responsable conoció con posterioridad. En consecuencia, si el responsable impide o hace cesar los actos de tortura inmediatamente de llegar a su conocimiento, no es responsable de los actos anteriores a ese hecho. Esta detallada regulación de la omisión de impedir o hacer cesar los actos de tortura nos lleva a excluir la posibilidad de considerar situaciones de comisión por omisión, cuyas más laxas exigencias típicas son incompatibles con las expresas limitaciones legales respecto del castigo de las omisiones punibles a título de tortura.

La ley define como un acto de tortura especialmente grave “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero

información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad” (Art. 150 A, inc. 3°). Su aplicación o ejecución, el ordenarlo, consentirlo o no impedirlo o hacerlo cesar se castiga con presidio mayor en su grado mínimo. La literatura nos ofrece ejemplos expresivos de la materialización de esta clase de torturas, desde el descontrolado suplicio físico que se describe en 62, *Modelo para Armar* de Julio Cortázar y en *La Fiesta del Chivo* de Mario Vargas Llosa, hasta el cruel refinamiento de las descripciones contenidas en el libro *1984* de George Orwell. Además, entre nosotros, el *Informe Valech* es ilustrativo de las prácticas reales de tortura en los interrogatorios practicados por los organismos de seguridad y las fuerzas armadas durante la última Dictadura Militar, entre las que se cuentan los golpes (con armas, el teléfono, el callejón oscuro, arrastramientos, golpes reiterados en ojos, boca, nariz testículos y otros puntos sensibles, etc.), colgamientos, la aplicación de electricidad, las amenazas, la asfixia (submarino húmedo, submarino seco y otros), las quemaduras y las violaciones de mujeres y hombres, etc. (Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Santiago, 2004, Cap. 5).

Como acto de tortura menos grave se entiende la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con la finalidad de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, cuya ejecución, el ordenarlo, consentirlo o no impedirlo o hacerlo cesar se sanciona con la pena de presidio menor en grado máximo (Art. 150 A, inc. 4°). Por expresa limitación legal, no se considera tortura la aplicación de esta clase de métodos por razones de discriminación, aunque no es claro que de tal limitación haya sido consciente el legislador. La pena por su aplicación o ejecución, el ordenarlo, consentirlo o no impedirlo o hacerlo cesa, es de presidio menor en su grado máximo. Se mencionan como supuestos de esta clase de tortura la obligación de hacer ejercicios físicos repetitivos y a horas desusadas, así como el obligar a las víctimas a desnudarse y exhibirse así frente a otros sin razón alguna.

Además, la ley no ha querido dejar completamente al arbitrio del juzgador la delimitación en los casos límite y expresamente ha excluido de los actos de tortura el dolor resultado del ejercicio legítimo de la fuerza estatal, ya desde la tipificación misma, al señalar en el inc. final del Art. 150 A que “no se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad”.

***B) Torturas agravadas por la clase de delito que se comete conjuntamente y sus resultados (Art. 150 B)***

El Art. 150 B establece reglas especiales para agravar las penas por los delitos de tortura, en atención a si, con ocasión de ellas, se cometieren además los delitos de homicidio y lesiones que se señalan: homicidio doloso (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado); violación de los Arts. 361 o 362, abuso sexual mediante introducción de objetos del Art. 365 bis, castración, mutilaciones y lesiones graves del Art. 397 N° 1 (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo); o algún cuasidelito de lesiones graves del Art. 397 N° 1 u homicidio (presidio mayor en su grado medio).

La gravedad de las penas dispuestas para estos casos permite entender la expresión “con ocasión” que emplea el legislador como comprensiva de la multiplicidad de relaciones que entre los resultados mencionados y los actos de tortura se pueden producir. Así, sin duda cabe aquí considerar, en primer lugar, el eventual concurso material entre torturas seguidas de los delitos que se señalan, como cuando tras obtener la información buscada se mata al torturado, intensificando las torturas o mediante otro medio (un único disparo letal mientras la víctima se encuentra todavía sujeta al aparato de torturas o en el lugar donde ellas se aplicaban, p. ej.). En segundo término, también ha de considerarse incluso en estas agravaciones el caso más habitual de los delitos complejos, en el cual las torturas se emplean como medio para la comisión de tales delitos (equivalente, en cierta medida, al ensañamiento en el homicidio calificado), o donde el resultado lesivo o mortal se encuentra aceptado previamente por los torturadores, quienes actúan a su respecto con dolo eventual. Ambos supuestos son propios de las torturas aplicadas con la finalidad de disciplinar (intimidar o coaccionar al torturado) o de simple discriminación. En cambio, cuando las torturas se aplican con la finalidad de obtener información, esa finalidad parece incompatible con la aceptación o la voluntad de causar muerte del torturado a dejarlo completamente imposibilitado para entregar la información requerida, por lo que el legislador parece haber considerado necesario establecer también el caso del delito preterintencional del N° 3 del Art. 150 A, al agravar las torturas por la producción imprudente de muerte o lesiones del Art. 397 N° 1.

De lo anteriormente dicho se desprende, además, que la concurrencia de las torturas con lesiones o cuasidelitos de menor entidad a los señalados en el Art. 150 B debiera, en estricto rigor, considerarse consumida o, más bien, copenada en la penalidad de la figura básica del Art. 150 A, dispuesta para infligir dolores o sufrimiento graves.

### ***C) Agravación adicional por aplicación de tortura en personas privadas de libertad (Art. 150 C)***

El Art. 150 C dispone que en los casos de los Arts. 150 A y sus supuestos agravados del Art. 150 B, todavía podrá imponerse una nueva agravación, consistente en excluir el mínimo o el grado mínimo de la pena, según corresponda, cuando el responsable del delito torturare a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control. En el caso del Art. 150 B, N° 1, la aplicación de esta agravante adicional transforma a este delito en uno de los dos más graves del Código (el otro es el de la violación con resultado de muerte, del Art. 372 bis), al elevar su pena a la de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

La intención del legislador al establecer esta agravante era destacar, indirectamente, la posibilidad de que los actos de torturas se aplicasen sin detención o durante la detención, en casos tales como el control de identidad del Art. 12 de la Ley N° 20.931 y los abusos que eventualmente puedan producirse antes del ingreso de los detenidos a un cuartel policial o de otro tipo. Sin embargo, como nos enseña nuestra lamentable historia de torturas masivas aplicadas durante la Dictadura Militar de 1973 a 1989, la detención regular o irregular acompaña tan frecuentemente a los actos de tortura, como condición para su ejecución, que es muy probable que esta agravante no sea aplicable, de conformidad con el Art. 63, por ser de tal modo inherente a la comisión del delito que sin ella no podría ejecutarse.

### ***D) Culpabilidad, iter criminis, participación y concursos***

La existencia de especiales elementos subjetivos en esta clase de delitos (las finalidades de obtener información, disciplinar o el motivo de discriminación) excluye su imputación a título culposo, lo que es coincidente, además, con su ubicación sistemática y la expresa mención a la necesidad de acreditar que la actuación del empleado público sea abusando de su cargo o funciones que hace el Art. 150 A.

La producción culposa de resultados mortales o lesivos graves con ocasión de la aplicación de torturas configura la agravante especial del Art. 150 B y, en atención de la ahora importante pena prevista para los casos no agravados de torturas, el resto de las lesiones culposas que puedan causarse podrían considerarse como actos acompañantes típicos, copenados y absorbidos por la pena del delito de tortura, más grave.

Por otra parte, la configuración típica del delito de torturas en el Art. 150 A lleva ínsita la solución a las dificultades derivadas del establecimiento tanto de

los grados de desarrollo del delito como de los de participación, incluyendo la intervención de particulares en delitos donde en primer término el responsable es un empleado público. Y, finalmente, las agravaciones del Art. 150 B y C resuelven, por esa vía, las cuestiones concursales más relevantes que podrían presentarse.

### §3. APREMIOS ILEGÍTIMOS Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES (ARTS. 150 D Y F)

Aquí se sanciona al empleado público y a los particulares que ejecutaren similares conductas a las descritas en el Art. 150 A, pero no ya en relación con actos de tortura propiamente tales, sino con apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura ni sean las molestias o penalidades que constituyan una consecuencia sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

Luego, para reducir la incertidumbre acerca del contenido típico de esta figura, lo primero que debemos aclarar es que ella constituye algo más que las vejaciones injustas (Art. 255) y la negativa de servicio (Art. 256), pero menos que una tortura propiamente tal. La clave para su interpretación puede encontrarse en la capacidad de los actos que se trate para provocar de sentimientos de humillación y degradación en las víctimas.

Por su parte, los Arts. 150 D, inc. 2º y 150 E establecen el mismo régimen de agravaciones que los Arts. 150 B y C, aunque con penas algo más leves, y, además, una agravación propia, no considerada respecto del delito de tortura, consistente en cometer el delito “en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez”. Finalmente, dado que este delito y sus agravaciones se describen en similares términos que el de torturas, le son aplicables las mismas acotaciones que a su respecto se hicieron en cuanto a las formas de la conducta, culpabilidad, *iter criminis*, participación y concursos.

### §4. SOMETIMIENTO A TRATOS DENIGRANTES (ART. 403 TER)

Sanciona este delito con la pena de presidio menor en su grado mínimo y la inhabilidad temporal para ejercer cargos u oficios relacionados con menores de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad, al que hubiere sometido a alguna de ellas “a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad”. Por trato degradante debemos entender el que produce sentimientos de humillación y degradación a la víctima, tal como en el delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes ya estudiado.

Sin embargo, a diferencia de dicha figura, aquí no existe una clase de autor especialmente reconocido, sino únicamente una clase de víctima cuya degradación es relevante. Por lo tanto, se trata de un delito que se puede cometer fuera del contexto de cualquier labor pública y que, en general, se encuentra bajo las reglas comunes mencionadas respecto al maltrato de esta clase de personas, particularmente cuando en encuentran viviendo bajo el mismo techo del agresor y constituye simultáneamente un acto de violencia intrafamiliar.





## Capítulo 5

# PROTECCIÓN PENAL DE LA INTEGRIDAD PERSONAL (III): DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INTEGRIDAD SEXUALES

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La Constitución no contempla expresamente la libertad e integridad sexuales como derechos a garantizar. Sin embargo, su vinculación fáctica con la protección de la vida y la integridad física, psíquica y moral nos permite, sin forzar el texto constitucional, incorporar su protección a la de la integridad personal, como concepto comprensivo de todas esas dimensiones. Ello explica por qué en el epígrafe del Tít. VII, L. II CP, el legislador prefirió referirse al conjunto de estos atentados como delitos contra la integridad sexual.

En efecto, en esta clase de delitos no se protege solo la libertad sexual, esto es, la facultad de la persona para auto determinarse en esta materia, sin ser compelido ni abusado por otro, concepto que puede vincularse de alguna manera al derecho a la auto determinación en materia reproductiva reconocido en los Cons. 37° y 38° de la STC STC 28.8.2017 (Rol 3729-2017), y que se encuentra presente, paradigmáticamente, en el delito de violación propia (Art. 361). También se protege el íntegro desarrollo psíquico y físico de los menores, particularmente en cuanto se pretende alejarlos de las intromisiones indebidas de los adultos en su vida sexual. La integridad moral de las personas es también parte del objeto de protección de estos delitos porque la violencia sexual está acompañada de un trato humillante y degradante, que supone la cosificación y despersonalización de las víctimas. La vida y la integridad física de las víctimas también se pone en peligro cuando se emplea su cuerpo a la fuerza, riesgo que cuando se materializa en su muerte también se expresa en la legislación, a través del delito de violación con homicidio (Art. 372 bis). Incluso la honestidad —cuya vinculación mediata con el texto constitucional podría encontrarse en la obligación del Estado de dar protección a la familia (Art. 1° CPR)—, entendida como la “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”, aparece también como objeto de protección respecto de las personas privadas de razón (que no por eso pierden sus apetitos sexuales) y de los menores púberes, como paradigmáticamente sucede en los delitos de violación del Art. 361 N° 3 y sodomía del Art. 365, y con la comparación entre las reglas que rigen el sistema penal de adultos y el de adolescentes (Art. 4° Ley 20.084), donde ciertas interacciones sexuales con personas menores de 14 años

son penados o no, según la edad del autor (Guzmán, José Luis (2000), “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en *Anuario de la Facultad de Cs. Jurídicas de la Universidad de Antofagasta*, 138ss.).

## §2. VIOLACIÓN PROPIA (ART. 361)

La violación de personas mayores de catorce años no es punible por la actividad sexual en sí, sino porque ésta se lleva a cabo contra la voluntad de otro o fuera de los moldes de comedimiento actualmente dominantes. Lo que se castiga es obtener acceso carnal a otro sin su voluntad, mediante el uso de la fuerza, la intimidación o prevaliéndose de la enajenación mental de la víctima.

### A) *Conducta, autores y víctima*

La ley castiga al que accede carnalmente a otro, mayor de 14 años, por las vías que indica.

Acceder, según el Diccionario, es entrar en un lugar o pasar a él, y puesto que, en el trato carnal, lo que accede a las vías que la ley indica es el pene, sólo los hombres podrían ser autores inmediatos y directos de este delito. Las personas que adquieren mediante cirugía equivalentes funcionales al pene también podrían entenderse como potenciales autores de este hecho. Quienes acceden a otro sin emplear su pene o un equivalente funcional, sino mediante objetos y accesorios ajenos a su cuerpo podrían incurrir en la figura del Art. 365 bis. En cuanto al acceso a través de otros miembros y partes corporales diferentes al pene, se aplicarían las reglas de los abusos sexuales, según la doctrina mayoritaria en la jurisprudencia (*Repertorio*, 322). Por otra parte, los atentados sexuales perpetrados por personas, que fuerzan a un hombre a accederlas, sólo pueden calificarse como abusos sexuales de los Arts. 365 bis y 366 ss., en su caso, como sería el caso de forzar a un tercero a practicarle sexo oral (SCS 7.8.2008, *Repertorio*, 322).

La interpretación propuesta por Carnevali, según la cual esta limitación del sujeto activo adolecería de un excesivo “formalismo”, pues lo que aquí se castigaría, “teniendo en cuenta el bien jurídico protegido”, sería “todo aquel comportamiento dirigido a la realización de la cópula, siendo irrelevante, por tanto, si el sujeto activo es quien accede o si es carnalmente accedido” (Carnevali, Raúl, “La mujer como sujeto activo en el delito de violación, un problema de interpretación teleológica”, GJ 250, 13 y ss.), debe rechazarse, pues si bien es cierto que el bien jurídico protegido debe guiar toda labor interpretativa, no lo es menos que una interpretación extensiva, donde se amplía el significado natural y obvio de los términos legales para abarcar casos no comprendidos en su literalidad, aún reali-

zada “para mejor proteger el bien jurídico, significaría un quebrantamiento de las reglas legales de interpretación y una violación de la prohibición de la analogía” (Politoff, Sergio (2001), *Derecho Penal*, 2ª Ed., T. I, Santiago, 102s.).

En cambio, víctima puede ser cualquier persona —hombre o mujer— mayor de catorce años, extendiéndose la figura actual a casos anteriormente sancionados como violación sodomítica (ex Art. 365, artículo al cual todavía otras disposiciones del Código hacen referencia, como, p. ej., los Arts. 10 N° 6 inc. final y 141).

La ausencia de un resultado diferenciado de la conducta excluye la comisión por omisión, mientras que la literalidad del tipo penal impide apreciar autoría mediata, contra la opinión de Cury, Enrique (2005), *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª Ed., Santiago, 622. Según Cury, en esta clase de delitos lo punible sería atacar la libertad sexual de la víctima, infracción para la cual sería irrelevante quien la materializa, de manera que si alguien, sirviéndose de otro, ataca esa libertad sexual, cometería delito “sin que nada importe que él no experimente la satisfacción de ejecutar el acceso carnal”. Esta proposición es equivocada por una razón fundamental: la ley no castiga el “atacar la libertad sexual” ni “experimentar la satisfacción de ejecutar el acceso carnal”, sino la conducta de acceder carnalmente a otro sin su consentimiento. El “hombre de atrás” que induce a otro a cometer el delito mediante coacción o engaño, el que impide o procura impedir que se evite y el que, concertado para su ejecución, lo presencia, pueden ser castigados con la pena del autor, según el Art. 15, sin necesidad de trasgredir el límite que impone el principio de legalidad a la interpretación de los tipos penales.

### ***B) Circunstancias. Las formas punibles de acceder a otro sin su voluntad***

El Art. 361 menciona tres circunstancias que trasforman el acceso carnal entre mayores de catorce años —una conducta necesaria para la conservación de la especie y en sí misma sin relevancia penal— en delito: el uso de fuerza o intimidación; el acceder a una víctima privada de sentido o aprovechándose de su incapacidad para oponerse; o accederla abusando de su enajenación o trastorno mental. Sin embargo, salvo en la referencia a la intimidación y el empleo de las expresiones vinculadas al aprovechamiento y el abuso, no explicita el legislador la circunstancia que realmente hace punible el mantener relaciones sexuales, esto es, que ellas se practiquen sin la voluntad del otro. En efecto, es claro que sin un mínimo despliegue de energía (fuerza) no es posible acceder carnalmente a otro y que aun cuando se despliega más que ese mínimo, las relaciones consentidas de carácter masoquista no parecen comprendidas en este delito (como se aprecia en la película *La Hija del General*, de Simon West, 1999); que por impedida que está una persona para oponerse a ello, no se comete violación si ella solicita o consiente la relación sexual (como se da a entender al final del film *¡Átame!*, de Pedro Almodóvar, 1989); que quien disfruta del sexo mientras duerme, bajo los efectos

del alcohol o las drogas puede hacerlo si libremente se pone en tal condición con ese propósito (como en el caso de la pareja protagonista de *Matador*, del mismo Pedro Almodóvar, 1986); y que el enajenado mental podrá, en la medida que su enfermedad lo permita, ejercer con terceros el ámbito de libertad sexual que pueda considerarse admisible según el estado actual de los conocimientos en la materia (Véase al respecto Moreira, Azevedo y Espirito Santo (2013) “Matrimonio y reproducción en una mujer con síndrome de Down”, *Revista Médica Internacional sobre el Síndrome de Down*, Vol. 17, N° 3, 39-42. En el caso de pacientes con Alzheimer, véase el aporte de Boni-Saenz, Alexander, “Sexual Advance Directives” (2016), *Alabama Law Review*, Vol. 68, N° 1, quien propone para la actividad sexual de personas que pierden progresivamente sus capacidades cognitivas la adopción de un equivalente funcional de los testamentos vitales, pero referidos a sus actividades sexuales en el futuro con personas determinadas).

De allí que en la interpretación de estas circunstancias haya de tenerse presente siempre que ellas pueden considerarse, en su aspecto objetivo, principalmente como indicadores de la falta de consentimiento, que la ley ha extraído de la vida común como máximas de la experiencia o presunciones, capaces de fundamentar una sentencia condenatoria únicamente mientras no se pruebe que ese consentimiento existió válidamente.

### a) Fuerza o intimidación

Hay fuerza en el ejercicio de la violencia física sobre la víctima con el propósito de anular o vencer su voluntad contraria al acto carnal (SCA San Miguel 24.11.2008, *Repertorio*, 323). La fuerza puede ser ejercida por quien accede carnalmente a la persona ofendida o por otro, caso en el cual este otro podría ser cualquiera, tanto un hombre como una mujer. El que sólo aplica la fuerza responde como autor bajo la figura del coautor del Art. 15 N° 1 (SCA Talca, 8.5.1914, *Repertorio*, 323. En contra, SCA Talca 9.7.1901, *Repertorio*, 324, estimó que sólo sería “cómplice” el que aprieta la garganta, sujeta los brazos o la mujer que otro trata de violar). No es necesario que la fuerza se mantenga durante toda la violación, ni tampoco que exista resistencia o que ésta sea continuada. Basta que queden de manifiesto la fuerza y la voluntad contraria. Pero la simple penetración, propia de la relación sexual, no es fuerza en el sentido de este tipo, aunque exista voluntad contraria de la víctima: si ésta no resiste producto de una intimidación, debe apreciarse dicha circunstancia; y si no lo hace porque no puede oponerse por cualquier causa como la invalidez, el agotamiento, etc., cabe apreciar la figura del Art. 361 N° 2.

Intimidación, según el Diccionario, es la “acción y efecto de intimidar”, esto es, “causar o infundir miedo, inhibir”. Por regla general se manifiesta como amenaza de un mal grave con que se logra el acceso carnal contra la voluntad del sujeto

pasivo. La amenaza constitutiva de intimidación debe algo más que la del simple delito de amenazas de los Arts. 296 y 297. Así, no sólo se requerirá su seriedad y verosimilitud, sino también, gravedad e inmediatez.

Que la amenaza sea seria, significa que exista y no sea dicha en broma, chanza o de cualquier otra forma que indica en quien la emite falta de voluntad real para ejecutarla. El solo temor reverencial o el que experimente la víctima sin que el autor haya expresado de cualquier manera el mal que la víctima imagina, no constituye intimidación en este delito. Así, la sola solicitud verbal de una prestación sexual no constituye intimidación, por fuerte que se exprese, si no va acompañada de la manifestación del mal a que se expone la persona solicitada de no acceder a lo pedido. Tampoco hay intimidación en la amenaza de un mal irrealizable, como el de quien sin tener facultades legales exige un favor sexual señalando que “llevará detenida” a la víctima si no accede (siempre que la víctima sepa que el autor no posee dichas facultades y no se trate, por tanto, de un engaño intimidatorio, como veremos enseguida).

Que sea verosímil, importa que, en el caso concreto, cualquier tercero situado en la posición de la víctima, pueda dar por cierta la realización del mal amenazado, en caso de rechazar el acceso carnal. Aquí cobran especial importancia las condiciones personales de la agraviada y las circunstancias objetivas en que se encuentra, pues de ellas depende el juicio acerca de si la amenaza era capaz de vencer o no su voluntad. Aquí, al igual que la ley expresamente acepta el engaño intimidatorio como una forma de “violencia ficta” en el Art. 439, habría que aceptar que un engaño intimidatorio serio y verosímil, también constituye intimidación, a menos que se quiera llegar a la absurda conclusión de que una persona que desconoce las armas de fuego no puede ser víctima de este delito si es amenazada con un arma de fuego imitación de otra verdadera, o que en tales situaciones, la víctima debiera “asegurarse” de la capacidad de fuego del arma que se le exhibe. Pero si la amenaza es inverosímil, no habrá delito, como sería el de quien amenaza a alguien con detonar (en Chile) un aparato nuclear para hacer estallar la luna.

La gravedad de la amenaza se refiere a la clase de mal con que se amenaza. Según Labatut/Zenteno II, 138, esa amenaza debe consistir en causar a la violada un mal mayor que el resultante de la violación misma. Gimbernat sostuvo, en esta línea, que sólo contaba como intimidación la amenaza inmediata de “malos tratos” constitutivos de un delito igual o más gravemente penado que la violación, esto es, matar o lesionar gravemente a la víctima o a un tercero o violar a éste (Gimbernat O., Enrique (1969), “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”, en *del mismo*, Estudios de Derecho Penal, 3ª ed., Madrid 1990, 227-248). Sin embargo, más acertado es el criterio de Etcheberry, IV, 59, quien pone énfasis en el aspecto lesivo a la seguridad e integridad personal de la amenaza, señalando que el mal en que consiste la intimidación debe significar causar un inminente daño físico en el

cuerpo, en la vida o en la salud de la propia persona afectada, o de otra persona con la cual se encuentre ligada por vínculos afectivos, que sean de tal naturaleza que hacen posible su inhibición frente al ataque.

Por último, la inmediatez de la amenaza se refiere al carácter actual o inminente del mal con que se amenaza, el que debe ser dirigido a personas presentes (la víctima o terceros relacionados con ella). La exigencia sexual de que se trata también debe ser inmediata. En consecuencia, la amenaza de males futuros no constituye intimidación.

Es importante destacar, finalmente, que nuestra jurisprudencia entiende que el ejercicio de la intimidación no se prueba con la resistencia de la víctima, sino exclusivamente con los actos en que se expresa, pues basta con demostrar la falta de adhesión voluntaria al acto, y la prueba objetiva del ejercicio de la violencia psicológica por parte del responsable, de palabra o de obra, mediante la amenaza de un mal grave y próximo que recaerá sobre la víctima o su familia (SCS 5.1.2005, *Repertorio*, 323).

Si falta la gravedad o la inmediatez, el delito podría reconducirse a los casos de amenazas de los Arts. 296 y 297. Así, la amenaza de causar sólo daños en la propiedad será una amenaza condicional del Art. 296 N° 1; lo mismo que la de producir al ofendido lesiones en un momento diferente. Si la amenaza es de un mal que no constituye delito, podría configurarse el delito del Art. 297, como si se trata de amenazar con “despedir” a la empleada exigiéndole una prestación sexual, con independencia de si la amenaza tiene o no el carácter de “inmediata”. En casos limítrofes, bien puede darse la circunstancia del N° 2° del Art. 361, modificado en parte con esa finalidad.

### (1) *¿Intimidación sin amenaza?*

El Art. 439 establece, respecto de los delitos de robo, que “se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar la manifestación o entrega”. Como se dijo, agrega el texto que “hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”.

El concepto puede abstraerse sin pérdida de sentido, pues en ambos casos se trata de obtener algo de otro sin su voluntad, la entrega o manifestación de las cosas en el robo, el acceso al cuerpo en la violación. Por eso se afirma que el engaño intimidatorio vale como tal y que también hay intimidación en la fuerza que se ejerce sobre las cosas que sirven de protección a la mujer, como es el caso de

romper a golpes la puerta de la habitación donde se encuentra la víctima; o, en el ejemplo propuesto por el citado Bustos, la destrucción de los alimentos cosechados por la víctima (Bustos, Juan (1991), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 116s.). Del mismo modo, habrá intimidación, aunque la amenaza no sea *expresis verbis* y pueda desprenderse de hechos concluyentes que hagan verosímil un ataque grave e inminente a la vida o seguridad personal, atendidas las características personales de la víctima y demás circunstancias de la situación. A esta situación de amenaza por hechos concluyentes se pueden reconducir los casos del que se aprovecha de las circunstancias que inhiben a la víctima y están bajo su control, y el de la multiplicidad de agresores que solicitan a la víctima o comienzan un ataque sexual sin aviso alguno.

Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*, 196, va un poco más allá de la literalidad del Código y de las posibilidades que ofrece el Art. 439, al afirmar que la intimidación “es un concepto estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo”, y que, por tanto —agrega—, “si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la intimidación será la consecuencia de haberse ejercido una amenaza en contra de la víctima, es perfectamente concebible que el estado de conmoción psicológica provenga de un hecho anterior (que el delincuente simplemente aprovecha); de la sola presencia del agresor (y con mayor razón si son varios); de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueren conocidos por la víctima; de comportamientos vejatorios de que ésta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor y hasta de las propias circunstancias de tiempo y lugar”, trayendo en apoyo de su tesis cierta doctrina española. A nuestro juicio, esta tesis debe rechazarse por tres motivos principales: en primer lugar, porque va más allá de lo permitido por la literalidad del Código, que exige una expresión objetiva del acto intimidatorio que cause o infunda miedo. En segundo, porque algunos de los casos que menciona no se basan en la pura subjetividad de la víctima, sino en el efecto que en ella causan actos del agresor (aprovechamiento de un estado de conmoción anterior de la víctima o la presencia de varios agresores). Y, en tercer lugar, porque en el resto de los casos, se atribuye responsabilidad penal a un supuesto agresor que no realiza el acto constitutivo del delito que se trata, pues la sola relación carnal no es delito. Además, si el agente no realiza no causa el efecto de la intimidación en la víctima, bien puede creer que ella consiente libremente en el acto sexual.

Luego, el acto intimidatorio o la amenaza grave cuya verosímil ejecución produce miedo o conmoción psicológica debe existir objetivamente para que haya una intimidación, una acción y un efecto. Y así lo ha declarado también nuestra Corte Suprema al señalar que “el temor de sufrir el mal debe ser serio, grave y efectivo, y basado en actos concretos de amenaza hacia la integridad física de la víctima” (SCS 10.3.2003, *Repertorio*, 323).



## b) Privación de sentido o aprovechamiento de la incapacidad para oponerse

La privación de sentido consiste en un estado transitorio de pérdida de conciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo. Un ejemplo claro es el estar dormido (SCA Concepción 30.5.1911, G. 1911, t. I, 64.). Pero no se requiere absoluta inconciencia, sino sólo de la pérdida o inhibición de las facultades cognoscitivas y volitivas en relación con la significación del acto, como en los casos del somnoliento, ebrio, intoxicado, etc. (Bustos, 1991, 117). El origen de la privación de sentido es irrelevante y puede corresponder a causas dependientes o independientes de la voluntad de la víctima o del violador. En la discusión parlamentaria se señaló que el hecho de que la víctima se halle privada de razón o sentido configuraría una incapacidad absoluta de resistencia, no exigiéndose, por tanto, la presencia del abuso. Sin embargo, no es el abuso el elemento que hace delictivo el acceso carnal, sino la falta de consentimiento, por lo que la exigencia del abuso es innecesaria cuando la víctima no está en condiciones de expresar su voluntad. Por lo mismo, si puede acreditarse que la víctima se durmió, emborrachó o narcotizó voluntariamente para tener relaciones sexuales, como en el citado filme *Matador*, el hecho no sería punible, ya que en ese caso estaríamos en presencia de una suerte de consentimiento diferido o *actio liberae in causa* al revés.

Respecto a la circunstancia consistente en el aprovechamiento de la incapacidad para oponerse, su redacción corresponde a la modificación introducida La Ley N° 20.480, de 18.12.2010, que modificó este numeral, reemplazando la anterior expresión “incapacidad de resistir”, con el propósito de eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física, que, según la doctrina y jurisprudencia entonces dominantes, se exigía para su configuración. Sin embargo, la ley no establece directamente qué ha de entenderse por “incapacidad para oponerse”, desde el punto de vista objetivo. Al respecto, podemos decir que comprende todos los casos en que la víctima no ha consentido expresamente al acto sexual y por alguna razón fáctica (engaño, incapacidad, etc.) no puede negarse. De este modo, se da cabida a las mismas situaciones de incapacidad física para oponer resistencia comprendidas en la anterior redacción (como en la situación que se encontraban las Infantas del Cid tras la afrenta de los hermanos Carrión, o el ejemplo de la persona con movilidad reducida sin algún dispositivo que le permita suplir la discapacidad subyacente u oponerse físicamente al acto); pero también a situaciones que antes no era posible reconducir de manera clara a este delito. Estos serían los casos de la mujer que, recibiendo una atención ginecológica, sorpresivamente es violentada por el doctor que la atiende; o la joven que es drogada sin que ella lo sepa, para estimular artificialmente su apetito sexual, privándole únicamente de la capacidad para oponerse a la cópula, sin atención a la persona que, aprovechándose de este engaño, se lo solicita, etc.. También ahora, sin necesidad de forzar el texto legal, puede darse lugar a la doctrina de un muy discutible fallo que había



estimado antes de esta reforma como “incapacidad de resistir”, lo que era un aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima por su “situación de vulnerabilidad preexistente” (TOP Ovalle 15.7.2002).

En los aspectos subjetivos, lo que se exige es el aprovechamiento de tal situación, esto es, al menos el conocimiento de la situación en que se encuentra la víctima, pero no la participación en su generación o mantenimiento. En uno de los ejemplos antes señalados, comete el delito tanto quien se aprovecha de haber drogado a la víctima para liberar sin control sus apetitos sexuales y someterla a su voluntad como quien, conociendo que un tercero la ha drogado, aprovecha su incapacidad de oponerse, para satisfacer sus propios deseos. Lo mismo sucede con el caso conocido por las cortes francesas de la persona que, notando la confusión de la mujer producto de la ingesta alcohólica, no la despeja de su error y accede a ella haciéndose pasar por su marido (Mayaud, Ives (2000), *Code Pénal*, Paris, 217). En todos estos casos lo decisivo es la inexistencia de una voluntad libre de la persona a que se accede carnalmente, aunque no se despliegue más fuerza que la necesaria para la realización del acto sexual.

Quedan por discutir los casos en que, aparte del engaño causado o aprovechado por el autor, se obtenga el consentimiento de la víctima, de manera que ésta no pueda ya oponerse al acto, pero ese consentimiento se haya obtenido con un vicio equivalente, pero diferente al de la fuerza que constituye la intimidación. En principio, estos casos deberían reconducirse a alguna de las figuras de estupro del Art. 363 (abuso de trastorno mental, relación de dependencia o situación de desamparo). Sin embargo, dicho delito limita su ámbito de protección a las personas menores de edad mayores de 14 años. De donde parece que, en todos los casos de abusos de tales circunstancias, siendo la víctima mayor de edad, no existiría estupro ni mucho menos violación.

Sólo si tales abusos se encuentran relacionados con el delito de trata de personas del Art. 411 quáter, incorporado al CP por la Ley N° 20.507, de 8.4.2011, podría estimarse la comisión de un delito, precisamente la trata, pues allí se establece como una de sus modalidades la realizada con fines de explotación sexual, calificando como inválido el consentimiento que los mayores de edad den para su captura o traslado si el autor del delito lo obtiene “mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad” sobre la víctima, situaciones todas que pueden también describirse como casos en que ésta no tiene la capacidad fáctica para oponerse a la voluntad del tercero que la violenta o se aprovecha de ella, pero que, por la existencia del Art. 363 no podrían reconducirse con facilidad al N° 2 del Art. 361.

En consecuencia, los alcances de esta modificación no pueden determinarse categóricamente todavía y habrá que esperar al desarrollo de la legislación siempre cambiante en esta materia, así como de la jurisprudencia nacional, para ofrecer alguna respuesta más o menos definitiva a la contradicción enunciada.

### c) El abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima

En esta hipótesis no ha intervenido fuerza ni intimidación, pero la víctima tampoco ha consentido en el acto sexual, en atención a que su enfermedad o trastorno, debidamente acreditado (al menos con un informe psicológico, SCA Valparaíso 5.1.2004, *Repertorio*, 323), le priva de la capacidad de comprender el sentido y alcance del acto sexual o, como señala la SCA Santiago 20.5.2010 (*Repertorio*, 323) sufre un trastorno que le impide “tomar consciencia de la naturaleza o significación” del acto. Pero no es necesario que la víctima esté enajenada al punto de “no darse cuenta si quiera de que alguien la hace víctima del ataque sexual”, como quiere Rodríguez, *Delitos sexuales*, 203.

Puesto que la enajenación o trastorno mental que se pueda padecer no necesariamente inhibe el apetito sexual, ni incapacita necesariamente a la persona para comprender el significado y efectos del acto sexual, la ley exige que medie abuso para que la obtención del consentimiento sea ilícita. En consecuencia, habrá violación sólo si el autor conoce el estado mental de la víctima y se aprovecha del mismo para obtener el consentimiento en el acceso carnal. En consecuencia, el prevalimiento no puede darse por parte de un sujeto que se encuentra en las mismas condiciones que la víctima, caso en cual probablemente se encuentre, además, en la circunstancia eximente del Art. 10 N° 1.

### C) Culpabilidad, *iter criminis* y participación

La violación propia requiere dolo directo, en cuanto al acto sexual o al prevalimiento de las circunstancias involucradas, aunque sobre el conocimiento de las circunstancias fácticas subyacentes del Art. 361, se puede admitir dolo eventual.

En cuanto a la consumación, nada dice la ley y quizás se echa en falta el antiguo Art. 362 que aclaraba el viejo problema del *quantum* del acceso carnal para entender consumada la violación (Labatut/Zenteno II, 140). De todas maneras, la solución no puede ser otra que la misma antes establecida legalmente: el delito se entenderá consumado desde que hay principio de ejecución de la penetración, siendo indiferente al efecto que exista inseminación (SCS 7.7.2004, *Repertorio*, 324). Claro está que la naturaleza y circunstancias de la agresión sexual ha de tomarse en cuenta a la hora de la concreta individualización de la pena, según dispone el Art. 69. En consecuencia, los actos de carácter sexual previos a la pe-

netración sólo podrían considerarse tentativa de este delito, si están encaminados a ella (como en el caso de quien realiza diversas tocamientos a la víctima y eyacula sobre su vagina antes de penetrarla, SCS 17.6.1997, *Repertorio*, 324). La cuestión que se discute es si tales hechos pueden calificarse de tentativa propiamente tal o frustración. Nosotros hemos sostenido que sólo podrían calificarse de tentativa, pues tratándose la violación de un delito de mera actividad, se excluiría formalmente la frustración. Sin embargo, esa defensa conceptual es rechazada por nuestra jurisprudencia que admite sin más la existencia de la frustración en esta clase de delitos, como en los casos en que la mujer no puede ser violada por sus agresores, debido a su tenaz resistencia; el victimario se detiene ante la llegada de un automóvil; o es sorprendido por carabineros una forcejeando con la víctima arrojada al suelo y sin ropa interior vez que hubo arrojado a la víctima al suelo y quitado sus calzones. Esta es la llamada “teoría del último acto”, según la cual, debe considerarse frustración el hecho que se encuentra en su fase final de ejecución (el último acto), aunque ella pueda dividirse mentalmente.

En la violación, por su propia naturaleza se excluye la autoría mediata: en el caso de quien contrata a otro para que viole a una mujer, sólo puede ser castigado como inductor. No existe autoría mediata, ya que el inductor no puede acceder carnalmente a otro por medio o usando como instrumento a un tercero. Sin embargo, el tipo se extiende con la complicidad y, sobre todo, con la participación por la vía de la coautoría y del autor-cooperador del Art. 15 N°s 1 y 3, donde puede castigarse como autores a personas que por sí mismas no pueden realizar la penetración, como el caso de la mujer que aplica la fuerza para que otro acceda carnalmente a la víctima.

#### D) *Concursos*

Respecto de la relación entre la violación y otras agresiones sexuales, podemos citar, en primer lugar, el caso de una mujer que consiente en el estupro por engaño y luego se arrepiente, pero es violada. La violación absorbería al estupro, sea éste anterior, simultáneo o posterior inmediato a la realización de la violación. Lo mismo ocurre con otros delitos sexuales relacionados con la violación consumada, que absorbe a los otros tipos penales en atención a su mayor penalidad. Pero si la violación está en grado de tentativa la solución no es la misma. P. ej., si los abusos sexuales tienen mayor penalidad que la violación tentada (como los del Art. 365 bis) y los primeros preceden a la segunda: los abusos sexuales ya no se encuentran copenados en la sanción de la violación tentada, y su penalidad debiera resurgir, produciéndose un concurso ideal entre el abuso y la tentativa de violación.

En cuanto al concurso de violación propiamente tal con otros delitos, como las coacciones, amenazas, lesiones, secuestro, privación de libertad ambulatoria, también se sigue el principio anterior, en relación con la penalidad. Así, la elevada

penalidad del delito permite absorber, sin dificultad, todas las coacciones, amenazas, privaciones de libertad (necesarios para consumarla) y lesiones clínicamente leves o menos graves (hasta más o menos 7 a 15 días de incapacidad) cometidas como medio para obtener el acceso carnal o durante la comisión del delito. Pero si las violencias empleadas para obtener el acceso carnal conducen a la muerte, corresponde aplicar la figura agravada del Art. 372 bis; y si se producen lesiones graves del Art. 397 o menos graves del Art. 399, que sean más que clínicamente leves, la regla del Art. 75 (concurso ideal). Además, por excepción, si el hecho ha comenzado como secuestro o sustracción de menores, no se aplica lo dicho arriba en el texto, sino las híper agravantes de los incisos finales de los Arts. 141 y 142, respectivamente.

Tratándose del concurso ente dos o más circunstancias del Art. 361 entre sí y entre éstas y las del Art. 362 (en el caso iii), hay que decir que se trata de un tipo mixto alternativo: se aprecia siempre un único delito, con independencia del número de circunstancias que concurran.

Finalmente, de reiterarse los actos de acceso carnal en una misma situación de fuerza, violencia, incapacidad para resistir, etc., o en un mismo contexto espacio—temporal, estaríamos ante un único delito de violación, cuya gravedad se apreciará conforme dispone el Art. 69. Lo mismo ocurre si intervienen varios sujetos en la comisión del delito: todos responden como coautores del delito de violación y su número y las circunstancias de la comisión se tendrán en cuenta a la hora de fijar la pena a aplicar (así también, Rodríguez, *Delitos sexuales*, 355, para el caso de reiteración de accesos carnales en “un mismo contexto situacional”. Oo. Tobar Sala, Juan Carlos, *Violencia sexual, análisis de la nueva ley*, Temuco, 1999, 41, quien entiende en estos casos se produciría reiteración y concurso real de delitos, respectivamente. Otros aspectos no tratados aquí pueden verse en Mercado G., Marco Antonio, *Problemas concursales, delito continuado en los delitos que protegen la libertad sexual*, Santiago, 2003).

### §3. VIOLACIÓN IMPROPIA (ART. 362)

El nuevo Art. 362 castiga con una pena agravada el acceso carnal a una persona “menor de catorce años”, que se han de entender cumplidos, para evitar la eventual laguna denunciada por Guzmán (2000, 149). En esta hipótesis no se considera ni la falta de voluntad ni el prevalimiento de la edad de la persona ofendida. Para que se configure la violación basta que se dé objetivamente la circunstancia de la edad de la víctima, y que esta circunstancia sea conocida del autor, a nivel de culpabilidad.

El bien jurídico protegido es la indemnidad sexual del menor, estimándose que, tratándose de impúberes, se debe tutelar su libre desarrollo sexual en relación con los mayores, dada las injerencias que pueden sufrir por parte de éstos, en cuanto a la valoración de la significación de sus actos. Por regla general, una persona impúber menor de catorce años se estima incapaz de tener actividad sexual consentida y con comprensión de su significado, por carecer de la capacidad física para procrear y de la mental para comprender la significación corporal y reproductiva del acto. Pero cuando el menor de catorce años es púber biológicamente y conoce el sentido de sus actos en relación a la actividad sexual, lo que la ley protege con una categórica separación de edades es más bien la honestidad, pues resulta (altamente) reprochable, desde el punto de vista social, que un mayor de esa edad mantenga relaciones sexuales con personas de tan corta edad, siempre que entre ambos exista una diferencia de al menos dos años, como especifica indirectamente el Art. 4° Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes.

La cuestión de la edad es muy importante para el análisis de la culpabilidad en estos delitos. Así, si el sujeto activo no sabe que la persona a la que accede carnalmente tiene menos de catorce años y parece de más edad, se excluye el dolo para este delito (SCA Pedro Aguirre Cerda, 26.8.1992, RDJ LXXXIX), aunque pudiera darse eventualmente alguna de las otras circunstancias del Art. 361, caso en el cual se responde de todas maneras por el delito de violación propia. Pero si el agente cree acceder a un menor que en verdad es mayor de catorce años y no concurre ninguna circunstancia de los Arts. 361 o 363, entonces no se comete delito alguno.

#### §4. VIOLACIÓN CON HOMICIDIO (ART. 372 BIS)

El tipo penal del art 372 bis establece la pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado para el que, con ocasión de la violación, cometiere además el homicidio de la víctima. De esta manera se supera la abigarrada construcción anterior del tipo de violación con homicidio, que, para los efectos de la pena, distinguía si se trataba de una violación por vía anal para el caso de un hombre y por vía vaginal para el de una mujer.

Esta forma agravada de violación fue incorporada, en su versión original, en el año 1979 como respuesta a un caso bullado de la época, estableciendo no sólo la pena más grave de todo el Código, sino también pretendiendo incorporar la responsabilidad penal objetiva por la sola causación de la muerte del ofendido (el texto original de 1979 prescribía: “el que con motivo u ocasión de violación o de sodomía causare, además, la muerte del ofendido será castigado con la pena de presidio perpetuo a muerte”). Sin embargo, la redacción actual del precepto exige cometer el delito de homicidio para aplicar la agravación que establece. Esto excluye, desde luego, todo resultado culposo y, con mayor razón, el imprevisto o

fortuito, subsistiendo sólo las formas dolosas tradicionales de comisión del delito de homicidio. En caso de muerte culposa, debe apreciarse un concurso ideal entre ésta y la violación.

## §5. ESTUPRO (ART. 363)

### A) *Bien jurídico*

El estupro implica un atentado tanto contra la libertad sexual como contra la indemnidad de los menores y la honestidad, pues, aunque se eliminó la referencia a las “doncellas” que contemplaba el texto de 1874, se mantiene la minoridad de edad como requisito típico, a la que se agregan el engaño o el abuso en la obtención del consentimiento, que por lo mismo se considera viciado -no aceptable socialmente—, pero no al punto suficiente para constituir una violación. Es, además, una figura residual frente al delito de violación del Art. 361, para los casos en que la obtención viciada del consentimiento no provenga de intimidación, del aprovechamiento de la capacidad de resistir de la víctima o del abuso de un trastorno mental de la misma.

Lamentablemente, el legislador ha limitado las situaciones de prevalencia donde el consentimiento no es plenamente válido, a los menores de 18 años, confundiendo el estupro por engaño —propio del abuso de la inexperiencia sexual de un menor de edad— con el abuso de situaciones fácticas de poder, que llevan a prestar un consentimiento viciado por temor a un mal más o menos grave e inminente que no llegan a constituir intimidación. Estas situaciones —que en el Código se incorporan como números 1º a 3º del Art. 363—, se consideran en España, Francia y Alemania, p. ej., como casos de abusos sexuales, donde es evidente que la edad de la víctima no juega un rol preponderante, pues aunque no se configura una violación propiamente tal, sí hay un abuso en la obtención de un consentimiento no totalmente libre y por tanto, un daño al bien jurídico protegido que —tratándose de personas púberes— es predominantemente su libertad sexual. También, como hemos dicho, esta configuración típica queda atrás respecto de las condiciones que la ley exige para dar validez al consentimiento en materia penal, cada vez más estrictas, como puede verse en el delito de trata de personas del Art. 411 quáter, siendo además discutible que pueda afirmarse su autonomía frente al nuevo texto del Art. 361 N° 2.

### B) *Tipicidad*

La conducta es idéntica a la de la violación del Art. 361, por lo que a su descripción nos remitimos. En lo que toca a los sujetos, la única diferencia con el Art.

361 es que el sujeto pasivo ha de ser menor de 18 años, pero mayor de catorce años, cumplidos. La relevante son, por tanto, las circunstancias en que se produce el acceso carnal, aspecto en que Ley N° 19.617 innovó, extendiendo su alcance más allá del simple engaño a que se refería la legislación anterior.

#### **a) Abuso de anomalía mental, que no constituye enajenación (Art. 363 N° 1)**

Se trata de casos en que la enajenación mental no llega a ser total (similar a la del inimputable), pero sí afecta la capacidad para comprender la significación del acto sexual, tanto a nivel corporal como reproductivo. Al igual que en el caso de la enajenación mental del Art. 361 N° 3, en esta forma de estupro no basta el mero trastorno o anomalía para configurarlo, si éste no va acompañado de un abuso sobre el mismo, es decir, sólo se castiga a quien accede carnalmente a otro, aprovechándose para ello de su discapacidad mental. Aquí se aprecia claramente que la edad de la víctima no debiera jugar rol alguno, salvo por la disposición legal.

#### **b) Abuso de relación de dependencia y desamparo (Arts. 363 N°s 2 y 3)**

Lo que constituye el abuso es el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica, que no es la amenaza grave propia de la intimidación del Art. 361. Este es el típico caso de abuso de una relación de dependencia laboral o “acoso sexual”. En la Comisión Mixta del Congreso, se sostuvo que la numeración contenida en el Art. 363 N° 2 es simplemente ejemplar y no taxativa, con el propósito de comprender dentro de ella cualquier vínculo relevante de dependencia, sea formal o informal, de relación de familia o no. Lamentablemente, al limitarse esta clase de estupro a los menores de edad, se produce un efecto imprevisto respecto de las formas graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrán considerarse como violación por intimidación del Art. 361 N° 1, restando para ellas sólo las figuras de amenazas.

Por otra parte, en la figura del estupro del N° 3 del Art. 363, se incorpora la circunstancia de abuso de desamparo, cuya única diferencia con la del N° 2, sería la de recoger la idea de la transitoriedad de la dependencia, que origina el desamparo de la víctima frente a las fuerzas de la naturaleza, la carencia económica, la inesperada orfandad, situación que da pie para que el autor pueda abusar de la víctima, presionada por el temor de permanecer en el “desamparo” o de no recibir la ayuda requerida. La limitación de la edad de la víctima también aparece aquí como poco justificable, pues el grave desamparo no tiene por qué afectar exclusivamente a menores de edad.



### c) Engaño (Art. 363 N° 4)

Esta circunstancia rescata la esencia de la antigua figura de estupro, y por ello es la única en que se justifica la limitación de acuerdo con la edad de la víctima. En la Comisión Mixta se sostuvo que la figura gira alrededor del concepto de autodeterminación sexual, sancionando el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la víctima no tiene madurez suficiente para apreciarla, siendo susceptible de ser engañada sobre ese punto, sea por su ignorancia o inexperiencia. La circunstancia que se habría querido describir es la de una persona menor sexualmente ignorante o inexperta que se enfrenta a un individuo sexualmente experto, que por lo mismo tiene una capacidad de manipulación de la voluntad del menor para llevarlo a una interacción sexual. Tal conducta obedece para el sujeto activo a la satisfacción de sus impulsos sexuales, pero para el menor no tiene ese mismo sentido, porque se ha manipulado su voluntad, y ahí radica el abuso. El engaño, por tanto, consiste en una modalidad precisa de abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual.

Aunque en el Informe de la Comisión Mixta se señaló que esta clase de engaño, atendida la evolución actual de la sociedad, no podía resolverse en la simple promesa falsa de matrimonio, esto se contradice con la mantención mismas de la figura del estupro por engaño, cuyo tratamiento jurisprudencial y doctrinal se ha referido invariablemente a esta modalidad (Etcheberry DPJ III, 193, 210).

## §6. ABUSOS SEXUALES (ARTS. 365 BIS A 366 TER)

La actual redacción de los Arts. 365 bis a 366 ter mantiene el estilo tradicional de nuestro Código, de precisar en las descripciones típicas las limitaciones de edad de los sujetos pasivos de esta clase de delito, agregando ahora una especial agravación por la introducción de objetos en la víctima, pero todavía, al igual que en los delitos de violación y estupro, sin explicitar en la definición de la conducta el carácter de atentado contra la libertad sexual de dichas conductas, cuando las víctimas son personas mayores de 14 años, con capacidad de autodeterminación sexual.

En otras legislaciones, como la francesa, p. ej., los abusos sexuales se definen genéricamente como “las agresiones sexuales distintas de la violación” (Art. 222-27 CP1992); y así, genéricamente, también se definen las agresiones sexuales en el CP español 1995, que en su Art. 181.1. castiga al que “sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona”. En ambas legislaciones, los medios empleados para cometer la agresión, así como la edad de la víctima, operan como agravaciones específicas del delito cometido, actuando las citadas disposiciones penales como



figuras residuales, que comprenden la multiplicidad de situaciones no reguladas específicamente que en el ámbito de los abusos de carácter sexual puedan presentarse. En ambas también, la falta de consentimiento de la víctima mayor de edad (sexual) es un elemento fundante del injusto (aunque el CP francés no lo exige literalmente, la jurisprudencia es uniforme en exigirlo).

Los comentarios que se ofrecen sobre el nuevo Art. 181 CP 1995, sin precedentes en el 1944, ahorran explicaciones acerca del alcance de esta disposición en el caso analizado: según Cancio, este nuevo tipo legal “puede llegar a recoger algunos casos que tenían difícil encaje en la anterior regulación”, entre los cuales se encontrarían, “especialmente”, “los casos en los que el contacto sexual se produce por sorpresa o mediante un ardid (p. ej., un tocamiento fugaz, bien sorprendiendo a la víctima o acercándose a ella con un pretexto)” (Cancio, Manuel (1997), “Comentario al Art. 181 1995”, en Rodríguez M., Gonzalo (Dir.): *Comentarios al Código penal*, Madrid, 530). Por su parte, aunque los §§ 174 a 176b CP alemán utilizan una técnica similar a la actual redacción del Código chileno, no olvidan enumerar entre las múltiples situaciones de abusos sexuales que se regulan, el abuso mediante la utilización de una relación de confianza, como la que sucede característicamente entre un paciente y quien lo atiende clínicamente, con independencia de la edad del paciente (§ 174c), pues en tales casos “la capacidad de la víctima para impedir o rechazar la agresión, se encuentra regularmente disminuida” (Tröndle/Fischer (1999), *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Ed., Múnich, 964).

### A) Tipicidad

Al igual que el delito de violación, se distingue por la edad de la víctima (y a la vez por el bien jurídico protegido), entre abusos sexuales propios e impropios, según recaigan en mayores de catorce años o en menores de esa edad, respectivamente.

La conducta punible, común a ambas formas de abusos sexuales, se encuentra definida en el Art. 366 ter como “cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aunque no haya contacto corporal con ella”, que no sea constitutivo de violación o estupro. Según la Comisión Mixta del Congreso, la inclusión de la expresión “cualquier acto de significación sexual” tuvo el propósito de dejar entregado al desarrollo jurisprudencial lo que se ha de entender por acto de significación sexual. Al respecto, se ha fallado que besar en la boca, tocar y hacerse tocar los genitales por otro son actos de significación sexual, sin que se exija la desnudez de los involucrados para configurar el delito; pero no lo serían tocar las piernas de otro mientras duerme ni tomarle la cintura sin llegar a besarla (*Repertorio*, 330s.).

Se discute, sin embargo, si ha de exigirse o no un elemento subjetivo adicional para comprender la significación sexual del acto, existiendo jurisprudencia contradictoria al respecto. Así, mientras la SCS 20.4.2010 declara que la gravedad del acto debe determinarse conforme a parámetros objetivos y subjetivos, categóricamente la SCA Santiago 23.12.2010 afirma que el ánimo libidinoso no es elemento de este delito, ambas citadas en *Repertorio*, 330s.

A nuestro juicio, la significación sexual está dada por el ánimo libidinoso, aunque el elemento tendencial no se mencione explícitamente en el texto legal. De otro modo, los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y las caricias de los padres respecto de sus hijos, y aun los que se producen casualmente producto de las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas sujetas a indagación sobre su antijuricidad, lo que resulta del todo excesivo. Sin embargo, la doctrina mayoritaria parece estar de acuerdo en que no es necesario este elemento subjetivo (Rodríguez, *Delitos sexuales*, 212; y Cox, Juan Pablo (2003), *Los abusos sexuales*, Santiago, 124). Estos autores sostienen que, p. ej., un tocamiento objetivamente reconducible a un procedimiento médico no sería delictivo por más que quien lo practica obtenga un goce sexual del mismo, con lo que suponen limitarían el ámbito de la punibilidad. A nuestro juicio, el delito de abusos sexuales presenta problemas justamente en la medida que existen actos en que claramente se evidencia su connotación sexual, pero hay otros en que no es posible aprehender esa connotación de su mera objetividad. Estos son los actos ambivalentes, ambiguos o equívocos, como se les prefiera denominar. En tales casos es necesaria la prueba del ánimo libidinoso para teñir de ilicitud la conducta. Por ello la expresión “actos de significación sexual y relevancia” no es posible de interpretar como un elemento normativo que aluda a una objetividad socialmente aceptada que expresará el juez en su sentencia, sino como uno que hace un llamado de atención al juez en relación con la antijuricidad de la conducta, en este caso, relacionada con la presencia del ánimo libidinoso. La posición contraria parece inclinarse por la tendencia a eliminar la subjetividad en la prueba de los delitos, dejando entregada ésta a la valoración judicial sin correlato probatorio, lo que nos parece incompatible con un sistema acusatorio, al quedar el juez liberado de control al establecer los hechos del delito.

#### **a) El problema de las circunstancias en los abusos sexuales propios (Art. 366)**

Al configurarse la conducta de los abusos sexuales propios del Art. 366 remitiéndose específicamente a las circunstancias y edades previstas en los delitos de violación y estupro de los Arts. 361 y 363, se ha limitado su alcance, aunque con la reforma del N° 2 del Art. 361 la mayor parte de las dificultades que antes existían para subsumir en esta figura la extensa casuística de los abusos sexuales en la nueva configuración típica se han disipado.

En efecto, respecto del por nosotros llamado abuso sexual por sorpresa, el actuar súbito del hechor, cuya rapidez si no suspende el actuar de la víctima, al menos le impide oponer resistencia al mismo en el acto de cometerse, como sucede en los lances rápidos y furtivos en la vía y transporte públicos, bien puede reconducirse a la situación que la ley ahora define como “aprovechamiento de la incapacidad de oponerse”. En la antigua redacción del Art. 361 N° 2 no parecía poder comprenderse este caso, según se señalaba en las primeras ediciones de nuestras *Lecciones*, y se recoge en la SCA Valdivia 21.11.2007 (*Repertorio*, 331).

También la nueva redacción del Art. 361 N° 2 permite la punibilidad de quien se aprovecha de un relación de confianza, como la existente entre el paciente o cliente y quien ofrece un tratamiento o procedimiento de carácter médico, curativo o de simple relajación que supone un cierto nivel de contacto corporal, respecto del cual el paciente o cliente, en el momento de su realización, accede y al así hacerlo se pone en una situación fáctica que lo incapacita para oponerse a desvíos súbitos del fin exploratorio, terapéutico, de relajación, etc., del contacto que sí consintió.

Y como antes, los actuales N° 1, 2 y 3 del Art. 363 en relación al Art. 366 permiten recoger los casos de abusos sexuales de menores de edad pero mayores de catorce años que Bascuñán V., describía como aquellos “casos en que la víctima adolece de una relativa debilidad mental, que no logra quedar comprendida en el término “privada de razón””; en que “ascendientes que realizan actos deshonestos con sus hijos menores, amparados en el respeto y temor que inspiran”; y finalmente, “los casos en que el culpable se aprovecha del estado de necesidad en que se encuentra la víctima, o del estado de dependencia [en] que ésta se encuentra frente a aquél” (Bascuñán V., Antonio, *Abusos deshonestos*, Santiago, 118).

## **b) Abusos sexuales agravados (Art. 365 bis)**

El nuevo Art. 365 bis establece una agravación común de efecto especial para todos los casos de abusos sexuales, distinguiendo únicamente en cuánto a la penalidad aplicable en cada caso (similares a las de la violación), según si se trate de abusos sexuales propios o impropios, y entre aquéllos, según si concurren las circunstancias del Art. 361 o las del 363, manteniendo así una diferencia penológica que se eliminó en el Art. 366.

La agravación se produce cuando los abusos sexuales consisten en “la introducción de objetos de cualquier índole por vía anal, bucal o vaginal o en la utilización de animales en ello”. Al discutirse el texto en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se señaló que los objetos a que se hace referencia pueden ser animales y miembros corporales diferentes al pene, “p. ej., una mano” (Boletín N° 2906-07, 39), y así lo ha acep-

tada alguna jurisprudencia (SCA Antofagasta 2.12.2008, *Repertorio*, 328). Sin embargo, a nuestro juicio, por una parte, dicha interpretación degrada la esencia del ser humano como sujeto, distinguible a todo nivel de las cosas del mundo y es contraria a la jurisprudencia que (SCA Antofagasta 30.9.2009, *Repertorio*, 328) estima incompatible con el sentido natural y obvio de las palabras entender las partes del cuerpo humano como objetos (SCA Antofagasta 30.9.2009, *Repertorio*, 328); y por otra, podría agravar excesivamente las penas de hechos que, si bien podrían constituir abusos sexuales, como sucede característicamente con los besos en la boca a menores de edad (considerados abusos sexuales no agravados por la SCA Valparaíso 30.9.2008, *Repertorio*, 331), no revisten la misma gravedad que la introducción de objetos en los genitales o el ano.

## **B) Concursos**

Aparte de las relaciones concursales con los delitos de violación, antes analizadas, el delito de abusos sexuales, por su propia naturaleza ofrece problemas especiales de determinación probatoria y reiteración de actos en unos mismos contextos espacio—temporales que generan perplejidades en la aplicación práctica de la ley, por la magnitud de las penas esperables de aplicarse sencillamente las reglas de acumulación del Art. 74 o de reiteración del Art. 351 CPP, según cuál de ellas fuere más favorable (dentro de su gravedad) al condenado.

En estas condiciones, la jurisprudencia ha admitido la existencia de un delito continuado de abusos sexuales en casos de indeterminación procesal de las fechas y lugares exactos de cada uno (SCA San Miguel 29.12.2009, *Repertorio*, 329). Sin embargo, la acertada solución se explica más bien desde el punto procesal que el sustantivo, pues parece que ella esconde una absolución general respecto de hechos cuyas fechas y lugares de comisión se desconocen y, por tanto, difícilmente pueden superar el estándar probatorio de la duda razonable, propio de un sistema acusatorio como el nuestro (Art. 340 CPP).

En cambio, tratándose de casos donde se han probado diferentes hechos en distintos momentos, pero respecto de una misma víctima la jurisprudencia es contradictoria, acogiendo a veces el delito continuado y rechazándola otras (*Repertorio*, 328s). A nuestro juicio, acreditada la existencia de diferentes hechos cometidos en distintos momentos y hasta en diversos lugares, corresponde únicamente recurrir a la regla del Art. 351 CPP para la determinación de la pena de los delitos comprobados, en calidad de reiterados, si de ello resulta una pena menor que la correspondería por su simple acumulación material, según el Art. 74 (SCS 9.3.2011, *Repertorio*, 328).

## §7. CORRUPCIÓN DE MENORES (ARTS. 365, 366 QUÁTER Y QUINQUES, Y 367)

En los delitos de corrupción de menores, el objeto de protección principal es la indemnidad sexual, y también la honestidad, pero no la libertad sexual, lo que se refleja en el castigo, sin consideración a la voluntad del menor, de hechos donde intervienen menores de dieciocho años, pero mayores de catorce —en principio facultados para disponer de su sexualidad—, como en los delitos de sodomía consentida (Art. 365) y comercialización de material pornográfico (Art. 366 quinquies). Por lo que respecta al nuevo delito de exposición del menor a actos de significación sexual (Art. 366 quáter), también refleja la voluntad del legislador de proteger tanto la indemnidad sexual del menor de catorce años, como la libertad sexual del menor, si es mayor de catorce años. Con todo, es posible entender esta ampliación del ámbito punible de la corrupción de menores como una forma de dar cuenta del fenómeno de la explotación sexual de menores, cuya sanción sí puede vincularse a la consideración del menor grado de libertad de ellos y la afectación de su indemnidad sexual, antes que en el simple castigo de la deshonestidad sexual.

### *A) Exposición del menor a actos de significación sexual (Art. 366 quáter)*

Víctima en este delito es un menor de edad, distinguiendo la ley entre menores de 14 años y menores mayores de esa edad, para efectos de la penalidad. Además, tratándose de menores mayores de 14 años, para que se configure este delito la ley exige, aparte de la concurrencia de las conductas que describe, la de las circunstancias del Art. 361 N° 1, del 363 o de alguna amenaza de los Arts. 296 y 297, circunstancia agregada por la Ley N° 20.526, de 13.8.2011. La inclusión de las amenazas como circunstancia que vicia el consentimiento del menor mayor de catorce años sigue la línea claramente manifestada en el Art. 411 quáter de entender que el consentimiento en materia penal se encuentra viciado también cuando concurren otras circunstancias que limitan la libertad de autodeterminación más allá de la fuerza, la intimidación y las que enumera el Art. 363.

Sin embargo, el legislador persiste en dejar fuera de la protección penal a los menores que no tienen capacidad para oponerse a los actos de corrupción que aquí se castigan ni a los que padecen enajenación mental. Es cierto que una persona privada de sentido difícilmente se corromperá si frente suyo se realiza un acto de significación sexual. Pero si se le expone a oír grabaciones de esa naturaleza cuando está dormido, como en los tratamientos de programación neurolingüística, tampoco podrá evitarse que ellas influyan en su subconsciente. Menos razonable es dejar sin protección penal a la niña púber que por una enfermedad incapacitante no puede oponerse a ser expuesta a actos de significación sexual ni

al joven enfermo o enajenado mental, ya que no toda enfermedad mental supone una liberación absoluta y sin control del apetito sexual.

En cuanto a la conducta, el delito consiste en exponer al menor ante conductas de significación sexual, sin realizar acciones sexuales sobre su cuerpo, en las siguientes hipótesis:

a) Realizando acciones de significación sexual ante el menor. Se trata de una forma grave del antiguo delito de exhibicionismo del Art. 373, esto es, realizar actos sexuales, o tocamientos impúdicos (boca, genitales y ano), solo o con otros partícipes frente al menor, como la filmación de pornografía y la masturbación, aunque se realicen en privado (SSCS 7.8.2008 y 3.4.2013, *Repertorio*, 332). En consecuencia, para la figura del Art. 373 resta únicamente el caso de la simple exhibición en público de las partes pudendas del cuerpo sin que el autor realice acción alguna sobre su cuerpo.

b) Exponiéndolo a ver u oír material o espectáculos pornográficos. La ley no define aquí lo que ha de entenderse por “material o espectáculos pornográficos” (como sí se hace para el caso del delito contemplado en el Art. 366 quinquies), pero diremos que se trata, en palabras de Garrido III, 333, de algo “impúdico”, “ofensivo del pudor”, “una ofensa torpe, grosera y repugnantemente”, lo que se conoce habitualmente como “sexo explícito”, esto es, la exposición de los genitales masculinos o femeninos durante la actividad sexual.

c) Determinándolo a realizar acciones de significación sexual ante otros. Aquí sólo puede estar refiriéndose la ley a la realización en solitario por parte del menor de tocamientos impúdicos o de introducción de objetos (con significación sexual en la boca, genitales o ano). La realización de cualquier acto de significación sexual (acceso carnal o tocamientos libidinosos) con otros por parte del menor pone a quien lo determina como inductor de dicho acto sexual, y la pena ha de corresponder a la del acto sexual inducido. Así, si el acto consiste en el acceso carnal, habrá violación o estupro del menor y de ella responde el inductor. Si se utilizan menores para realizar el acto, entonces opera respecto del inductor la agravante del Art. 72; y

d) Determinándolo a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones de su persona o de otro menor con significación sexual (grooming). Esta modalidad de la conducta fue incorporada al texto legal por la Ley N° 20.526, de 13.8.2011, y pretende castigar el denominado grooming, expresión derivada de las conductas de los primates que preparan a sus compañeros durante el proceso de seducción, limpiándolos y quitándoles los parásitos, y que, según el Diccionario de Oxford, se emplea en el idioma inglés, como *grooming of paedophile* para identificar la conducta de quienes preparan a los niños para un encuentro, especialmente a través de salas de chat de Internet, con la intención de cometer un delito de carácter sexual (la definición es la siguiente: *Grooming: “Of a paedophile) prepare*

(*a child*) for a meeting, especially via an Internet chat room, with the intention of committing a sexual offence”).

Este preparación del encuentro con un menor de edad a través de Internet con el propósito de violar o abusar sexualmente de él, que puede considerarse ya en sí misma un importante adelantamiento del ámbito de lo punible con respecto a la violación o abuso sexual mismos, ha sido objetivada por la ley mediante la descripción de ciertas conductas que podrían ser indiciarias de la preparación de ese encuentro pero que parecen poner el acento más bien en la identificación del carácter perverso de su autor antes que en la prevención de tales encuentros. De hecho, la ley no exige para el castigo de este delito que se haya preparado efectivamente un encuentro con el menor o al menos que se le haya propuesto al menor un encuentro con el responsable, o que éste pueda inferirse del intercambio de comunicaciones entre ambos, sino únicamente que producto de ese intercambio el menor haya sido determinado a enviar, entregar o exhibir imágenes o grabaciones con significado sexual de su persona u otro menor de 14 años. De este modo, el delito como está descrito parece más bien el castigo de la realización a distancia de las conductas descritas en la primera frase del Art. 366 quáter, inc. 2°, antes que el *grooming* propiamente tal.

Por lo anterior, la mencionada Ley N° 20.526 agregó dos incisos a este artículo que, en principio, aumentan su ámbito de aplicación y agravan su penalidad, respectivamente. En el primero se establece que sus penas “se aplicarán también cuando los delitos descritos en él sean cometidos a distancia, mediante cualquier medio electrónico”, en abierta referencia a las posibilidades que ofrece Internet de mantener comunicaciones instantáneas o no entre personas que no se encuentran presentes en el mismo lugar y aún se encuentren en diferentes ciudades y países. Lamentablemente, la pretensión de especificidad del teto, al mencionar “cualquier medio electrónico”, parece dejar fuera la posibilidad de castigar estos delitos cuando se cometen mediante vía postal o telefónica, como bien podría hacerse respecto de quien obliga bajo amenazas a un menor a tomarse y enviar por vía postal imágenes de carácter sexual o a oír material pornográfico por teléfono. En el segundo, se establece como agravante especial para este delito, con la consecuencia de aumentar la pena aplicable en un grado, la de que “el autor falseare su identidad o edad”. De este modo se pretende salvar las dificultades no sólo del anonimato en que se desarrollan las comunicaciones en Internet, sino también las resistencias que en Tribunales ha encontrado la aplicación del delito de usurpación de identidad del Art. 214 y de la correlativa falta del Art. 496 N° 5.

Finalmente, al igual que la antigua figura de corrupción de menores, este Art. 366 quáter contempla un elemento subjetivo del tipo, sin el cual no se consuma la figura. Este elemento consiste en procurar la excitación sexual propia o de otro. La novedad respecto de la anterior situación legal es que la actual comprende la satisfacción del apetito sexual propio, lo que no estaba contemplado en el antiguo



Art. 367. Este elemento elimina el dolo eventual respecto a la conducta punible, pero éste subsiste respecto a la edad del menor. Además, respecto de la figura anteriormente vigente, ya no se exige habitualidad ni abuso de confianza, con lo que se aumenta considerablemente el ámbito de aplicación de esta nueva figura de corrupción.

### ***B) Sodomía (Art. 365)***

La Ley N° 19.617 modificó el antiguo Art. 365, cuyo texto original castigaba sencillamente al que “se hiciere reo del delito de sodomía”, restringiendo el delito de sodomía al acceso carnal a un varón menor de dieciocho años, sin que medien las circunstancias constitutivas de violación o estupro. Lo que se castiga entonces es la relación homosexual entre varones, uno de los cuales es menor de 18 años, no concurriendo las circunstancias de la violación o del estupro (se trata, por tanto, de jóvenes mayores de catorce años). Por las razones antes expuestas respecto de la violación el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado.

De todas maneras, no deja de ser curioso que, si el objetivo era impedir la corrupción de menores, aparezca que las relaciones homosexuales perturben el normal desarrollo de la sexualidad sólo de los hombres y no de la sexualidad de las mujeres. El argumento histórico aquí parece sólo una pobre justificación para mantener un atavismo cultural que, si ha de estimarse válido como protección del menor, no se comprende por qué sólo protege a los menores varones y no a las menores mujeres. Sin embargo, a pesar de las buenas razones para declarar este precepto contrario a la Constitución, por afectar la garantía de la igualdad ante la ley, nuestro Tribunal Constitucional desperdició la oportunidad de hacerlo y, en cambio, lo declaró compatible con la Carta Fundamental, por entender que no se trata de un castigo de la homosexualidad masculina (“no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima”), sino que se fundamentaría legítimamente en la protección del interés superior del menor de edad varón ante “el impacto que produce la penetración anal en [su] desarrollo psicosocial” (STC 4.1.2011, *Repertorio*, 327).

### ***C) Favorecimiento de la prostitución de menores (Art. 367 y 367 ter)***

La legislación chilena ha cambiado su orientación original en la materia, donde parecía protegerse exclusivamente la honestidad sexual, profundizando en la protección de la indemnidad sexual del menor, tanto desde la perspectiva del desarrollo y formación sexual de éste (seguridad de la libertad) como del abuso ajeno y, sobre todo, de la explotación sexual comercial infantil, actividad incom-



patible con las valoraciones sociales dominantes no sólo en Chile sino también en el contexto de la sociedad occidental.

### a) Favorecimiento propio (Art. 367)

Autor del delito de favorecimiento de la prostitución de menores puede ser cualquiera persona. Ellos son los vulgarmente conocidos como intermediarios, rufianes o proxenetas. La víctima ha de ser un menor de edad, esto es una persona menor de 18 años, pero mayor de 14, siendo indiferente su sexo. Favorecer la prostitución de menores de 14 años es una forma de inducir o participar en la comisión de los delitos más graves de violación y abusos sexuales impropios (Arts. 362 y 366 bis). Existe el delito aun cuando la prostitución o la corrupción se verifique con el consentimiento de la víctima y aun cuando se trate de menores ya prostituidos (Así, de antiguo, la SCS 14.1.1918, *Repertorio*, 333). En consecuencia, la prostitución de adultos no es constitutiva de delito en Chile. Ello se reafirma con lo dispuesto en el Art. 41 del Código Sanitario, que sólo prohíbe la agrupación en prostíbulos cerrados o casas de tolerancia. Tampoco lo es su promoción y favorecimiento, a menos que ellas sea resultado de la explotación sexual, caso en el cual podría constituir un delito de trata de personas con dicha finalidad, sancionado en los Arts. 4111 ter y quáter, si se dan las circunstancias allí previstas (entrada y salida del país y voluntad viciada, respectivamente).

La conducta está descrita en el tipo como promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sin necesidad de concurrir, como antes se exigía, la habitualidad o el abuso de autoridad o confianza. Promover o facilitar la prostitución significa incitar o inducir a otro a prostituirse, a terceros que se sirvan de sus servicios y participar o favorecer de cualquier modo y por cualquier medio en el ejercicio de la prostitución, esto es, “la realización de cualquier acto de cooperación que haga posible o más expedito el desarrollo del comercio sexual” (SCS 7.8.2008, *Repertorio*, 334). La prostitución es, según el Diccionario, la “actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero”. La realidad criminológica indica que estas conductas se realizan típicamente mediante la internación de un menor en un lenocinio o prostíbulo, o mediante su “protección”, cuando el menor ejerce la prostitución en la vía pública (proxenetismo).

La conducta descrita anteriormente debe ser realizada para satisfacer los deseos de otro. Lo que este delito castiga es la actividad de promover o facilitar la prostitución de menores, para satisfacer los deseos ajenos, aun en el supuesto de que no se proceda con ánimo de lucro. En consecuencia, si la actividad tiene la finalidad de satisfacer los apetitos propios del mismo sujeto que la realiza (como quien “contrata” habitualmente los servicios sexuales de un grupo de menores), no se comete este delito, sino el del nuevo Art. 367 ter.

La actual regulación introdujo además como agravantes circunstancias que antes definían la existencia del delito, como la habitualidad, el abuso de confianza o de autoridad o engaño. La habitualidad consiste, para estos efectos, en la costumbre adquirida por el agente del delito, mediante la repetición de hechos análogos, como es el de promover o facilitar la prostitución o la corrupción de menores continuamente, habitualidad que se entiende concurrir con dos o más actos de prostitución de un mismo o varios menores. Puede haber por tanto unidad o pluralidad de víctimas (SCS 7.8.2008, *Repertorio*, 334). Conforme a la experiencia común, se puede concluir (presumir judicialmente) que hay habitualidad cuando el sujeto activo es regente de un prostíbulo y acepta en él durante algún tiempo a menores de edad para el ejercicio de la prostitución (SSCS 20.11.1964 y 14.1.1964, *Repertorio*, 334).

Si no hay habitualidad, el hecho se agrava también si concurre abuso de confianza autoridad o engaño, circunstancias fácticas que cabe a los jueces del fondo ir delimitando.

#### **b) Favorecimiento impropio (Art. 367 ter)**

Esta disposición viene a llenar una laguna de punibilidad antes existente y, al igual que respecto de otras figuras donde existe un objeto de comercio ilícito, como en la receptación (Art. 456 bis A), el tráfico de drogas (Ley N° 20.000) y de armas de venta prohibida (Ley N° 17.798), castiga una forma especial de consumo de la sexualidad de un menor (acceder a ella mediante un pago) presuponiendo que en la mayor parte de los casos subyace a la posibilidad de este consumo una relación de explotación sexual (favorecimiento propio, Art. 367) o de abuso de una situación de desamparo (estupro, Art. 363 N° 3), pero sin exigir la prueba de la participación en el favorecimiento propio o del abuso del desamparo. Por lo mismo, resulta inútil y perturbadora la frase final del tipo legal, salvo que se entienda únicamente como un llamado de atención para investigar si realmente atendida la menor edad de la víctima, se trata de un acto de prostitución ejercido voluntariamente o no.

En cuanto a su tipicidad, la conducta sancionada es obtener servicios sexuales de un menor mayor de catorce años, lo que se ha entendido por nuestros tribunales como acceder a la realización de cualquier acto de significación sexual, que intrínsecamente posean ese carácter, como los descritos en los delitos de violación, estupro y abusos sexuales, cuando no concurren las circunstancias que demuestran la ausencia o vicio de la voluntad en el menor. La circunstancia que aquí hace punible el acto de significación sexual es obtenerlo a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, apreciables en dinero. Es decir, ha de establecerse que el motivo por el cual el menor accede a prestar sus servicios es, precisamente, el dinero u otra prestación equivalente, pero no se requiere la

prueba del pago o entrega del dinero o prestación que se trate, bastando según los tribunales con acreditar el acuerdo previo que motiva al menor a realizar actos de significación sexual. La prueba de esta motivación se facilita enormemente cuando tales servicios se prestan en un lenocinio, con la intermediación de terceros responsables del delito de favorecimiento propio, o cuando se obtienen mediante avisos o sistemas de encuentros de acompañantes profesionales o escorts, aunque no es elemento del delito la prueba de la habitualidad propia en tales contextos (*Repertorio*, 335).

No existe este delito, en cambio, cuando las conductas de carácter sexual entre mayores de 14 años y adultos se realizan en un contexto completamente ajeno a la explotación sexual o al abuso del desamparo o dependencia de la víctima, donde la existencia de regalos y ayudas económicas puede verse más bien como manifestaciones de sentimientos derivados de las relaciones de afectividad física entre personas y no como el motivo o causa por la cual la persona menor accede a tales relaciones. Aquí lo importante es que corresponde a la acusación probar que los actos sexuales han sido motivados u obtenidos por la promesa o entrega de una prestación económica, prueba cuya falta o ausencia constituye la principal defensa en cada caso, pues que, por regla general, tanto mantener relaciones sexuales con personas mayores de catorce años como el ayudarse mutuamente incluso con dinero, son hechos lícitos.

#### *D) Producción de material pornográfico con participación de menores (Art. 366 quinquies)*

La Ley N° 19.927 de 14.1.2004, reincorporó al Código el delito de participación en la producción de material pornográfico en que se haya utilizado a menores de edad, entendiéndolo como una modalidad del delito de exposición del menor a actos de significación sexual. Posteriormente, la Ley N° 20.526, de 13.8.2011, amplió este concepto al incorporar a la definición legal una frase final que apunta a sancionar la representación de menores actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o de sus partes genitales, utilizando sus imágenes o voces, aunque un menor no sea efectivamente utilizado para ello ni tenga siquiera noción del empleo de sus imágenes y voz captadas en actividades sin contenido sexual.

Así lo expresó el Diputado Walker en el seno de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, donde se discutió y acordó el texto que en definitiva sería promulgado como ley, y en cuyo Informe de 2.7.2008 se lee que dicho diputado sostuvo “que en la producción de material pornográfico infantil que se efectúa mediante medios virtuales, suelen utilizarse los cuerpos o determinados miembros de una persona con la cara de un menor, de tal manera que este último debe resignarse a que se realice la comercialización de su rostro

en tales condiciones. Agregó que esto comprendía también la producción de este material por medio de monos animados que, conocidos con el nombre de *hentai*, se exporta del Japón, donde está prohibido, a Chile donde no lo está”. De ahí, “entonces, que se quiera sancionar esta forma que emplea la voz o la imagen del menor, alterada o modificada”.

Sin embargo, no parece del todo claro que la nueva regulación haya incorporado la sanción de la producción de dibujos animados o imágenes digitales pornográficas sin que en ello se haya utilizado la voz o una imagen siquiera parcial de un menor de edad.

En efecto, la ley exige como requisito objetivo para el castigo de estos hechos que exista una producción pornográfica en que se hayan utilizado menores de 18 años. Un menor puede utilizarse, cuando se emplea su voz o imágenes, desnudo o en posiciones groseras propias de la pornografía, o realizando actos de significación sexual consigo mismo o con terceros, incluso mediante el procesamiento digital de las imágenes y filmaciones en que se emplee la voz o imágenes parciales o totales de menores de edad, aún obtenidas en actividades inocentes como paseos a la playa, p. ej. (la llamada pornografía virtual). No obstante, lo anterior no alcanza para considerar dentro de la literalidad de la ley la simple representación imaginaria de menores cuyas imágenes o voz no han sido jamás utilizadas para ello.

Según nuestra jurisprudencia, además, el texto de la ley tampoco alcanza a cubrir las grabaciones de actos sexuales propios a través de un teléfono celular, por cuanto la definición de producción del Diccionario, al limitar la expresión producción a “generar, rentar o procrear situaciones” no comprendería ese hecho (SCA 9.3.2008, *Repertorio*, 333).

En orden a la culpabilidad, el actuar doloso debe dirigirse a la participación en la producción. En cuanto al hecho de ser la producción propiamente pornográfica como a la edad de los menores que en ella participan, basta el dolo eventual.

En el caso del que participa en la producción pornográfica de que se trate, concurriendo los requisitos objetivos y subjetivos señalados, se castiga por igual al autor y al cómplice, no exigiéndose que lo haga para satisfacer deseos propios o ajenos, como ocurría en la anterior regulación.

Si en la producción del material pornográfico se emplean menores de catorce años, habrá que atender a si en ella se configuran o no alguno de los delitos mencionados en los apartados anteriores, y en ese caso, estarse a la pena más grave aplicable en el caso concreto (principio de alternatividad), como cuando su participación en la producción consiste en realizar actos de significación sexual con otras personas (punibles si se trata de un menor de catorce años; y en las circunstancias de los Arts. 363 o 361, en los demás casos).

### *E) Adquisición, almacenamiento y comercialización de pornografía infantil (Art. 374)*

Este delito afecta principalmente la moralidad pública, tal como reza el epígrafe del párrafo en que se incorporó al Código, y muy indirectamente la indemnidad sexual de los menores utilizados, directamente afectada sólo por quienes producen dicho material.

En cuanto a la técnica legal empleada, la ley ha configurado aquí un delito de emprendimiento, con una estructura típica similar a la del tráfico ilícito de estupefacientes, donde lo que se castiga es la participación indeterminada en una actividad iniciada o no por el autor, que puede desarrollarse en distintos lugares y momentos, involucrando diferentes cantidades de productos, sin alterarse por ello la calificación de estarse cometiendo un único delito. Como esta actividad es el agotamiento del delito de producción de material pornográfico infantil del Art. 366 quinquies, se puede sostener que quienes participan de este último no responderán por esta figura.

La conducta básica es la adquisición o almacenamiento del material pornográfico infantil, esto es, la posesión de dicho material, con independencia de si se destinará o no al tráfico comercial, lo cual parece a todas luces un exceso, que ha llevado a convertir la miseria humana en delito. Las penas se agravan —pasando de presidio menor en su grado medio al presidio menor en sus grados medio a máximo—, si a esa posesión le sigue o antecede a comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición del material pornográfico infantil, “cualquiera sea su soporte”, expresión proveniente de la moción original de los diputados Guzmán y Walker, y que tiene el propósito de abarcar toda clase de medio, incluyendo especialmente los electrónicos e Internet. Las conductas descritas son todas activas y no puede sancionarse como delito omisivo la recepción no deseada de dicho material (p. ej., vía correo electrónico basura o spam, o por medio de “pop-ups” durante la navegación en Internet), a menos que se almacenen voluntariamente (lo que constituye, por cierto, una conducta activa).

En cuanto a la culpabilidad, el Art. 374 bis, inc. 2°, señala que éste ha de cometerse “maliciosamente”, esto es, con dolo directo, excluyéndose el eventual (lo que reafirma, además, lo dicho sobre la imposibilidad de su castigo a título omisivo). Esto quiere decir que se debe tanto realizar la conducta descrita con dolo directo, como conocer precisamente que se han utilizado menores en la producción del material que se trata. El error acerca de este último requisito (sin duda muy posible, tratándose de menores púberes a quienes se hace intervenir en la producción del material prohibido), y aun la simple duda acerca de la edad de quienes aparecen en dicho material excluyen el dolo, y, por tanto, la culpabilidad de delito, que no considera formas culposas. Aunque en la agravación del inc. 1° no se contemple la voz “maliciosamente”, para ella también se requiere dolo directo, no sólo

por tratarse de una agravación de la figura básica que así lo requiere, sino porque la ley castiga precisamente la comercialización de material pornográfico infantil, hecho que supone un ánimo de lucro que excluye el dolo eventual.

## §8. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE LOS ARTS. 361 A 367 BIS Y AL DELITO DEL ART. 374

### *A) Agravantes específicas (Art. 368 bis)*

El Art. 368 bis establece como circunstancias agravantes específicas de los delitos de carácter sexual el actuar con alevosía y el hecho de ser dos o más los autores del delito.

Respecto de la alevosía, la modificación legal permite superar la limitación del texto del Art. 12 N° 1 que restringe está agravante de actuar a traición o sobre seguro a los delitos contra las personas, esto es, los del Título VIII del Código.

Por otra parte, la agravante de ser dos o más los autores, al no emplear el término malhechores del Art. 456 bis N° 3°, permite su aplicación sin entrar a discutir sobre si deben ser los responsables reos contumaces o basta con el peligro de su participación conjunta para imponerla. Sin embargo, la expresión autores no está exenta de problemas de interpretación, sobre todo si se reconduce a una discusión doctrinal sobre el concepto, por lo que lo más seguro es recurrir al concepto que de los mismos ofrece el Art. 15, lo suficientemente amplio como para no producir el despropósito de considerar que un ataque sexual conjunto no está revestido de esta agravante si dos o más de los agresores no acceden carnalmente a la víctima, aunque hayan contribuido tomando parte en el hecho (p. ej., empleando la fuerza o intimidación para reducir a la víctima), impidiendo o procurado impedir que se evite, o presenciándolo previamente concertados al efecto.

### *B) Reglas que establecen agravantes y penas especiales para quien se prevale de autoridad o poder (Art. 368)*

Cuando el delito ha sido cometido por autoridad pública, ministro de culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado a cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, no se tomará en cuenta para calcular la pena el grado inferior o la mitad inferior de la pena asignada al delito de que se trate, según si está compuesta de dos o más grados o no. La ley agrega que está agravación se aplica también a “quien hubiere cometido los mencionados delitos en contra de un menor de edad con ocasión de las funciones que desarrolle, aun en forma esporádica, en recintos educacionales, y al que los come-

ta con ocasión del servicio de transporte escolar que preste a cualquier título”. Sin embargo, está agravante no se aplicará cuando el prevalimiento de la relación de autoridad esté ínsito en la figura punible, por cometerse el delito mediante fuerza o intimidación o con abuso de autoridad o relación de dependencia. Estos casos son los siguientes: Arts. 361 N° 1, 363 N° 2 y N° 3, 365 bis N° 1 y N° 3, 366 y 366 bis en la medida que se remiten a las figuras antes señaladas, 367 (en la parte que se refiere al abuso de confianza o autoridad), y 367 bis N° 2 y N° 3. En cambio, correctamente, la SCS 30.4.2002 (GJ 262, 146) estimó aplicable esta agravante al delito del Art. 362.

Además, respecto de los ascendientes, guardadores, maestros, y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo cooperen como cómplices en cualquiera de los delitos de carácter sexual estudiados, el inc.1° del Art. 371 dispone que se les apliquen las penas correspondientes a los autores. Y, adicionalmente, el inc. 2° de dicha disposición establece que los maestros o encargados de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud (no necesariamente menores de edad), serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

### *C) Reglas relativas al ejercicio de la acción penal (Art. 369)*

En cuanto a la naturaleza de la acción penal, el Art. 369 establece como regla general el carácter de ser pública previa instancia particular para los delitos de los Arts. 361 a 366 quáter, excepto que se trate de delitos cometidos contra menores de edad, para las que se concede siempre acción pública (Arts. 11 y 53 CPP). Además, según el inc. 2° de dicha disposición, si la persona ofendida no pudiere libremente hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere representante legal, o si, teniéndolo, estuviere imposibilitado o implicado en el delito, podrá procederse de oficio por el Ministerio Público, facultándose a cualquier persona que tome conocimiento del hecho para denunciarlo.

Además, contrariando los conocimientos científicos acerca del fenómeno de la retractación en situaciones de violencia intrafamiliar, que generalmente no es más que una fase dentro del ciclo de la violencia, el actual Art. 369 dispone que “en caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida en común, se pondrá término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte”. Afortunadamente, nada en el texto legal impide seguir afirmando que este requerimiento de término del proceso debe analizarse bajo el criterio de si se mantiene o no subyacente una situación de violencia intrafamiliar que lleve a solicitarlo (donde dicho requerimiento aparecería viciado en su otorgamiento, producto del aparente arrepentimiento y ruegos del maltratador típicos de la última fase del ciclo de violencia que a continuación resurgirá).



También puede considerarse un motivo para rechazar el requerimiento de término del proceso el carácter especialmente grave la ofensa, atendida la humillación que ella importa (como sería el caso del marido borracho que aprovecha un estado de incapacidad para resistir de su mujer para tener relaciones sexuales con ella delante de unos “amigos de juerga”).

#### *D) Alteración de las reglas generales de prescripción, ejercicio de la acción penal, penas accesorias y otras consecuencias penales especiales contra la pedofilia*

El Art. 367 quáter establece que en esta clase de delitos “el plazo de prescripción de la acción penal empezará a correr para el menor de edad que haya sido víctima, al momento que cumpla 18 años”, con el obvio propósito de evitar la impunidad de los delitos de carácter sexual cometidos contra menores, especialmente en el seno de las relaciones familiares y de poder. De este modo, se espera que las víctimas de estos delitos tengan la oportunidad de denunciar a los autores cuando sean adultos y no estén necesariamente sujetos a su poder.

Por su parte, el inc. 1° del Art. 372 reserva para los condenados a cualquier título por algún delito de carácter sexual cometido contra menores de edad, además de las penas correspondientes al delito cometido, las penas accesorias de interdicción del derecho a ejercer la guarda y ser oídos como parientes y sujeción a la vigilancia de la autoridad por diez años.

Tratándose los condenados por estos delitos de parientes de las víctimas menores de edad, según el Art. 370 bis, perderán los derechos personales y patrimoniales sobre él. Ello incluye la privación de la patria potestad y de todos los derechos inherentes a la situación de parentesco, incluso el otorgamiento de la autorización para salir del país, quedando el responsable únicamente sujeto a las obligaciones que vayan en beneficio de la víctima y sus descendientes que de dicha relación se sigan. Además, el Art. 370 dispone que todo condenado por los delitos de los Arts. 361 a 366 bis, amén del pago de la indemnización civil que corresponda, será obligado a dar alimentos a su víctima cuando corresponda, esto es, en caso de que exista una relación de parentesco que así lo establezca. La regla también es aplicable a las relaciones entre cónyuges y no es exigible que la víctima sea menor de edad.

Además, el inc. 2° del Art. 372, establece para todos los condenados por estos delitos cometidos contra menores de 14 años la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad. Se agrega que tal pena se impondrá también en los casos de sustracción de menores y robo en que se hubiese cometido violación de un menor de edad. Para el caso de que alguno de esos delitos se cometa contra un menor de edad mayor de 14 años,



el inc. 3° del Art. 372 establece la obligación de imponer la misma pena anterior, pero en carácter de temporal, sin especificarse el grado, por lo que ha de entenderse que el tribunal la puede recorrer en toda su extensión, esto es, de 3 años y un día a diez, según el Art. 39 bis. Esta pena se agrava, indirectamente, al establecerse la posibilidad del acceso público al registro de estas inhabilidades, modificando para ello el D.L. N° 645, de 1925, sobre Registro General de Condenas.

### *E) Limitación de la aplicación de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216 y del derecho a la libertad condicional en casos de pedofilia*

La Ley N° 20.603, de 27.6.2012, que modificó completamente el régimen de beneficios de la antigua Ley N° 18.216 de 1983 por uno de sustitución de penas, estableció ciertas limitaciones generales que, aunque no dirigidas específicamente contra los actos que se consideran de pedofilia, incluyen casos de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Así, el inc. 2° del Art. 1° de dicha Ley dispone que no se sustituirán las penas de los condenados por los delitos de violación impropia del Art. 362, violación con homicidio del Art. 372 y sustracción de menores del Art. 142, así como tampoco a los condenados por otros delitos graves que allí se mencionan (secuestros agravados, parricidio y homicidios). Por otra parte, el inc. 2° del Art. 4° Ley N° 18.216 dispone que, si la condena se impusiere por alguno de los delitos contemplados en los Arts. 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367 y 367 ter, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva, debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.

En cuanto al derecho a solicitar la libertad condicional, el Art. 1° Ley N° 20.685, de 20.8.2013, lo limitó respecto de quienes cumplan penas por delitos de carácter sexual cometidos contra menores de edad, al incorporarlos al grupo de delitos que exigen que para ello se haya cumplido los dos tercios de la condena y no la mitad, como es la regla general, quedando su otorgamiento como una facultad de la Comisión respectiva.

La misma ley extendió por un plazo de diez años desde el cumplimiento de la condena el plazo para que el penado pueda solicitar la cancelación de sus antecedentes, según lo dispuesto en el D.L. 409 de Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad.

### *F) Reglas especiales relativas a la imposición de medidas cautelares y otras relativas a la investigación de estos delitos*

Finalmente, para hacer más eficaz la persecución de los delitos de carácter sexual que recaen sobre menores de edad, las sucesivas reformas al Código no

sólo han incorporado nuevas penas y agravaciones, sino además variadas disposiciones de carácter puramente procesal, a saber: a) la que permite la clausura de los lugares donde se corrompe a menores, favorece su prostitución o se produce material pornográfico infantil, que puede imponerse como sanción y como medida provisional durante el proceso (Art. 368 ter); b) la que autoriza expresamente a imposición de medidas cautelares personales durante el procedimiento, tales como sujetar al imputado a la vigilancia de la autoridad, prohibirle visitar el domicilio del ofendido, su lugar de trabajo o estudio, acercarse a él o a su familia, e inclusive, obligarlo a abandonar el hogar común (Art. 372 ter); y c) la que autoriza en la investigación de los delitos de corrupción de menores, promoción y facilitación de su prostitución, y producción, tráfico y posesión de pornografía infantil interceptar comunicaciones, realizar vigilancias electrónicas, entregas vigiladas y disponer de agentes encubiertos (Art. 369 ter).

## Capítulo 6

# PROTECCIÓN PENAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY FRENTE A LA REDUCCIÓN A LA ESCLAVITUD: DELITOS DE TRÁFICO Y TRATA DE PERSONAS

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 19 N° 2 CPR establece la garantía de igualdad ante la ley, prohibiendo la esclavitud: “en Chile no hay esclavos y el que pise su territorio será libre”, señalan nuestros textos constitucionales desde los albores de la independencia. Sin embargo, existiendo los delitos de los delitos de secuestro y sustracción de menores de los Arts. 141 y 142, no había parecido necesario hasta ahora contar en Chile con un delito que castigase penalmente la reducción a la esclavitud como tal. Ésta, que se configuraría mediante el ejercicio sobre las personas de los atributos del dominio, disponiendo de ellas como objetos mediante su arriendo, compra y venta, como los casos de ventas de esclavos propiamente tales o de personas para que contraigan matrimonios forzados, sean adoptadas o reconocidas ilegalmente por otros como hijos propios o sean explotados de cualquier forma, etc., carece de tipificación autónoma. Sólo el Art. 42 Ley N° 19.620, *Ley de Adopción*, sanciona el recibir cualquier clase de contraprestación “por facilitar la entrega de un menor en adopción”, refiriéndose a los procedimientos legales establecidos para ello y no a situaciones al margen de la ley, como las adopciones ilegales o las inscripciones de nacimiento irregulares.

No obstante, la globalización y las brechas de riqueza entre los distintos países han impactado fuertemente en los flujos migratorios, determinando un claro aumento de la migración desde países más vulnerables hacia otros más seguros y estables económicamente, entre ellos Chile. Esta realidad ha sido aprovechada por organizaciones criminales, debido a las altas ganancias que reporta esta nueva forma de esclavitud, basada en la cosificación y comercialización de los cuerpos de las víctimas, tanto para su traslado ilícito entre distintos países (tráfico de migrantes), como para su destinación y mantención en situación de explotación (trata de personas), y ello explica que ambos fenómenos se traten de manera más o menos conjunta tanto en el orden internacional como el local. El carácter transnacional de estas operaciones ilícitas llevó a la suscripción de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, y de sus dos Protocolos Adicionales, uno Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por

Tierra, Mar y Aire; y el otro destinado a Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que fueron promulgados en Chile por D.S. N° 342 de 2004, de 16.2.2005. Un lustro después, la Ley N° 20.507, de 8.4.2011, incorporó al Título VIII CP el nuevo párrafo 5 bis titulado “De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas”, donde se contempla no sólo su tipificación, sino también especiales normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, con el objetivo de adecuar definitivamente la normativa nacional a los tratados internacionales vigentes en la materia, suscritos y ratificados por Chile, que tienen como telón de fondo la existencia de esas organizaciones criminales que hacen de este tráfico y trata de personas un negocio lucrativo, razón por la cual, además, esta misma ley incorporó estos delitos entre que sirven base del lavado de activos del Art. 27 Ley N° 19.913.

Además, pesar de que, como se explicará, existen algunas diferencias entre el tráfico de migrantes y la trata de personas, el Código establece reglas comunes aplicables indistintamente a ambos delitos, a saber: el castigo especial de la asociación ilícita para su comisión (Art. 411 quinquies), el establecimiento de una atenuante especial de colaboración eficaz (Art. 411 sexies), una regla de reincidencia que reconoce su carácter transnacional (Art. 411 septies), y la autorización del empleo de agentes encubiertos e informantes y la interceptación de comunicaciones y la filmación escondida de imágenes (Art. 411 octies).

La diferencia fenomenológica esencial entre la trata de personas delito y el tráfico de migrantes consiste básicamente en el momento y finalidad en y con que se cometen, dentro de la cadena comercial de su explotación: el primero, en el de su ingreso ilegal al país para lucrar con su traslado; el segundo, en cualquier etapa de su traslado (incluso legal) y en su recepción, para destinarlos a la explotación sexual, laboral, reducción a la esclavitud o tráfico de órganos. También se destaca como diferencia, desde el punto de vista de la formulación legal, que mientras el tráfico de migrantes no hace alusión al consentimiento de las víctimas, en el de trata de personas mayores de edad el vicio en el consentimiento se encontraría presente como elemento típico (Villacampa, Carolina (2010), “El nuevo delito de trata de personas: análisis del nuevo artículo 177 bis desde la óptica del cumplimiento de compromisos internacionales de incriminación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, N°14, 823). Lo anterior implica que no todo tráfico ilícito de migrantes derive en la finalidad de explotación propia de la trata de personas, ni que todas las víctimas de trata de personas sean también objeto de tráfico de migrantes, pues no se exige para su configuración acreditar un ingreso ilegal al país y ni siquiera un cruce de fronteras, aunque no es extraño que la trata de personas se realice con migrantes ingresados ilegalmente al país y bajo la dirección de una sola organización criminal.

Finalmente, debemos destacar que estamos en presencia de delitos pluriofensivos que no sólo se remiten a la protección de las personas frente a la reducción

a la esclavitud, sino también hacen referencia a su libertad y seguridad personal (Aboso, Gustavo (2013), *Trata de Personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*, Buenos Aires, 2013, 56), y ponen en peligro la vida, la integridad física, psíquica y sexual de las víctimas, atendidas las formas y finalidades de su comisión: el ingreso clandestino al país (muchas veces por pasos no habilitados y corriendo graves peligros), la finalidad de que las víctimas sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos.

## §2. TRÁFICO DE MIGRANTES (ART. 411 BIS)

### A) *Bien jurídico*

Como ya anticipamos, el propósito del establecimiento de este delito es impedir la cosificación de los migrantes en su traslado hacia y desde Chile, como paso previo a su reducción a la esclavitud en su forma moderna de explotación sexual o laboral. Por ello se presenta, externamente, como una suerte de protección de la regulación de entrada al país, complementaria de lo dispuesto en el D.L. N° 1.094 de 1975, que establece los delitos de entrada fraudulenta y clandestina al país, donde el sujeto activo es el extranjero que ingresa al país con documentos falsos, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, o sencillamente de manera clandestina o por pasos no habilitados. Así se expresó al discutirse en el seno Comisión de Familia de la Cámara de Diputados, diciendo que “el tráfico es un delito contra el Estado, una violación a las leyes migratorias” (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.507*, 46). Luego, la diferencia esencial de esta nueva figura con los delitos contemplados en el D.L. N° 1.094 sería el hecho de que ahora se castiga penalmente a los terceros que con ánimo de lucro faciliten o promuevan la entrada ilegal al país de extranjeros como autores de un delito *sui generis*, terceros que de otro modo deberían considerarse a lo sumo como coautores, autores o cómplices del delito cometido por el migrante ilegal, según las reglas de los Arts. 15 y 16 o, eventualmente, responsables de las especialísimas faltas administrativas de los Arts. 73 y 77 del D.L. N° 1.094 (transporte y alojamientos de extranjeros indocumentados, respectivamente).

La creación de este delito *sui generis* importa, además, una modificación indirecta del alcance de los mencionados Arts. 68 y 69 del D.L. N° 1.094 de 1975, pues los migrantes traficados pasan a ser víctimas del delito y, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 5° del Protocolo Contra el Tráfico de Migrantes etc., en caso de ingresar ilegalmente al país, “no estarán sujetos a enjuiciamiento penal”, sin perjuicio de su repatriación de conformidad con el Art. 18 de dicho Protocolo.

Ello explica, además, por qué los incs. 2° y 3° del Art. 411 bis ponen énfasis en los casos graves donde este delito deriva directamente en su deshumanización, exponiéndolo a peligros para su vida e integridad física y psíquica, peligros que se presuponen por el solo hecho del tráfico, tratándose de menores de edad.

## **B) Tipicidad**

### **a) Autores y víctimas**

Autor del delito de tráfico de migrantes puede ser cualquier persona y de cualquier nacionalidad, sea del país de origen, destino, tránsito o de algún otro. Si es un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él, su pena se agravará con una inhabilitación absoluta. Además, sólo los funcionarios públicos pueden cometer el delito especial propio de tráfico de migrantes sin ánimo de lucro.

La víctima ha de ser un extranjero sin residencia en Chile. La ley no hace distinción alguna en la clase de residencia de que se trata. Sin embargo, según el Art. 3 letra a) del Protocolo Adicional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes etc., el Estado de Chile se ha comprometido al castigo de la facilitación de la entrada ilegal de extranjeros que no sean “residentes permanentes”. Por otra parte, el D.L. N° 1.094 de 1975 no contempla una categoría única de “residentes”, sino un amplio abanico de permisos tales como el de “residente oficial”, “residente sujeto a contrato”, “residente estudiante”, “residente temporario”, “residente con asilo político” o “refugiado”, “turista” y “tripulante”, ninguno de los cuales tiene el carácter de permanente a que se refiere el Protocolo. Sólo el “permiso de permanencia definitiva” otorga esa calidad, según las disposiciones de los Arts. 41 a 43 del D.L. N° 1.094 de 1975 y, por tanto, sólo quien lo ha obtenido puede radicarse indefinidamente en Chile, ejercer cualquier actividad económica y entrar y salir del país, tal como haría un nacional, sin otra limitación que la de no permanecer en el extranjero más de un año seguido. En consecuencia, extranjero sin residencia en Chile debe entenderse como aquél que carece de residencia definitiva.

### **b) Conducta**

La conducta consiste en facilitar o promover la entrada ilegal de extranjeros no residentes al país. Según el Diccionario promover es “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”, y también “tomar la iniciativa para la iniciación o el logro de algo”; y facilitar, “hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin”. Especificando estas ideas respecto del antiguo delito de favorecimiento de la prostitución o corrupción de menores, Etcheberry IV, 78, ha señalado que promover significaría “tomar la iniciativa en determinar a otro”,

quedando en ello comprendida la instigación, o “tomar la iniciativa en una acción”; en tanto que facilitar importaría “una conducta menos activa que la anterior” que “supone ya solamente una modalidad de cooperación en una iniciativa ajena”. Un fallo de instancia ha entendido que “promoción debe interpretarse como la realización de cualquier acción que tienda a impulsar, inducir, impeler o inclinar a una persona para ingresar ilegalmente al país, la facilitación es dar auxilio, colaboración, ayuda o contribución para que alguien ingrese a territorio chileno en contravención a la ley” (4° TOP Santiago, 13.12.2012, RIT 287-2012).

Etcheberry IV, 78, también plantea que la expresión facilitar la prostitución de menores no parece admitir el castigo de “la mera pasividad o descuido en los deberes de padres o guardadores”, lo que excluiría la comisión omisiva de estos delitos. A nuestro juicio esta interpretación debería en principio extenderse a esta clase de delitos, por cuanto los deberes de garante legales y contractuales no parecen incluir en parte alguna la evitación de salidas ilegales del país. Sin embargo, ello es válido sólo en tanto esa salida no ponga en peligro la integridad física, la salud o la vida del que se debe proteger. Tampoco parece aplicable dicha limitación cuando el ingreso ilegal a Chile de un menor de edad supone la violación de deberes específicos judicialmente establecidos en relación con su custodia y los derechos de padres y madres separados a relacionarse regularmente con sus hijos. No es, sin embargo, una conducta omisiva, sino una forma de facilitación la del padre, la madre, el guardador o quien haga sus veces que recibe una cantidad de dinero u otro beneficio económico para o por entregar a su hijo extranjero a una organización que lo ingresará ilegalmente a Chile, o por permitirle que lo haga a través de dicha organización. Con todo, debe tenerse en cuenta que la mayor parte de estas conductas omisivas se cometerían en el extranjero, por lo que su persecución y castigo quedarán entregadas a las reglas del Derecho Internacional Penal.

### c) Resultados

Lo que se promueve o facilita en esta clase de delitos es la entrada ilegal a Chile de un extranjero sin permanencia definitiva. Este es el resultado de la conducta punible en el Art. 411 bis.

Cuando la entrada ilegal se realiza de tal modo que a ese resultado se añade el de poner en peligro (concreto), la integridad física, la salud o la vida del migrante, el delito adquiere las características de uno de peligro contra las personas propiamente tal, lo que se refleja además en el aumento de la penalidad prevista en el Art. 411 bis, incs. 2° y 3°. Se trata de un aspecto probatorio frente al cual siempre es posible esgrimir la defensa de falta o insuficiencia de la prueba de cargo.

Según el Art. 3 letra b) del Protocolo de Palermo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, etc., por “entrada ilegal” “se entenderá el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”.

Como ya hemos señalado, el D.L. N° 1.094 de 1975 regula entre nosotros los requisitos de ingreso al país de extranjeros. Esta regulación se encuentra complementada por la Ley N° 20.430 de 15.4. 2010, el D.F.L. N° 69, de 27.4.1953, y el Reglamento de Extranjería, D.S. N° 594 de 1984, cuyo Art. 6° resume los requisitos para un ingreso legal, estableciendo que “la entrada al país de los extranjeros deberá efectuarse por lugar habilitado, con documentos idóneos y sin que existan causales de prohibición o impedimento para ingresar”. Por tanto, es entrada ilegal la que se realiza por lugares no habilitados, sin los documentos idóneos o existiendo una prohibición o impedimento para ingresar.

El extranjero que no ingresa por un lugar habilitado o lo hace por uno de manera oculta comete el delito de ingreso clandestino del Art. 69 del D.L. N° 1.094, salvo que se trate de un refugiado, cuyo ingreso clandestino no es ilegal si se presenta a la autoridad dentro de los diez días siguientes al mismo (Art. 6° de la Ley N° 20.430). Por su parte, el que ingresa al país sin documentos idóneos (pasaporte o documento de identidad y el visado correspondiente o la tarjeta de turista o tripulante, según corresponda) comete el delito de ingreso fraudulento, si en vez de los idóneos presenta otros falsos, adulterados o expedidos a nombre de otra persona. Estas conductas, entendiéndose que en caso de tráfico no son punibles para los migrantes, víctimas del delito, pueden servir de referencia para comprender en qué casos existiría un ingreso ilegal. Se ha entendido también por los tribunales que no es idóneo el documento que corresponde a la persona que lo presenta y ha sido emitido por la autoridad correspondiente, pero se ha obtenido mediante declaraciones falsas (4° TOP Santiago, 13.12.2012, RIT 287-2012 (Cons. 9°) y TOP Santa Cruz 12.3.2013, RIT 67-2012, (Cons. 8°). Sin embargo, a pesar de estos pronunciamientos, debe decirse que considerar como ilegal una entrada al país solo por el contenido de una declaración acerca de la calidad con que se ingresa reviste una cierta complejidad, pues el D.L. N° 1.094 de 1975 permite a los migrantes cambiar la calidad de entrada de turista por la de residente alegando hechos incompatibles con la declaración inicial de no pretender residir o trabajar en Chile, tales como la existencia de un cónyuge o pariente directo chilenos, la posesión de un título profesional o técnico, o la autorización del Ministerio del Interior (Art. 49); y, al mismo tiempo, permite a la autoridad aprobar tales solicitudes y las de prórrogas (Art. 64 N° 2). La jurisprudencia española que estima ilegal el ingreso al país en calidad de turista cuando se tiene el propósito de trabajar (STS 2205/2002 de 30.01, y 1045/2003, de 18.07) no es, por tanto, directamente aplicable a nuestra realidad normativa.

La identificación de estos resultados permite excluir de la punibilidad de conductas de mera propaganda o apología destinada a personas indeterminadas,



pues el peligro que la ley desea evitar es el del ingreso ilegal de personas al país y no el de propagación de ideas que lo justifiquen o exalten. Por ello, a pesar de la amplitud aparente de los términos empleados por la ley, la promoción o facilitación deben tener la suficiente entidad como para vincularse causalmente con la entrada ilegal al país de al menos un extranjero determinado, de modo que ha de ser posible la imputación objetiva de este resultado a dichas conductas. Por tanto, tampoco pueden entenderse como actos de promoción las solas palabras, consejos o proposiciones que no llegan a determinar directamente en otro la decisión de migrar ilegalmente de la manera en que lo hace. Tampoco pueden considerarse actos de facilitación aquellos que consistan en la colaboración y ayuda a migrantes ilegales ejecutados con posterioridad a su ingreso al país, pues en tal caso el peligro que se pretende evitar ya se ha realizado y la conducta del tercero sólo podría verse como un acto de encubrimiento de los eventuales delitos de ingreso clandestino o fraudulento de los Arts. 68 y 69 del D.L. N° 1.084 de 1975. Sin embargo, la facilitación posterior previamente concertada se puede considerar una forma de ejecución de un plan común y, en tal caso, una forma de colaboración punible a título de este delito de tráfico ilícito de migrantes.

#### **d) Elemento subjetivo: ánimo de lucro**

La ley exige como elemento subjetivo del tipo la acreditación del ánimo de lucro, esto es, el de obtener un provecho o ganancia por la conducta desplegada. Esta exigencia convierte al delito en uno de tendencia, pues sin ese ánimo especial, promover o facilitar la entrada ilegal al país de un extranjero sin permanencia definitiva no puede sancionarse, aun cuando todos los extremos de la conducta sean conocidos y queridos por el responsable. Tal sería el caso de quienes facilitan a sus propios familiares la entrada ilegal al país, con el propósito de obtener la reunificación familiar, o del que lo hace con fines humanitarios o altruistas. Dado que la ley no requiere el lucro efectivo, sino el ánimo, la prueba de este elemento no exige la acreditación efectiva de pagos u otras prestaciones, sino únicamente de las exigencias que de ellas se realicen.

En cambio, no se exige la prueba de este ánimo especial en el caso de que la promoción o facilitación del ingreso ilegal sea realizada por un funcionario público.

#### **C) Culpabilidad**

Por su propio contenido la conducta de promover el ingreso ilegal al país de extranjeros no admite una comisión con dolo eventual, como en principio la admitiría el hecho de facilitarla. Sin embargo, la exigencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro es incompatible la idea de una mera aceptación indiferente de las

consecuencias del actuar, por lo que también en estos casos el dolo directo ha de ser exigible.

Por similares e inversos motivos, si el delito es cometido por un funcionario público, la promoción del ingreso ilegal seguirá requiriendo dolo directo, pero no la facilitación del mismo, que podrá imputarse también a título de dolo eventual, de acreditarse la indiferente aceptación por parte del funcionario del ingreso ilegal de migrantes al país que facilita.

#### **D) Participación, *iter criminis* y concursos**

Al castigar la promoción y facilitación del ingreso ilegal al país como conductas básicas, la ley no hace en este caso diferencias entre autores y cómplices, dándoles a todos similares tratamientos. Sin embargo, al contrario de lo que la ley prevé en el similar caso del castigo a un solo título de la cooperación de un facultativo en el delito de aborto, las nuevas disposiciones del §5 del Título VIII CP no prevén un castigo especial para el migrante ilegal, quien eventualmente sólo podrá ser sancionado por los ya señalados Arts. 68 y 69 del D.L. N° 1.094 de 1975, en caso de incurrir en las figuras de ingreso clandestino o ilegal. No obstante, tales especiales figuras no debieran aplicarse al migrante que es afectado o víctima de este delito y no sólo cuando éste deriva en uno de peligro para su integridad física, salud o vida o son menores de edad, según dispone el Art. 5° del Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, etc., sin perjuicio de su repatriación de conformidad con el Art. 18 de dicho Protocolo.

En cuanto al *iter criminis*, el delito se consuma cuando se produce el ingreso ilegal al país. Si éste es impedido por los guardias fronterizos o la policía de los lugares habilitados para el ingreso, puede estimarse el delito igualmente como consumado, al haberse traspasado ya las fronteras del país. Sólo se encontrará frustrado en caso de una detención antes de traspasar la frontera en el último puesto o control del país fronterizo o desde el cual se aborda un buque o avión con destino a Chile, si el promotor o facilitador ya ha puesto todo lo necesario para que el delito se consuma. También habrá frustración si, en el mismo caso, el migrante se arrepiente y abandona el intento de ingreso al país ya comenzado. Y habrá tentativa cuando habiéndose dado comienzo a la ejecución de los actos de promoción o facilitación, faltan todavía uno o más para que el migrante esté en condiciones de traspasar ilegalmente las fronteras patrias.

Finalmente, en cuanto a los concursos, tres son las cuestiones más relevantes que se presentan: la primera es la relativa a la cantidad de delitos que se cometen cuando la empresa criminal logra el ingreso ilegal de más de un extranjero; la segunda, las relaciones de este delito con los de trata de personas de los Arts. 411 ter y quáter; y la tercera, su relación con el delito de asociación ilícita del Art.

411 quinquies. En cuanto a lo primero, podemos decir que tratándose de personas no es posible una consideración que los agrupe en cantidades (como se hace en los delitos contra la propiedad y en los de tráfico de drogas) y la ley parece ser indicativa de ello al emplear el singular en la expresión “entrada ilegal al país de una persona”. En consecuencia, aunque las diversas conductas de promoción y facilitación de la entrada ilegal que despliegue el acusado se consideren un solo delito, habrá tantos delitos como migrantes respecto de cuyo ingreso ilegal esas conductas recaigan, y esta reiteración se penará según las reglas especiales del Art. 351 CPP, a menos de ser más favorables para el condenado las reglas del concurso real del Art. 74.

En relación con las posibilidades concursales de estos delitos con los de trata de personas, es posible afirmar que, por regla general, se presentará una situación de alternatividad entre ellos si recaen en la misma víctima, por cuanto el ingreso ilegal de una persona puede verse como una sola circunstancia jurídica penalmente relevante que se toma en cuenta tanto para configurar su traslado como la entrada al país, según requieren las figuras de los Arts. 411 ter y quáter y el hecho concreto aparecería así completamente regulado por las figuras concurrentes. La inexistencia de una figura base de traslado de personas con fines o por medios prohibidos y la compatibilidad fáctica de las modalidades y fines de todos estos delitos puede llevar a ciertas perplejidades al quedar, desde el punto de vista de la abstracta tipificación legal, circunstancias aparentemente sin valoración. Sin embargo, ello es solo aparente: el ingreso ilegal es una forma de traslado o ingreso y el peligro para las personas en el caso agravado está ínsito en los fines de explotación. Las penas previstas en principio para estos delitos parecen reflejar también esta constatación al ser las del Art. 411 quáter las más graves del párrafo donde todos se encuentran. No obstante lo anterior, si una persona es responsable del ingreso ilegal al país de una víctima determinada y del traslado para fines de explotación de otra, entonces se producirá un concurso real entre ambos hechos (que podría también considerarse una reiteración del Art. 351 CPP), aunque de cierto modo coincidan en el tiempo y el espacio, como sería el caso de quien cruza la frontera con dos menores con finalidad de explotación, uno de los cuales pasa por el registro de policía pues cuenta con un permiso obtenido de sus padres mediante un pago y el otro se traslada oculto en el maletero.

En definitiva, aunque la trata de migrantes sea en principio un delito que comparte las características de los que nosotros denominamos de emprendimiento, ya que se castiga a un solo título tanto de diversas formas de participación en una empresa u organización criminal iniciada o no por el responsable, no comparte todas las características de éstos ni sus consecuencias, por cuanto la ley no tipifica como punibles con las mismas penas que la consumación las modalidades de conductas que representen potenciales supuestos de tentativa de las que sí sanciona; y, por otra parte, al considerar individualmente a cada migrante ilegal

víctima o afectado por el delito impide la apreciación unitaria de las conductas de promoción o facilitación del ingreso ilegal al país cuando ellas recaen en más de un inmigrante ilegal.

Por otra parte, dado el carácter trasnacional de estos delitos, que suponen generalmente una sucesión de actos realizados tanto en Chile como el extranjero, se presentan problemas para determinar la jurisdicción de los tribunales nacionales. Al respecto, la regla general sería que, si antes del ingreso ilegal se realiza cualquier acto de promoción o facilitación en Chile, incluyendo aquellos que supongan el empleo de medios telemáticos de información (internet y otros), no parece haber problemas de jurisdicción nacional, tanto por el principio de ubicuidad como por el de actividad. En cambio, si ningún acto de promoción o facilitación se ha realizado en Chile, entonces la jurisdicción nacional sólo puede respaldarse en lo dispuesto en el N° 8 del Art. 6° COT.

### §3. TRATA DE PERSONAS PROPIA (ART. 411 QUÁTER, INC. 1°)

#### A) *Tipicidad*

Autor del delito puede ser cualquier persona. No se aplica en este delito la especial agravación que para el tráfico de migrantes contempla el inc. final del Art. 411 respecto de los funcionarios públicos. La víctima ha de ser una persona mayor de edad, no exigiéndose que se encuentre en alguna posición de vulnerabilidad o dependencia previa, lo que puede ser el sustrato de una de las formas de comisión del delito, pero no es un requisito general. Así, una mujer de fortuna y buena apariencia puede ser engañada para trasladarla a un lenocinio “exclusivo” para mantenerla allí incomunicada y oculta.

Las conductas punibles (que no suponen el cruce de fronteras y pueden realizarse dentro, desde y hacia el territorio nacional) son captar, trasladar, acoger o recibir personas sin su consentimiento (o con su consentimiento viciado) para que sean objeto de explotación sexual, laboral, su reducción a la esclavitud o para la extracción de órganos. Según el Diccionario, captar una persona es atraerla, ganar su voluntad o afecto; trasladarla es llevarla de un lugar a otro; acogerla o recibirla es admitirla en su compañía, casa o comunidad. A ello debemos agregar que, si bien acogida o recepción parecen términos homologables entre sí, la distinción entre ambos conceptos podría encontrarse en su prolongación temporal, mientras la recepción se identificaría con recibir a la víctima en un tiempo y lugar determinados, la acogida implicaría aún más, es decir, mantenerla en lugares y por tiempos cambiantes e indeterminados, respectivamente (Aboso, 2013, 78). Además, el inc. final del Art. 411 quáter señala que han de considerarse autores a quienes promuevan, faciliten o financien la ejecución de tales conductas. Promover sig-

nifica en este contexto iniciar o tomar la iniciativa para que otro capte, traslade, acoja o reciba personas para su explotación sexual, reducción a la esclavitud o la extracción de sus órganos; facilitar, cualquier conducta objetiva de cooperación con la captación, traslado, acogida o recibimiento de personas para tales fines; y financiar, aportar dineros para la realización de dichas conductas o sufragar los gastos que ellas irroguen.

Como estas conductas aisladamente consideradas son lícitas, la ley exige para su punición dos requisitos adicionales: que se cometan sin consentimiento de la víctima respecto de las condiciones de su captura, traslado, recepción o acogida o habiéndolo obtenido de forma viciada; y que concurra en el responsable el elemento subjetivo del tipo que las tiñe de ilicitud, a saber, la finalidad específica con que el responsable del hecho las comete: para que sus víctimas sean objeto de explotación sexual, laboral, reducción a la esclavitud o extracción de órganos.

De este modo, la ley describe una serie de conductas alternativas que constituyen partes de un mismo ciclo de captación y distribución ilícita de personas, equiparando conductas que pueden considerarse formas imperfectas de ejecución de otras (captar personas para trasladarlas, para que sean acogidas o recibidas, con los fines de explotación que se señalan) o de participación en las mismas (promover, facilitar o financiar a quienes capten personas para trasladarlas etc.). Todas estas conductas pueden a su vez ser realizadas por una o varias personas en distintos momentos y lugares, tanto en Chile como en el extranjero. De allí que estemos ante una figura que puede calificarse como delito de emprendimiento, en la forma que en este texto se entiende, esto es, como la participación del responsable una y otra vez en una actividad criminal iniciada o no por él.

### **a) La falta de consentimiento o el consentimiento viciado de la víctima**

Para que este delito se cometa es necesario acreditar la falta de consentimiento de la víctima o la obtención de éste en forma viciada respecto de las condiciones de su captura, traslado, recepción o acogida por otros. Esta ausencia de consentimiento o el vicio en el mismo puede concretarse en que la víctima conociéndolas los rechace, pero sea obligada a aceptarlas; crea que se le está ayudando a realizar un viaje de turismo o placer, desconociendo completamente los fines del responsable; o entienda que tales fines son lícitos, como si se le hiciera creer que sólo se le ofrece una ayuda para que pueda ejercer la prostitución por cuenta propia y no ajena, o que desarrollará un trabajo en condiciones normales y no de explotación laboral, o que participará en una investigación médica controlada y no le serán extraídos sus órganos.

Sin embargo, al igual que en los delitos de violación y estupro, la ley ha dejado este requisito implícito en la enumeración de los medios y circunstancias cuya

conurrencia acreditada permite presumir la falta de consentimiento de la víctima o la obtención viciada de éste en las condiciones de su captura, traslado, recepción o acogida por otros. Estos medios y circunstancias son, según la detallada descripción legal: el empleo de la violencia, la intimidación, la coacción, el engaño, el abuso de poder, el aprovechamiento de una situación de dependencia o vulnerabilidad de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, los cuales analizaremos a continuación.

Por violencia ha de entenderse aquí únicamente la fuerza física directa ejercida sobre la víctima para doblegar su voluntad o sin atención a la misma. La violencia moral queda comprendida en la intimidación, las coacciones, el abuso de poder, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima y el pago para obtener el consentimiento de una persona con autoridad sobre otra. La primera consiste en una amenaza seria, verosímil e inmediata de causar a la víctima o a un tercero presente y relacionado con ella un mal grave a su persona. Por coacciones habremos de entender toda clase de amenazas que no sean de la gravedad e inmediatez de una intimidación, y que pueden incluir los hechos constitutivos tanto de la falta de coacciones del Art. 494 N° 20 como de los delitos de amenazas de los Arts. 296 y 297, incluyendo por tanto amenazas futuras o que recaen sobre personas no presentes junto a la víctima.

Los supuestos discutidos de intimidación como el del llamado temor reverencial, que es mayoritariamente rechazado como tal, pueden reconducirse en este delito a lo que el Art. 411 quáter denomina abuso de poder, aprovechamiento de la dependencia de la víctima y pago de cantidades a personas que tienen autoridad sobre ésta. Así, el abuso de poder implica el empleo desviado de las facultades legales o capacidades fácticas que se tienen para ordenar a otro realizar ciertas conductas, a fin de que acepte su captura, traslado, recepción o acogida por otros. Estas facultades y capacidades pueden derivar generalmente de las relaciones de familia, tales como ser ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado de su cuidado personal. El abuso de poder se puede confundir también con el aprovechamiento de la dependencia de la víctima, como cuando el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado o tiene con ella una relación laboral, según lo describe para el delito de estupro el Art. 363 N° 2 del.

En lo que respecta al requisito de aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, aquí han de reconducirse las situaciones en que ella es enajenada mental o sufre de una anomalía o perturbación mental aun transitoria de menor entidad (Arts. 361 N° 3 y 363 N° 1) y también aquella que la ley describe como aprovechamiento del desamparo de la víctima (Art. 363 N° 3), que suele ser en estos casos de carácter económico, político o social, incluyendo la calidad de extranjera y la pertenencia a minorías o grupos étnicos sujetos a discriminación o abusos.

También se consideran vulnerables personas con discapacidades físicas o cognitivas que no constituyan enfermedades mentales propiamente tales, pero les impidan contrariar la voluntad de terceros (4° TOP Santiago 7.9.2012, RIT 199-2012, Cons. 13°). Por su parte, en el caso del pago a una persona que tenga autoridad sobre otra para obtener su consentimiento, estamos ante un claro caso de aprovechamiento del temor reverencial de la víctima y, al mismo tiempo, frente a una situación similar a la del sicariato que también puede verse como un supuesto de autoría mediata con autor doloso, donde tanto el que paga como el que ejerce la autoridad sobre la víctima responden del delito, aunque el segundo como autor por facilitar su comisión.

Por engaño entendemos, como se detalla al estudiar las estafas, cualquier conducta que, influyendo en la representación intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en ella. En este delito, el engaño consiste en obtener el consentimiento de la víctima para su captura, traslado, recepción o acogida, ignorando ésta las condiciones en que se efectuarán o creyéndolas diferentes al propósito de los responsables. Este engaño se puede ejecutar mediante mentiras o declaraciones mendaces o incluso mediante actos concluyentes, como el aprovechamiento ofertas y agencias de viajes efectivamente existentes sin declarar los fines del responsable, que se ejecutarán al término o durante un viaje inicialmente lícito. Cuando se trata del engaño a través de declaraciones mendaces, no es necesario respaldarlas con otras apariencias externas (como la simulación de una agencia de viajes de estudio, la exhibición de documentos falsificados, etc.), según algunos exigen para los delitos de estafa por dos razones: primero, porque en este Art. 411 quáter nada indica la exigencia de una tal puesta en escena; y segundo porque incluso en las estafas, salvo para ciertos casos agravados, tampoco ella es un requisito. El que una simple mentira sea apta para engañar depende tanto de su contenido como de la situación fáctica en que el mensaje se transmite, incluyendo las capacidades y relaciones del que engaña y del engañado: la amiga íntima, el médico, profesor, agente de viajes o pariente que recomienda u ofrece un supuesto viaje de turismo y placer no requiere más que la confianza depositada en ellos para engañar a la víctima acerca de las verdaderas condiciones de su traslado. Por otra parte, quienes están obligados a declarar la verdad y ocultan las finalidades del responsable pueden incurrir en este delito, facilitando por omisión la trata de personas, como en el caso de los empleados de las agencias de viaje al vender paquetes turísticos cuyas verdaderas condiciones deben ser informadas a los clientes.

#### **b) Elemento subjetivo: los fines de explotación sexual o laboral, reducción a la esclavitud y extracción de órganos**

El delito de trata de personas es un delito de tendencia que requiere que las conductas de captación, traslado, acogida o recepción, ejecutadas mediante algu-



nos de los medios comisivos indicados, tengan por objetivo la explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, sin que sea necesaria la efectiva explotación de la o las víctimas para la punibilidad del hecho.

Las finalidades a que se refiere la ley han de estar presentes en la consciencia del responsable y no en la de la víctima quien, como hemos dicho, puede o no conocerlas, como en los casos de engaño. Luego sólo se requiere su acreditación procesal, pero no que se acredite su conocimiento por parte de la víctima.

De allí que la ausencia de su acreditación excluya la penalidad. Un viaje sorpresa organizado en secreto, la orden del padre a su hija para que viaje a reencontrarse con su familia, estudiar y, en general, para cualquier otro propósito lícito, excluye la penalidad por este delito.

Sin embargo, que no se acredite el ánimo especial que exige esta figura no exime de la pena por los otros delitos que eventualmente se cometan sin ese ánimo. Ello es claro en casos que no pueda acreditarse el ánimo especial pero sí el traslado, la recepción y acogida violentas o con engaño de la víctima, si producto de la misma se le priva de su libertad ambulatoria sin su voluntad, hechos que serían simplemente formas de expresar el contenido del delito de secuestro del Art. 141. Si de resultas de las conductas del agente la persona no ha sido privada de su libertad, pero ha recibido amenazas el delito que resurge es el de amenazas de los Arts. 396 y 397, si éstas son serias, graves y verosímiles. Si sólo se ha privado momentáneamente a la víctima del ejercicio de su libertad ambulatoria en un sentido determinado, entonces estaremos ante la falta de coacciones del Art. 494 N° 20.

Por finalidad de explotación sexual debe entenderse la de que la víctima llegue a dedicarse al ejercicio de la prostitución por cuenta ajena y al sometimiento de ésta para la producción de material pornográfico por cuenta ajena. Indirectamente, el Art. 367 ter al castigar el favorecimiento impropio de la prostitución de menores de edad nos ofrece en un concepto aproximado de la misma, que puede entenderse como la obtención de servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones. Respecto de la participación en la producción de material pornográfico, creemos aplicable la definición de material pornográfico que realiza en Art. 366 quinquies, entendiéndolo como toda representación de las víctimas dedicadas a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales.

Por explotación laboral ha de entenderse la prestación de servicios personales bajo subordinación y dependencia sin sujeción a la protección de las leyes laborales. Sin embargo, la ley limita las posibilidades de este amplio concepto a las finalidades que expresa: primero, la prestación de trabajos o servicios forzados, esto es, según la definición de la Organización Internacional del Trabajo, todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para



el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente (Convenio sobre el Trabajo Forzoso, de 28.6.1930). En segundo lugar, la servidumbre, que cuando es por deudas, equivale a prestar servicios personales como garantía de una deuda, pero sin que los servicios prestados se apliquen a su pago ni se limite su duración o naturaleza; y cuando es servidumbre de la gleba, consiste en la obligación de vivir y trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona mediante remuneración o gratuitamente, sin libertad para cambiar su condición (Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la esclavitud, 1956, Art. 1, letra A). Tercero, la esclavitud, que la Convención sobre la Esclavitud de 1926 define como el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos, y que al incorporarse como finalidad de la trata de personas permite reconducir a esta figura el hecho que en dicha Convención se conoce como trata de esclavos, esto es, “todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”. Y cuarto, toda práctica análoga a la esclavitud. Con esta limitación, lamentablemente, la pretensión de que una persona preste servicios bajo contrato, pero pagando menos que el sueldo mínimo o mediante contratos que no corresponden a su calidad o al servicio efectivamente prestado, que bien podrían considerarse dentro de un concepto amplio de explotación laboral, no alcanza a configurar este elemento subjetivo del tipo. Sin embargo, si las condiciones materiales en que efectivamente se desarrolla el trabajo son de algún modo análogas a la esclavitud, como cuando se retienen los documentos del trabajador y su sueldo bajo conceptos tales como “traslado”, “alimentación”, “vestuario” y “arriendo”, sin que además se paguen cotizaciones de seguridad social, limitando así la posibilidad fáctica de que se desplace de un lugar a otro, estaríamos ante una forma indirecta y engañosa de reducción a la esclavitud, situación de facto que ha de dilucidarse caso a caso.

En cuanto a la finalidad de extracción de órganos esta figura es complementaria de la contemplada en el Art. 13 Ley N° 19.451, que castiga al que ofreciere o proporcionare una prestación económica con el objeto de obtener un órgano para su extracción.

## ***B) Justificación y culpabilidad***

El Protocolo de Palermo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, etc., indica en su Art. 3 letra b) que el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios que describe nuestro Art. 411 quáter como formas ilícitas de obtenerlo. Es decir, no se limita el valor del consentimiento como justificante en estos casos, sino que se repite la regla general de que para

que produzca tal efecto ha de darse de manera voluntaria, entendiéndose que no es voluntario el que se obtiene por alguno de los medios allí mencionados, a saber, violencia, intimidación, coacciones, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona sobre la víctima.

Pero cuando dichas circunstancias no se encuentran presentes, entonces el consentimiento es válido y permite afirmar la inexistencia del delito, tal como en el delito de secuestro, que también afecta la libertad y la seguridad personal. Así, p. ej., el que acuerda con una persona mayor de edad dedicada a la prostitución, que no se encuentra en una situación de vulnerabilidad, su traslado a otra ciudad del país, o proveerle alojamiento, publicidad, alimentación o un lugar especial donde desarrollar su comercio sexual, no comete este delito. En efecto, no puede decirse que, por definición, ciertas personas pertenecientes a determinados colectivos se encuentran en situación de vulnerabilidad si ello no es probado judicialmente. Y como en Chile el ejercicio de la prostitución no es delito y ni aún un ilícito civil, no puede afirmarse que quienes lo realicen se encuentren en situación de vulnerabilidad respecto de la aplicación de la ley. Así, el Reglamento sobre Infecciones de Transmisión Sexual, D.S. N° 206 de 2005, de 8.5.2007, establece especiales medidas para el control sanitario de los trabajadores y trabajadoras sexuales que quieran someterse voluntariamente al mismo y sólo se encuentra prohibido y sancionado administrativamente con clausura el establecimiento de un prostíbulo, lenocinio o lugar donde se agrupen personas que ejercen el comercio sexual (Art. 41 del Código Sanitario).

Lo mismo podría decirse respecto del acuerdo para el traslado de personas que voluntariamente acepten la realización de otros servicios de carácter sexual por cuenta de terceros o de trabajos en condiciones irregulares. Es discutible, con todo, que pueda considerarse voluntario y válido el consentimiento para realizar trabajos forzados o someterse a la servidumbre o esclavitud de terceros, pues en tales casos el empleo de la violencia para limitar la libertad del esclavo, siervo o trabajador forzado es inherente a la constitución y mantención de tales calidades.

En cuanto a la culpabilidad el delito de trata de personas requiere dolo directo por la presencia de su especial elemento subjetivo referido a la finalidad y la forma como se describen los medios de comisión (violencia, intimidación, coacciones, engaño, abuso y aprovechamiento).

### *C) Iter criminis, participación y concursos*

Como hemos señalado, el Art. 411 quáter establece un auténtico delito de emprendimiento, donde la descripción de las conductas alternativas que se sancionan abarca buena parte de las formas posibles de desarrollo y de participación en el mismo, considerando como delitos consumados hechos que pueden verse

como formas imperfectas de ejecución de otros (captar para trasladar, etc.) o de participación en los mismos, como facilitar el que otro capte a una persona o financiar su acogida con los fines ilícitos que la ley castiga. Luego, en la medida que los partícipes colaboren objetivamente con el hecho y conozcan la finalidad de su conducta o la de quien aparece como principal responsable, pueden ser castigados como autores del delito consumado de trata de personas.

Además, la consumación del delito no requiere el traslado de la persona afectada ni mucho menos que ésta haya sido efectivamente explotada, sino que basta que haya sido captada al efecto. Y para el castigo a título de autor, que se haya promovido, facilitado o financiado esa captación.

Con todo, respecto a la posibilidad del castigo de una tentativa autónoma de esta clase de delitos, debemos analizar si las conductas de captación, traslado, acogida o recepción son conductas susceptibles de desagregación o fraccionamiento. La respuesta es que aquello es posible. En efecto, para captar a una víctima, primero se debe contactarla, luego comunicarse con ella, para finalmente forzarla, intimidarla, engañarla o abusar de alguna de las situaciones de desmedro que indica el tipo penal. Y lo mismo ocurre con el traslado y la acogida o recepción.

Tratándose de un delito de emprendimiento, la regla general es que la participación en diferentes etapas del ciclo de la empresa criminal que la ley castiga no constituye diferentes delitos, aunque exista discontinuidad en el tiempo y el espacio. Sin embargo, tal como se dijo respecto del delito de tráfico de migrantes, tratándose en estos casos de delitos cuyo objeto material, sujeto pasivo y víctimas son personas humanas, no es posible considerar que la trata de unas comprende el desvalor de la trata de otras, pues no estamos ante cosas cuya individualidad pueda disolverse en un número o cantidad más o menos indeterminado. Por lo tanto, en caso que el delito recaiga en diferentes víctimas habrá de considerarse una reiteración de delitos, regulada por el Art. 351 CPP. En relación con el mencionado delito de tráfico de migrantes del Art. 411 bis y con la trata de personas con exclusiva finalidad de explotación sexual del Art. 411 ter, ya hemos dicho que han de aplicarse las reglas de la alternatividad, salvo que unos y otros recaigan en personas diferentes, caso en el cual cada hecho recaído en personas distintas ha de considerarse un delito diferente, delitos cuya concurrencia parece encontrarse regulada en la reiteración de delitos del Art. 351 CPP.

También hace excepción a la regla general del tratamiento unitario de los delitos de emprendimiento la específica regulación que el Art. 294 bis prevé para el concurso entre la asociación ilícita para cometer este delito que sanciona el Art. 411 quinquies y la comisión de los delitos objeto de dicha asociación, esto es, la aplicación independiente de las penas correspondientes a éstos y a la asociación ilícita.

Por otra parte, como ya hemos señalado, las circunstancias que la ley describe para configurar el delito constituyen, en muchos casos, delitos en sí mismas, como

sucede con el empleo de la violencia, la intimidación y las coacciones, y con la venta de personas que se reducen a la esclavitud o servidumbre en que se supone una privación de libertad. Aquí cabe apreciar la consunción de los hechos de menor gravedad en el delito de trata de personas, siempre que en el caso concreto puedan verse como insignificantes dentro de la realización y efectos del delito. Así, las lesiones menos graves y en ciertos casos las simplemente graves, el secuestro simple, las amenazas y las coacciones pueden considerarse absorbidas en esta figura de trata de personas. Pero las lesiones que producen efectos permanentes en la vida de las personas, como las mutilaciones, castración y las lesiones del Art. 397 N<sup>o</sup> 1 no parecen consecuencias normales de un traslado para las finalidades que señala la ley, lo mismo que no lo son los casos agravados de secuestro.

Por último, la realización de las finalidades de la trata de personas, en la medida que constituyan también delitos (explotación sexual forzada o el secuestro que supone la reducción a la esclavitud) también deben considerarse delitos diferentes y no el simple agotamiento de esta figura, atendida su gravedad. Quien participa en el traslado de personas para venderlas como esclavos y después de la subasta respectiva decide destinar algunos a su propio servicio comete tantos delitos de trata de personas como seres humanos ha traficado y, además, tantos delitos de secuestro como personas ha reducido a la esclavitud para su propio servicio. Del mismo modo, la extracción de un órgano de la persona víctima de trata ha de considerarse el delito de mutilación que corresponda según su naturaleza y pensarse de manera independiente.

#### §4. TRATA DE PERSONAS IMPROPIA (ART. 411 QUÁTER, INC. 2<sup>o</sup>)

La trata de personas propia es un delito pluriofensivo que al prevenir la reducción a la esclavitud protege también la libertad y la seguridad de las personas y los medios con que se obtiene la captura, traslado, recepción y acogida de las víctimas mayores de edad así lo indican: todos ellos suponen la actuación sin el consentimiento de la víctima o habiéndolo obtenido de manera viciada.

En cambio, cuando el delito recae en menores de edad, el Art. 411 quáter, inc. 2<sup>o</sup>, no exige tales circunstancias para su sanción, lo que destaca es tanto la protección de la seguridad de los menores como la prevención de su deshumanización, propia de los fenómenos de esclavitud, donde el cuerpo de los otros queda entregado a la disposición del amo. Así, sin consideración a los medios empleados para vencer la voluntad de la víctima, esta forma impropia de trata de personas se configura exclusivamente con la constatación de que un menor de edad ha sido captado, trasladado, recibido o acogido para su explotación sexual, la realización de trabajos forzados, servidumbre o esclavitud o la extracción de sus órganos.

Luego, serán esas finalidades las que permitan distinguir este delito de otras figuras donde también esté en juego su seguridad personal. Así, respecto del delito de inducción al abandono del hogar del Art. 357, su materialización, aún con miras deshonestas, excluye tanto el castigo a título de sustracción de menores como al de trata de personas impropia, si no se acreditan las finalidades que la ley prohíbe y califican este delito. Lo mismo se aplica al guardador que traslada a un menor negándose a devolverlo a quien tiene preferencia según la ley, delito que será siempre el de negativa a la entrega de un menor del Art. 355 mientras no se comprueben las finalidades ilícitas del Art. 411 quáter. También ocurrirá algo similar con las diversas formas de sustracción de menores del Art. 142: mientras no se compruebe la finalidad ilícita serán sancionadas por lo allí dispuesto y no por lo previsto en este 411 quáter.

Cuando esos mismos hechos se cometen con las finalidades del Art. 411 quáter, en cambio, ha de aplicarse la figura que en el caso concreto establezca la mayor penalidad, pues los hechos podrían ser abarcados por todas ellas, completamente (principio de alternatividad). Así, el Art. 411 quáter preferirá a los delitos de los Arts. 355 y 357, pero no al de sustracción de menores del Art. 142, cuyas penas según las circunstancias concurrentes pueden ser en algunos casos. Así, respecto de los autores, por regla general es más grave la pena correspondiente al delito de sustracción de menores, cuando el hecho se cometa mediante el traslado, recepción o acogimiento del menor por parte de quienes no son sus padres o guardadores, pues resulta extraño suponer que el legislador haya querido privilegiar la sustracción de un menor con finalidades de explotación sexual, laboral o de extracción de órganos. En cambio, quienes promuevan, faciliten o financien tales conductas, sin tomar parte inmediata y directa en su traslado, recepción o acogimiento, deberían ser castigados con las penas a que remite el inc. final del Art. 411 quáter, a menos que el grado de participación (p. ej., inducción) en la sustracción de menores contemple una pena mayor. Y también deben castigarse a este título quienes capten a menores de edad con dichas finalidades, aunque no los hayan sustraído todavía, pues si tales hechos se calificasen de tentativa de sustracción, su penalidad como tal no tomaría en cuenta la gravedad de la finalidad ilícita.

Además, al contrario del delito de sustracción de menores, el de trata de personas impropio sería también aplicable a los padres y guardadores de las criaturas, pues de acreditarse las finalidades que la ley prohíbe no existiría la presunción de que los padres y guardadores son los garantes de la seguridad del menor, razonamiento que permite excluirlos de la penalidad de su sustracción. Luego, el padre o la madre que traslade al menor para su explotación sexual, p. ej., comete este delito del Art. 411 quáter. La situación del responsable del menor que simplemente lo entrega a un tercero que lo recibe para esas finalidades quedaría igualmente sancionada, a través de la ampliación del tipo penal del inc. final del Art. 411 quáter que estima autores a quienes promuevan, faciliten o financien ese delito.

## §5. TRATA DE PERSONAS CON EXCLUSIVA FINALIDAD DE PROSTITUCIÓN (ART. 411 TER)

La Ley N° 20.507, trasladó a este lugar el anteriormente vigente Art. 367 bis, inc. 1°. De este modo, se mantiene como un delito autónomo la figura de la trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución del anterior inc. primero del Art. 367 bis, ahora Art. 411 ter, pero sus modalidades agravadas originales pasan a configurar el delito de trata de personas propio del Art. 411 quáter, inc. 1°, o el impropio, de su inc. 2°.

En consecuencia, en su actual configuración, que no contempla las anteriores agravaciones por engaño, intimidación o menor edad de las víctimas, el delito de trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución, puede entenderse no sólo como un delito de peligro respecto de la eventual reducción a la esclavitud sexual, sino también como uno de peligro abstracto para la libertad ambulatoria de la mujer que es trasladada a otro país, y para su seguridad personal, por los riesgos que conlleva la realización de una actividad socialmente desvalorada y también para su libertad sexual, dado que la dedicación continua a la prostitución va limitando en ese sentido sus posibilidades vitales. Se trata de una figura cuya incriminación a nivel del concierto de las naciones se encuentra incluso reconocida antes de la Convención de Palermo de 2000, por el Código de Bustamante, representando —bajo la denominación “trata de blancas”—uno de los casos excepcionales de aplicación extraterritorial de la ley, en virtud del principio de universalidad. La pena asignada a este delito es similar a la del secuestro simple: presidio menor en su grado máximo y multa.

Además, su especial gravedad se reconoce también en el inc. 2° del Art. 4° Ley N° 18.216, al disponer que no procederá sustituir la pena impuesta por la remisión condicional, debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.

### *A) Tipicidad*

Los sujetos en este delito son comunes y no presentan especiales problemas de determinación. Hay que destacar, eso sí, que la persona que cruza las fronteras para prostituirse sin haber sido instigada por otro o haber recibido de él facilidades al efecto, no comete delito alguno. Y cuando lo hace en tales condiciones tampoco puede considerarse responsable penalmente a ningún título del hecho del tercero (autor) que promueve o facilita su entrada o salida del país, pues tanto para la ley nacional como para el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, etc., la persona que ingresa o egresa del país para ejercer la prostitución por cuenta de terceros es víctima del delito y sujeto de especiales medidas de asistencia y protección.

La conducta típica está establecida en el Art. 411 ter, y consiste en promover o facilitar la entrada o salida del país de personas, para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero. Dado que no existen razones de texto que alteren lo ya dicho respecto del delito de tráfico de migrantes, diremos que promover significa iniciar o tomar la iniciativa para que una persona entre o salga del país para ejercer la prostitución, incluyendo la inducción o instigación a ello; y facilitar, cualquier conducta objetiva de cooperación con dicho ingreso o egreso al país por actos anteriores o simultáneos, y también con actos posteriores, siempre que ellos hayan sido previamente concertados.

El resultado de la conducta punible es el ingreso o egreso del país de una persona, el cual puede ser tanto legal como ilegal, no suscitándose las dificultades que a este respecto presenta el delito de tráfico de migrantes. Como este resultado es un hecho generalmente lícito, su ilicitud la determina el elemento subjetivo del tipo penal, consistente en que el responsable del delito (no la víctima o persona que ingresa o egresa del país) promueva o facilite ese ingreso o egreso del país para que las personas víctimas del delito ejerzan la prostitución por cuenta ajena. Por tanto, ni la propaganda o apología de los viajes al extranjero ni del ejercicio de la prostitución en el mismo, como tampoco la simple no evitación de un viaje decidido al efecto constituyen este delito, como tampoco los consejos, palabras o proposiciones que se hagan al respecto y no conduzcan a una inducción propiamente tal. Lo que aquí se castiga no es promover el ejercicio de la prostitución en sí, por cuenta propia o por cuenta ajena, si se hace sin que la víctima deba salir de su país de origen. Se trata más bien de sancionar el peligro abstracto que la ley presume para la libertad y seguridad de las personas en el hecho de trasladarlas a un país extranjero, por el desamparo legal y material que ello implica, si se tiene en consideración el propósito ulterior y reprochable del autor de que ella ejerza la prostitución, actividad, aunque ilícita solo en ciertas condiciones, es todavía socialmente reprochable y conlleva riesgos vitales importantes.

Como dijimos, este delito contempla como elemento subjetivo la intención de que la víctima ejerzan la prostitución. Luego, se trataría de un delito de intención trascendente y no imperfecto en dos actos como antes proponíamos, pues si bien puede ser el caso que sea el mismo responsable del delito quien posteriormente haga que la víctima ejerza la prostitución, también puede ser el caso que se dedique únicamente a trasladar víctimas para que éstas ejerzan la prostitución por cuenta de otros o incluso propia. No es necesario, sin embargo, que la víctima conozca este propósito del autor del delito al momento de salir o ingresar al país.

En cuanto al concepto de ejercicio de la prostitución, el Art. 367 ter, al castigar su favorecimiento impropio con menores de edad, nos ofrece en un concepto aproximado de la misma, que puede entenderse como la obtención de servicios sexuales a cambio de dinero u otras prestaciones. Sin embargo, como hemos dicho, en Chile la prostitución no se encuentra prohibida por regla general e incluso el



Reglamento sobre Infecciones de Transmisión Sexual, D.S. N° 206, de 8.5.2007, establece especiales medidas para el control sanitario a que quieran someterse voluntariamente las personas que allí se denominan trabajadoras y trabajadores sexuales. Sólo se encuentra prohibido y sancionado administrativamente con la clausura del establecimiento el comercio sexual que se desarrolle en lenocinios, prostíbulos, o casas de tolerancia donde se agrupen las personas que lo ejercen, según dispone el Art. 41 del Código Sanitario.

## B) Justificación, culpabilidad, *iter criminis* y concursos

Como causa de justificación, el consentimiento no parece tener valor en este delito, ni aún en casos de personas que ejerzan la prostitución antes de salir de su país de origen, entendiéndose la ley que al salir una persona de su propio país para ejercer la prostitución su voluntad se encontraría viciada por un desconocimiento presunto de las reales condiciones en que quedará una vez que cruce las fronteras, condiciones que generalmente suponen privar a las víctimas de la posibilidad de retornar a sus países de origen o de pedir auxilio. Por otra parte, el consentimiento es irrelevante para configurar este delito en cuanto se preste respecto a las relaciones sexuales derivadas del ejercicio de la prostitución. Pero si esas relaciones sexuales se obtienen forzando a las ofendidas, habrá un concurso entre la trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución y el delito de violación correspondiente (y aún podría darse una situación de estupro, si se cumplen los requisitos del Art. 363 y la fuerza o intimidación no son suficientes para configurar la violación).

En cuanto a la culpabilidad, la figura del Art. 411 ter requiere dolo directo, por la presencia de su especial elemento subjetivo.

Por la especial naturaleza de este delito, no se hacen distinciones en los grados y formas de participación, aunque sea admisible en él la tentativa o frustración, por el carácter fraccionable de los actos que lo constituyen y la falta de descripción como alternativas típicas de conductas que puedan verse como tentativas de la penada. A este respecto vale también señalar que la consumación del hecho se produce con el ingreso o egreso al país de la víctima, no bastando para ello el despliegue de conductas anteriores de los responsables, las cuales se calificarán de tentativa o frustración según si éste ha puesto o no todo de su parte para que el delito se consuma.

La regulación concursal es diferente en este caso respecto de los delitos de emprendimiento en general, pues debe entenderse la posibilidad de considerar una reiteración del Art. 351 CPP en caso de ser dos o más las víctimas. Respecto del concurso con la figura de tráfico de migrantes, ha de estarse al criterio de la alternatividad, sancionando con la pena que en el caso concreto resulte más grave.



Esta es la misma regla que ha de aplicarse respecto del delito de trata de personas propio, de concurrir las circunstancias que allí se señalan para viciar o forzar el consentimiento, irrelevante en este caso especial. Respecto del delito de asociación ilícita, rige también lo dispuesto en el Art. 294 bis imponiéndose conjuntamente las penas que correspondan a ésta y a la trata de personas con exclusiva finalidad de prostitución.

Finalmente, como en la trata común, la jurisdicción de nuestros Tribunales sobre hechos que se ejecutan sin atención a las fronteras nacionales es aplicable siempre que una parte de tales hechos se ejecute en o desde Chile.



## Capítulo 7

# PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA PRIVADA Y DE LA HONRA. RÉGIMEN DE PRENSA

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 19 N° 4 CPR garantiza “el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”; mientras que en su N° 12 se protege “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades”.

La tensión entre los derechos y libertades así protegidos es evidente y reconocida por el propio texto constitucional, lo que explica la necesidad de su tratamiento conjunto, pues el ejercicio de la libertad de opinar e informar encierra el riesgo de hacerlo infringiendo tanto el derecho al honor, lo que se manifiesta en los delitos de injurias y calumnias; como el del respeto a la vida privada, cuya protección penal se dispensa en los delitos contemplados en los Arts. 161-A y B.

Por otra parte, se debe tener presente que la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa se encuentra protegida específicamente en el Art. 36 Ley 19.733, que castiga al que, “fuera de los casos previstos por la Constitución o la ley, y en el ejercicio de funciones públicas, obstaculizare o impidiere la libre difusión de opiniones o informaciones a través de cualquier medio de comunicación social”, disposición que reemplazó al derogado N° 1 del Art. 158 CP que se refería a situaciones similares.

### §2. INTROMISIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES EN LUGARES PRIVADOS (ART. 161-A, INC. 1°)

El § 5 del Tít. III, L. II CP contempla, bajo el epígrafe “De los delitos contra el respeto y la protección de la vida privada y pública de la persona y su familia” dos figuras: la del Art. 161-A, que protege las intromisiones en las conversaciones o comunicaciones de carácter privado desarrolladas en recintos privados o de no libre acceso al público; y la del Art. 161-B, donde se contiene un delito similar al chantaje de otras legislaciones. El objeto jurídico de protección es la vida privada o privacidad de las personas, entendida como su faceta intangible o inmaterial concerniente al ámbito que el sujeto mantiene libre de intrusiones de terceros, de la publicidad, del gobierno (rechazo a los medios insidiosos de vigilancia policial,

como p. ej. intervenciones telefónicas, registros y entradas arbitrarias a lugares privados). Luego, lo importante en estas nuevas figuras no es tanto la protección del medio de transmisión de las comunicaciones, sino su contenido y el lugar donde se efectúen. Una conversación cuyo contenido recaiga en hechos privados que se desarrolle en un lugar público queda al margen de estas disposiciones, como también se excluiría la conversación de carácter público que tenga lugar en un recinto privado.

### A) *Tipicidad*

El Art. 161-A castiga una diversidad de conductas (captar, interceptar, grabar o reproducir) que tienen en común el lugar en que se realizan (recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público), y su capacidad de fijar en un soporte físico o electrónico (grabaciones, fotografías, filmes, fotocopias y reproducciones, etc.) conversaciones, comunicaciones, documentos o hechos de carácter privado. Sin embargo, en la vida práctica, a pesar de su diversidad, sin duda las figuras más relevantes son las referidas a la interceptación y difusión de comunicaciones privadas, particularmente, las realizadas por vía telefónica, a las que aquí nos referiremos en detalle.

Captar es “recibir, recoger sonidos, imágenes, ondas, emisiones radiodifundidas”. Esta conducta se puede efectuar, entre otros, mediante la colocación subrepticia o clandestina de instrumentos que permitan captar el sonido, tales como micrófonos o magnetófonos ocultos. Se suscita la cuestión de si tomar la extensión telefónica, sin el conocimiento y consentimiento, de quienes están sosteniendo una conversación, y aprehender el contenido de ésta satisface las exigencias del tipo legal. En la medida que la conducta sea efectuada dolosamente, consideramos que la respuesta ha de ser afirmativa.

Interceptar, según el diccionario, significa “apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino”; “detener una cosa en su camino”; “interrumpir, obstruir una vía de comunicación”. Para el caso de las conversaciones telefónicas, debe entenderse por tal “el acceso in consentido de un tercero a la misma con la intención de aprehender el contenido de ella” (Rodríguez M., Fernando (1990), “Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 197-240, 216). Esta acción puede efectuarse de diversas maneras siendo quizás la más común el “pinchazo” o manipulación directa de los cables telefónicos. Pero como interceptar significa también obstruir, la conducta puede consistir en evitar que una conversación telefónica se lleve a cabo o en interrumpirla.

Grabar está referido a la acción de fijar por medios generalmente electrónicos el contenido de las comunicaciones en cintas magnetofónicas. El acto de grabar

requiere una voluntad específica en sí mismo, en cambio y así quedó establecido en la discusión parlamentaria, la captación, la interferencia puede ser involuntaria, p. ej., el empleado telefónico no podía saber que la línea se estaba ocupando en el momento en que comprobaba el estado de ella.

Finalmente, reproducir es asociado por Etcheberry III, 277, al grabar y definido por el mismo autor como el acto de escuchar o dar a conocer lo que se graba por medios electrónicos o magnéticos.

El objeto material del delito, aquél donde recae la conducta, puede ser una conversación o comunicación de carácter privado; documentos o instrumentos de carácter privado; o incluso hechos de tal naturaleza. Como dijimos en este lugar, sólo abordaremos la intromisión en las conversaciones o comunicaciones de carácter privado.

Por conversación entendemos aquella forma de comunicar un contenido intelectual que se lleva a cabo directamente entre personas sin necesidad de recurrir a un medio o vía para que ésta llegue a su interlocutor. Las comunicaciones para los efectos del tipo penal serían todas aquellas que requieren de un medio para efectuarse y arribar a su destinatario, donde, obviamente, se incluyen las realizadas por teléfono. La ley exige que se trate de comunicaciones o conversaciones de carácter privado, es decir, aquellas donde el conocimiento del contenido de las mismas está bajo control de quien emite la comunicación o conversación, por cuanto atañen a aspectos reservados de su vida o la de sus más próximos. El término privado, no se refiere a la soberanía de la persona para escoger al receptor de la comunicación, sentido que es empleado por el Art. 19 N° 5 CPR al referirse a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, sino que atiende a la naturaleza del diálogo o contenido de lo comunicado. Por lo tanto, es un concepto material que se relaciona directamente con la esfera íntima de un sujeto. Esta interpretación se ve reforzada por el hecho que el legislador ha circunscrito la protección a ciertos lugares como son los recintos privados y aquellos que no sean de libre acceso al público (vinculación con los aspectos tangibles de la intimidad). Como elemento normativo del tipo, la precisión del carácter privado de una conversación o comunicación queda entregado al juez, quien tomará en cuenta los usos y valoraciones sociales predominantes.

#### a) Circunstancia de lugar: recintos privados

El lugar donde se realice la conducta típica es fundamental a la hora de determinar su sanción. El Art. 161-A precisa que éstos sean recintos privados o de no libre acceso al público. Por el primero, se entiende un espacio físico delimitado que cuente con ciertas protecciones o resguardos, que no necesariamente coincide con el lugar doméstico. En efecto, el término recinto privado es más amplio que

el último, incluyendo oficinas de profesionales, locales de trabajo, establecimiento de comercio, habitaciones de hotel, camarotes de barco, sedes sociales o clubes de ingreso reservado a los socios, centros deportivos y de recreo, entre otros. El común denominador de éstos es que el sujeto tiene la facultad de excluir a terceros, situación que se puede presentar en los lugares donde se desarrolla la vida familiar, de trabajo, descanso y esparcimiento, y donde se suele tratar temas reservados. El recinto en tanto que lo hemos definido como espacio no requiere ser un inmueble (puede ser, p. ej., una casa de remolque, un vagón de tren abandonado), pero sí debe contar con ciertas protecciones o resguardos que dificulten el acceso de terceros al interior. Dentro de estos terceros se encuentra el dueño del inmueble arrendado, respecto de sus arrendatarios; el comodante respecto al comodatario. También el dueño de casa que da pensión en ella con relación a las habitaciones de sus pensionistas. No lo serían los padres para los efectos de las habitaciones de sus hijos menores que viven bajo su dependencia.

Por recintos de no libre acceso al público Etcheberry III, 276, entiende aquellos lugares que no siendo privados no admiten el acceso indiscriminado, sino sólo de aquellos que están autorizados a ingresar y señala como ejemplo en los hospitales o policlínicos las áreas reservadas a la atención de pacientes o enfermos. Podemos agregar otros casos como los sectores reservados de un restaurante, los prostíbulos de acceso restringido, etc.

## **b) La circunstancia de falta de consentimiento del afectado**

La conducta típica se efectúa sin la autorización del afectado, lo que equivale a decir sin su consentimiento. Por la naturaleza del bien jurídico, para el caso de las intervenciones telefónicas, consideramos que éste debe ser prestado expresamente y que una vez otorgado se excluye la tipicidad de la conducta. Si son varias las personas que intervienen en una comunicación de esta clase, en caso de ser físicamente posible, la autorización debe ser otorgada por todas. Si una de ellas no autoriza ciertas modalidades típicas podrían considerarse cometidas en su contra. Según Rodríguez (1990, 221) si hay más de dos personas implicadas en el diálogo, y sólo una presta el consentimiento para la acción de interceptar, ésta deberá ser considerada partícipe de la conducta punible.

Un punto bastante controvertido y no fácil de resolver se presenta con respecto a la autorización del afectado en el ámbito de las relaciones laborales. La situación sería la de un trabajador, cuyo contrato de trabajo contiene una cláusula permitiendo al empleador intervenir sus conversaciones o comunicaciones en el recinto laboral. Para algunos autores como Goñi, a pesar de que el consentimiento priva a la comunicación del carácter íntimo o secreto, éste no puede prestarse para la colocación arbitraria de cualquier procedimiento telefónico de escuchas, pues implicaría una total abdicación de la libertad e intimidad (ésta admitiría, en

su opinión, desprendimientos parciales). Por esta razón, concluye que “la sujeción de las comunicaciones telefónicas personales del trabajador al control del empresario no se puede hacer descender ni del contrato de trabajo, ni de un convenio colectivo” (Goñi, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, 157). Nos parece que hay dos cuestiones básicas que precisar: por una parte, la relevancia penal de dicha autorización para intervenir comunicaciones en general y aquellas cuyo objetivo sea conocer la vida íntima del vigilado. Con respecto a la primera clase, en principio esto no parece tan reprochable si se piensa, p. ej., en una medida tendiente a evitar actividades de sabotaje o espionaje industrial. Sin embargo, en caso de admitirlo hay que ser enfático al señalar los riesgos de eventuales arbitrariedades y sancionarlas adecuadamente. Tratándose del segundo tipo de intervenciones, en principio, difícilmente puede justificarse en motivos de seguridad de la empresa o en necesidades de los procesos productivos. Pareciera que la esfera privada del trabajador en nada alteraría el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial, por lo que una cláusula contractual permitiendo injerencias en este ámbito dudosamente sería eficaz en el contexto del Art. 161-A. Igual predicamento habría que aplicar al caso de las organizaciones sindicales. Sin embargo, la pregunta queda abierta para el supuesto en que el trabajador consienta para una intervención singularizada en su intimidad (fuera del contrato laboral).

### §3. DIFUSIÓN DE COMUNICACIONES O CONVERSACIONES PRIVADAS (ART. 161-A INC. 2º)

La otra figura del Art. 161-A corresponde a la difusión de las conversaciones o comunicaciones a que se refiere su inc. 1º. Al discutirse el texto en el Congreso se determinó que la conducta rectora básica era la de difundir, y específicamente por medios distintos a los medios de difusión regulados en el Art. 16 Ley N° 16.643, sobre Abusos de Publicidad, puesto que la difusión por estos últimos estaba prevista y sancionada en ese cuerpo legal en su Art. 22, inc. 2º. Sin embargo, derogadas esas disposiciones sin que el nuevo texto de la Ley N° 19.733 contemple un régimen semejante al de aquélla, parece que las disposiciones de este Art. 161-A adquieren aplicación frente a cualquier medio de comunicación.

Por difundir entendemos dar a conocer a una o más personas el contenido de la comunicación. Tratándose de comunicaciones de carácter privado que con anterioridad a la acción de difundir ya han pasado a conocimiento público por otros conductos no se configuraría el delito. La pena que le corresponde es la misma que la establecida para la interceptación, grabación, captación o reproducción. Si es una misma persona quien obtiene las conversaciones y luego las divulga la pena se aumenta a presidio menor en su grado máximo y también se incrementa la base mínima de la multa.

### *A) Medios de comisión*

El legislador dice expresamente que la conducta se lleva a cabo por cualquier medio. Con esto deja abierta la posibilidad a cualquier forma de injerencia, sea que exista actualmente o se desarrolle en el futuro. Para las comunicaciones telefónicas se presenta el mismo predicamento con lo cual hay que analizar la situación de la extensión del teléfono, que generalmente se ubica en el mismo lugar. Teniendo presente las conductas señaladas en la ley, se debe determinar si el hecho de levantar dicha extensión mientras otros sostienen una conversación de carácter privado satisface o no el tipo penal. Si dicha acción se efectúa fortuita o imprudentemente, no constituiría delito en la medida que quien la realiza suspende la intervención en cuanto toma conocimiento del carácter privado de la comunicación. Si el sujeto conoce que se está realizando un diálogo por teléfono y quiere tomar conocimiento del mismo, pero desconoce su naturaleza reservada, hay que distinguir: si al percatarse de esta circunstancia cesa su intervención queda fuera del ámbito del Art. 161-A; si persiste se configuraría el tipo penal.

## §4. INJURIAS (ART. 416)

La particularidad de este delito, compartida con el de calumnias, es su consideración como de acción privada (Art. 428), que permite eximir de la pena por el perdón del ofendido. Ello supone importantes restricciones a nivel procesal, pues en los delitos de acción privada no interviene el Ministerio Público y su tramitación se encuentra sujeta únicamente al correcto desempeño de los querellantes y defensores.

En cuanto a las penas, también contempla una particularidad, pues de obtenerse condena, el inc. final del Art. 425 establece la posibilidad de exigir la publicación en un medio de prensa de la sentencia condenatoria.

### *A) Tipicidad. Relevancia del elemento subjetivo de tendencia*

En cuanto a los sujetos, los delitos contra el honor no presentan particularidad alguna a este respecto, por lo que tanto autor como víctima puede ser cualquier persona, salvo el caso de los delitos contemplados los Arts. 263 y 264 y 284 del CJM, en que la existencia de una víctima calificada puede alterar la calificación jurídica del delito.

Tratándose de expresiones de descrédito o menosprecio de grupos de personas o de personas indeterminadas, su prohibición penal se encuentra en el delito de injurias discriminatorias e incitación al odio a través de un medio de comunica-



ción masivo del Art. 31 Ley N° 19.733, por lo que no constituyen injurias en el sentido del Art. 416.

En cuanto a la conducta, de su descripción típica se desprende sin ninguna dificultad que la injuria puede cometerse a través de dos formas: una “expresión proferida” o una “acción ejecutada”, bipartición que excluye la omisión, atendiendo el sentido gramatical del texto legal (SCA Santiago (Pleno) 8.4.2004, Cons. 13). Pero lo relevante es que las injurias, en verdad, no se definen por su objetividad (ellas bien pueden describirse como “toda acción voluntaria” en los términos del Art. 1°), sino por su subjetividad.

En efecto, el delito de injurias es un delito de tendencia, donde el *animus injuriandi*, esto es, la “intencionalidad ofensiva de aislar al otro en su desarrollo o en socavar su posición en la relación social” (Bustos, 1991, 145), tiñe de injusto el sentido de la conducta en cuanto peligrosa para el bien jurídico. En la ley, ello se expresa cuando se describe la conducta como “toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”, donde la preposición “en” está tomada como denotativa del modo especial de ejecución de la conducta. Ello se confirma si se considera la correspondencia que ha de tener la interpretación de este Art. 416 con lo establecido en el Art. 29 Ley N° 19.733, cuando establece que “no constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar”. Es decir, es el propósito de injuriar lo que define al delito, no las expresiones que se empleen.

Sin embargo, la necesidad dogmática de este elemento ha sido discutida por alguna parte de la doctrina (Garrido III, 203s.), existen fallos anteriores a la entrada en vigor del Art. 29 Ley N° 19.733 donde expresiones como “cobarde” y “h...” se entendieron “injuriosas *per se*”, pues “son tenidas como ultrajantes y ofensivas en el ámbito del uso corriente” (SCS 19.4.1984 (RDJ LXXXI, 29), aunque la mayoría de nuestra jurisprudencia lo sigue exigiendo, incluso con efecto excluyente de la tipicidad en las expresiones aparentemente injuriosas, pero que no han sido proferidas con ese ánimo sino con otros cuyo reconocimiento social es superior, como el *narrandi*, o ánimo de informar a los lectores de un suceso que interesa legítimamente a la función periodística (*Repertorio*, 384).

Sin embargo, la Ley N° 19.733 establece que, del solo tenor de la expresión, es posible inferir el propósito de injuriar, no que existan expresiones injuriosas *per se*. De este modo, al mismo tiempo reconoce la experiencia común según la cual la crítica no va acompañada necesariamente del insulto (ni éste aporta al discurso necesariamente algo más que una ofensa personal), y también la de que incluso expresiones con un alto contenido ofensivo, como las referidas a la madre de a quien se dirigen, pueden escucharse todos los días en bares y patios de uni-

versidades entre jóvenes y no tanto que parecen no ver en ellas el insulto que se apreciaría de provenir de la boca de un representante político en una alocución más o menos oficial.

En consecuencia, el tribunal llamado a conocer de los procesos por los delitos de injuria y calumnia debe ponderar en cada caso concreto el conjunto de las circunstancias de hecho que rodearon la expresión estimada injuriosa por el querellante para poder apreciar la existencia objetiva de la lesión a su honor y el ánimo injurioso del imputado. Por eso, según nuestra Corte Suprema, “para apreciar el ánimo de injuriar del inculpado, hay que tomar en cuenta no solamente la significación gramatical de las palabras o frases que se suponen injuriosas, sino el propósito del que las pronuncia o escribe, la ocasión en que se hace, la forma que emplea y hasta los antecedentes que han influido para obrar así” (SCS 2.11.1953, RDJ L, 213).

### *B) Clases de injuria*

El CP clasifica las injurias, según su contenido, en graves, leves y livianas; y según la forma en que se expresan, en las que se hacen por escrito y con publicidad y las que no. Por escrito y con publicidad son las propagadas por medio de carteles o pasquines fijados en sitios públicos, o impresos o manuscritos de cualquier naturaleza comunicados a más de cinco personas o reproducidos por un medio cualquiera (Art. 422). Las injurias propagadas por un medio sujeto a la Ley N° 19.733, se regulan en su penalidad y procedimiento por las disposiciones allí establecidas.

Graves son, según el Art. 417 N° 5 las “que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor”. En los numerales anteriores se especifican otras modalidades de injurias graves, a saber: 1° La imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio; 2° la imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito; 3° La imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado; y 4° las que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas. Si son hechas por escrito y con publicidad, se aplica una pena mayor.

Leves son, por exclusión, “las injurias hechas por escrito y con publicidad, que no estén comprendidas en los casos de injurias graves del Art. 417” hechas por escrito y con publicidad (Art. 419). Son injurias leves, según nuestra jurisprudencia, las contenidas en una carta sellada dirigida directamente al injuriado —la llamada injuria contumeliosa—; y la imputación de haberse embriagado el injuriado una

o dos veces, aunque se dirijan en carta privada a un grupo de personas (SCA La Serena 16.6.1910, GT 861, 320).

Por último, las injurias livianas son las “no comprendidas entre las graves del Art. 417 y que no han sido hechas por escrito y con publicidad” y son penadas como falta en el Art. 496 N° 11.

### *C) Justificación por ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión*

A fines del siglo XX se desarrolló por nuestra doctrina la posibilidad de encontrar una causal de justificación en los delitos contra el honor basada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información (Garrido III, 215s.), que ha tenido alguna repercusión a nivel jurisprudencial (SCS (Pleno) de 5.7.1999). Para que opere la causal de justificación deben reunirse ciertos requisitos que transforman el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en “legítimo”. Tales requisitos son, básicamente, la relevancia pública del mensaje en relación con la libertad de expresión; y la relevancia y la veracidad subjetiva respecto de la libertad de información

#### **a) Relevancia pública del mensaje**

Para que opere la justificación por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, debe haber un interés público en el mensaje que se emite. Este interés o relevancia pública del mensaje existe en la medida que los mensajes que se transmiten sirvan para formar la opinión pública. Por ello, desde antiguo nuestra jurisprudencia considera que la “crítica política”, por acerba que sea, movida por actos políticos que son de dominio público, aun siendo injusta o exagerada, no puede constituir delito (SCS 2.11.1953 (RDJ L, 213), por lo que quedan dentro del marco de protección constitucional las expresiones duras y cáusticas, incluso llamar a otro “estafador”, que se dirigen entre sí los candidatos al parlamento si ellas tienen como finalidad advertir al público acerca de su votación (SCS (Pleno) 5.7.1999, Cons. 5°).

La Ley N° 19.733 ha especificado, en su Art. 30, ciertas situaciones que se estiman legalmente como hechos de interés público, a saber: “a) los referentes al desempeño de funciones públicas; b) los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real; c) los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso; d) las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social; e) los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio

en registros o archivos públicos; y f) las consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en ellos”.

## b) La veracidad subjetiva

Además, no basta con que la información emitida sea relevante públicamente. Para recurrir a la justificante de legítimo ejercicio de un derecho, parece que debiera exigirse que la información transmitida sea veraz, subjetivamente. No se requiere la verdad histórica o absoluta, exigible sólo a Dios, ya que, de plantearse tal exigencia, la única garantía para la libertad de expresión sería el silencio. Lo único que cabe exigir en este mundo imperfecto para configurar la causal de justificación es la veracidad subjetiva, es decir, el cumplimiento de un deber de comprobación de la información que se transmite (SCS (Pleno) 5.7.1999, Cons. 4°). Este concepto no se aparta de una idea de veracidad objetiva en la esfera del profano, por así decirlo. Esto es, del hecho que en la experiencia común puede contarse como cierta una información verificada por fuentes desinteresadas, y respecto de la cual pueda afirmarse, aún sin conocimientos especiales ni comprobaciones sofisticadas, que es verdadera.

En cambio, si se exigiera la veracidad objetiva, en sentido absoluto, sólo se podrían transmitir en forma justificada informaciones “pasadas por autoridad de cosa juzgada”, y aun en tales circunstancias podría tratarse de informaciones erróneas, como lo reconoce la existencia del recurso de revisión, tanto en materias civiles como criminales.

## D) *Exceptio veritatis*

Por regla general, tratándose de injurias, no se admite la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad, siendo ésta irrelevante para la configuración del delito, a menos que exista un interés público preponderante en el conocimiento de los hechos cuya manifestación pudiera considerarse injuriosa por el ofendido, tal como lo señala el Art. 420, que excusa solamente al que prueba la verdad de las imputaciones “dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”. Sin embargo, el Art. 30 Ley N° 19.733 extiende la *exceptio veritatis* a la imputación de “hechos determinados” con motivo de “defender un interés público real”, reiterando además su aplicación a las imputaciones hechas a funcionarios públicos por actos propios de su ministerio, con excepción de las imputaciones referidas a hechos “relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo cuando ellos fueren constitutivos de delito”.

Garrido III, 217, considera la prueba de la verdad como una causal legal de exclusión de la pena que opera fuera de la teoría del delito, cumplidos ciertos pre-

supuestos normativos. Sin embargo, esta calificación es potencialmente discutible, puesto que dicha prueba surte efectos para todos los partícipes, característica propia sólo de las causales de exclusión de la tipicidad o de la antijuricidad, pero no de estas otras causales de exclusión de la pena, a las que siempre se les atribuye un carácter personal.

Aunque es posible sostener que la *exceptio veritatis* produce una cierta inversión en la carga probatoria, obligando al imputado a probar la verdad de sus dichos, lo cierto es que esa inversión no es tal, sino un efecto propio del sistema adversarial: quien alega que un hecho es falso puede probar su falsedad negándolo simplemente o por vías indirectas. Pero quien sostiene que es verdadero, debe probar su veracidad, en los términos antes señalados (veracidad subjetiva de la que deriva una veracidad objetiva, propia del profano), del mismo modo que quien alega cualquier hecho positivo debe probar su existencia.

El Art. 32 Ley N° 19.733 ha impuesto, sin embargo, una extraña limitación a la *exceptio veritatis* al señalar que “la difusión de noticias o informaciones emanadas de juicios, proceso o gestiones judiciales pendientes o afinados, no podrá invocarse como eximente de responsabilidad civil o penal, cuando dicha difusión, por sí misma, sea constitutiva de los delitos de calumnia, injuria o ultraje a las buenas costumbres”. Afortunadamente, la práctica ha limitado a su vez el alcance de esta extraña disposición, muy poco compatible con el hecho de que en su Art. 35 se declare expresamente que los medios de comunicación social están exentos de responsabilidad penal respecto de la publicación de los “alegatos hechos por los abogados en los tribunales de justicia”, y del interés público que el Art. 30 expresamente reconoce en las actuaciones públicas y de las que quedan registros de la misma naturaleza, como por definición son las judiciales, así como en la difusión de informaciones consistentes en la comisión de delitos, cuya fuente primaria son, precisamente, los registros judiciales.

### *E) Injuria contenida en documento oficial*

El Art. 427 establece una limitación al ejercicio de la acción penal en estos delitos, al disponer que las “expresiones que puedan estimarse calumniosas o injuriosas, consignadas en un documento oficial, no destinado a la publicidad, sobre asuntos del servicio público, no dan derecho para acusar criminalmente al que las consignó”.

La amplitud de esta exención ha llevado a Navarro (2000, 159), con razón a considerarla una especial causal de justificación, por ejercicio legítimo de la potestad administrativa.

## F) *Culpabilidad e iter criminis*

La exigencia del *animus injuriandi* en esta clase de delitos excluye la apreciación del tipo de injurias con dolo eventual y, naturalmente, toda forma culposa de cometer este delito, por lo que debemos descartar la opinión aislada de Navarro en sentido contrario, basada precisamente en la no exigibilidad del *animus injuriandi* (Navarro D., Roberto (2000), *Los delitos contra el honor. Análisis crítico de la sustentabilidad normativa de una concepción jurídica del honor y de la necesidad de su protección penal*, Tesis U. de Talca, 171-174).

Según nuestra jurisprudencia, tratándose de un delito formal (SCS 3.6.1954, RDJ LI, 156), basta la expresión de la palabra injuriosa o la ejecución de la acción respectiva para configurar el delito, sin necesidad de que se produzca un perjuicio constatable objetivamente (SCS 3.5.1948, GT, 1948-I, 236), de lo que se ha concluido que, por regla general, tampoco es posible apreciar en ella tentativa o frustración (SCS 23.2.1938, GT 1938-II, 365). Ello aplica también a las injurias hechas por escrito o por otro medio de comunicación que, aunque pueden ser fraccionadas en su ejecución, como resulta evidente en el caso del envío de artículos para su publicación en el extranjero (Art. 425), y podría a su respecto configurarse una tentativa y hasta una frustración, la ley las castiga solo cuando han sido propagadas o publicadas.

## §5. CALUMNIAS (ART. 412)

### A) *Bien jurídico protegido*

La calumnia se encuentra definida en el Art. 412 como “la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”, y su pena se gradúa según si la imputación es de crimen o simple delito (Art. 414). Figura agravada es la calumnia por escrito y con publicidad, cuyas penas, también diferenciadas según si se trata de crimen o simple delito, establece el Art. 413. Naturalmente, también pueden cometerse por los medios de comunicación de masas regidos por la Ley N° 19.733.

Aunque en la doctrina española suele discutirse si el bien jurídico protegido en este delito es el honor o la administración de justicia, emparentándolo con el delito de acusación o denuncia calumniosa (Muñoz Conde, 249), parece todavía apropiado mantener su tratamiento como un atentado contra el honor. Así lo ha resuelto implícitamente nuestra jurisprudencia, al rechazar la calificación de calumniosa de las denuncias aún no completamente averiguadas (SCA Santiago, 25.9.1907, GT 1907-II, 349) o de las imprecisiones e inexactitudes contempladas en una querrela (SCA Valdivia, 26.7.1928, GT 1928-II, 1051).

## B) *Tipicidad*

Al igual que en la injuria, la calumnia no presenta especificidad alguna en la regulación de los sujetos, de manera que cualquier persona puede ser tanto autor como víctima del delito, con las advertencias hechas respecto a las personas mencionadas en los Arts. 263 y 264.

En cuanto a la conducta, ésta consiste en la imputación de un delito determinado pero falso, actualmente perseguible de oficio. La imputación consiste en la atribución subjetiva de una conducta desvalorada penalmente, la cual puede registrarse, al igual que la injuria, a través de cualquier conjunto lingüístico más o menos formalizado (palabras escritas, habladas, caricaturas, etc.) y de cualquier sistema de comunicación. La única limitación impuesta a la forma a través de la cual se verifica la imputación está fijada por la exigencia de determinación del mensaje comunicativo, tal como se analizará a continuación.

La imputación del delito tiene como requisito objetivo la determinación de la conducta delictiva imputada, que sólo puede ser un crimen o simple delito, atendidas las reglas de penalidad dispuestas en los Arts. 413 y 414, excluyéndose la sanción penal por la imputación de una falta (SCS 4.12.1876, GT 1876, 1364). La determinación es una exigencia típica que fue incorporada a la redacción del actual Art. 412 por la Comisión Redactora, a indicación del comisionado Sr. Reyes “porque sin esta circunstancia no había calumnia sino injuria, como cuando digo a otro que es ladrón, asesino, etc.” (*Actas*, Sesión 84, 162). A juicio de Etcheberry III, 175, el sentido de la exigencia típica de la determinación debe buscarse en relación con la parte final de la descripción (actualmente perseguible de oficio) “esto es, la afirmación debe ser de tal naturaleza que, de formularse ante la autoridad correspondiente, permitiría iniciar proceso para la investigación y castigo del delito”. Desde luego, es irrelevante la calificación jurídica que el agente de la calumnia haga de la conducta delictiva imputada, como si A acusa a B de haber robado a los pobladores de un sector de la ciudad, mediante los engaños y tretas que explicita, cuando en realidad lo que hubo fue una estafa. En este caso, a pesar de la equívoca calificación jurídica que ha hecho el agente, él ha imputado un delito determinado, verificándose uno de los elementos del tipo penal. Como vaticinara el comisionado Sr. Reyes, nuestra jurisprudencia también ha entendido que no es calumnia, sino injuria grave del Art. 417, llamar a alguien “ladrón”, porque eso no significa la imputación de un delito determinado (SCA Pedro Aguirre Cerda 26.6.1986 (RDJ LXXXIII, 181).

El delito determinado que se imputa debe ser falso, tanto en su materialidad como en la atribución de responsabilidad respecto de la persona calumniada. Habrá calumnia también si el delito es verdadero (existió el hecho denunciado), pero la persona a que se atribuye su comisión no ha tenido participación en él (es falsa la imputación del delito). Esta falsedad objetiva, requisito indispensable



para configurar el delito (SCS 31.7.1992, RDJ LXXXIX, 93), en la práctica se transforma en elemento de *exceptio veritatis* del Art. 415, como propone Garrido III, 217, puesto que en nuestro actual sistema procesal no existe la posibilidad de investigar de oficio la existencia o no del delito imputado.

La exigencia de que el delito imputado sea actualmente perseguible de oficio como elemento de la descripción típica de la calumnia, tiene como consecuencia que limita el rango de protección penal sólo aquellas conductas que consistan en la imputación de un delito de acción penal pública. Pero, además, la Comisión Redactora agregó la expresión “que sea actualmente perseguible de oficio”, lo que exige que esa acción pública no se encuentre prescrita o el delito no se halle penado. Por ello, no es calumnia, sino injuria, la imputación de haber asesinado a X hace cuarenta años. Si el delito imputado no es perseguible de oficio, o no lo es actualmente, la figura se degrada a la de injurias graves del Art. 417 N<sup>o</sup> 1 y N<sup>o</sup> 2, respectivamente.

### *C) Inexistencia de un elemento subjetivo de tendencia en el delito de calumnia*

Al contrario que en el delito de injurias, tratándose de calumnias, nuestra doctrina mayoritaria niega la admisibilidad del *animus infamandi* como elemento subjetivo adicional en las calumnias, pues como señala Politoff (1965, 132) “la imputación de un delito determinado, pero falso, actualmente pesquizable de oficio, supone un desvalor objetivo al que, para perfeccionarse como delito, no falta sino el dolo y el reproche de culpabilidad, de manera tal que resulta excesiva la pretensión de añadir al determinado tipo de injusto una manifestación especial del propósito de ofender”.

### *D) Justificación y culpabilidad*

Operan aquí las mismas consideraciones hechas al tratar el delito de injurias, a las que nos remitimos. Pero hay que tener presente, además, que, por el interés público comprometido en la persecución de los delitos, en la calumnia la *exceptio veritatis* opera sin las restricciones previstas para el caso del delito de injurias, ya que, según el Art. 415, cualquier persona acusada por este delito “quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”.

En cuanto a la culpabilidad, al igual que en el delito de injurias, no puede admitirse la comisión con dolo eventual o culposa, aunque aquí solo porque el texto legal parece impedirlo, al configurar el delito como la “imputación de un delito determinado, pero falso”, la que difícilmente puede concebirse con dolo eventual o culpa, como proponen Garrido III, 214 y Navarro (2000, 216). El autor debe saber que el delito imputado no se ha cometido o que en él no le ha cabido parti-



cipación al inculpado (falsedad subjetiva). Si existe duda al respecto, es misión del sistema judicial aclararla, pues no puede exigirse a los ciudadanos que sólo realicen imputaciones de delitos previamente comprobados, lo que resultaría absurdo. La ley presupone que al imputarse el delito no existe un juicio penal pendiente ni se ha comprobado previamente su existencia. Si se imputa un delito creyéndolo falso o suponiendo que el imputado no ha tenido participación punible en él, pero resulta que producto de las averiguaciones realizadas el delito es verdadero o efectivamente el imputado ha tenido participación punible en él, entonces no hay delito alguno, aunque tales averiguaciones no provengan del ejercicio de la exceptio veritatis.

## §6. REGLAS COMUNES A LA INJURIA Y A LA CALUMNIA (ARTS. 421 A 431)

### A) *Escritura y publicidad (Art. 422)*

Hemos visto que uno de los parámetros para establecer el marco penal tanto en el delito de injuria como en el de calumnia es el de la escritura y la publicidad. Según el Art. 422, las calumnias e injurias se reputan hechas por escrito y con publicidad “cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera”. Sin embargo, la disposición del Art. 2° de la ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, al referirse a “los medios de comunicación social” como “aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado”, ha venido a desplazar casi completamente a este Art. 422 y los efectos a él asociados, pues los delitos de injurias o calumnias, cometidos a través de un “medio de comunicación social”, se encuentran especialmente sancionados en el Art. 29 de dicha ley.

### B) *Calumnias e injurias encubiertas (Arts. 421 y 423)*

En función del contenido del mensaje comunicativo, la injuria y la calumnia son clasificables en simple u ordinaria y encubiertas. De esta forma, si el mensaje puede ser claramente percibido por sus potenciales receptores, estaremos en presencia de una injuria o calumnia común u ordinaria; mientras que, si los receptores deben efectuar una especial labor intelectual, la conducta es encuadrable en

la forma especial de comisión llamada injuria o calumnia encubierta en la cual, como dice Etcheberry III, 160, la alusión injuriosa se encubre bajo una apariencia inocente”, forma regulada en los Arts. 421 y 423.

Esta clasificación reviste importancia por dos razones. La primera, dice relación con la determinación del rango de protección del tipo de injuria y calumnia por cuanto no sólo son encuadrables en ellos los mensajes manifiestamente injuriosos, sino que también aquéllos indirectos o encubiertos. Y la segunda, radica en que a partir de la norma del Art. 423 es posible concluir que la regla general respecto de la injuria o calumnia encubierta es que ésta no es punible, salvo que su autor se rehusare a dar explicaciones satisfactorias acerca de ella, las que deben ser exigidas por el querellante o el tribunal para configurar el delito.

### *C) Calumnias e injurias publicadas en el extranjero (Art. 425)*

La regla del Art. 425 castiga también las “calumnias o injurias publicadas por medio de periódicos extranjeros”. Más que una excepción al principio de territorialidad de la ley penal, esta disposición parece configurar una condición objetiva de punibilidad, para el caso de la injuria hecha en Chile por escrito y sin publicidad ni conocimiento del injuriado: ella resulta impune en todo caso. Para su castigo, es necesario el conocimiento por parte del injuriado (quien mientras no la conozca no podrá accionar penalmente) o al menos su publicación, en Chile o en el extranjero.

Esta disposición penaliza, además, una especie de injuria y calumnia mediante la utilización y propagación en Chile de un escrito injurioso publicado en el extranjero. En efecto, allí se establece que responden también por las injurias y calumnias publicadas en periódicos extranjeros, “los que, desde el territorio de la República, hubieren enviado los artículos o dado orden para su inserción, o contribuido a la introducción o expedición de esos periódicos en Chile con ánimo manifiesto de propagar la calumnia o injuria”.

Con todo, hay que señalar que esta norma fue ideada para los medios de comunicación que existían al momento de dictarse el Código, hoy completamente superados por la existencia de la red de Internet, cuya ubicuidad ha deslocalizado completamente la emisión de informaciones, accesibles de manera instantánea en todo lugar conectado a ella y sin necesidad de que sus emisores la lleven o trasladen a lugares diferentes de su publicación.

### *D) Calumnia o injuria causada en juicio (Art. 426)*

El Art. 426 contempla una regla concordante con la regulación general que hace compatibles las sanciones de carácter gubernativo con las penales (Art. 20),

al permitir la aplicación en paralelo tanto de las facultades disciplinarias de los jueces (Arts. 530 y 531 COT), como de las sanciones penales que derivasen del ejercicio de la correspondiente acción por parte del ofendido.

En efecto, según esta disposición, si se causan injurias o calumnias en juicio, éstas se juzgarán disciplinariamente por el tribunal que conoce del proceso en el cual se causaron dichas injurias o calumnias, “sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente”. Por tanto, a diferencia de la anterior regulación, ya no se exige la declaración de mérito que tantos problemas dogmáticos había creado, pero se mantiene la restricción en orden al tiempo que es posible deducir la acción criminal, la que podrá ejercerse sólo una vez que haya finalizado el procedimiento en el que se causó la injuria o calumnia de que se trate, suspendiéndose entretanto su prescripción (Art. 431).

Al hablar de “juicio”, la ley se refiere a cualquier clase de procedimiento, sean estos de naturaleza civil, criminal, laboral, de familia o cualquiera otro tipo, pudiendo las injurias o calumnias ser causadas por cualquier interviniente en el proceso, ya sea en calidad de partes o de tercero.

### *E) Compensación de injurias y calumnias recíprocas (Art. 430)*

El Art. 430 contiene una regla excepcional en el sistema penal, al establecer un régimen de penalidad, que puede llevar a la exención de toda la pena, aplicable al caso de injurias o calumnias recíprocas, que se explica por el régimen de delito de acción privada a que están sometidos. Cuando las injurias son recíprocas, pero sólo una de las partes ha entablado la acción penal, el Art. 430 no es aplicable, pero nuestros tribunales han considerado, con razón, que en tales casos también debe operar la compensación, aunque sobre la base de otras categorías dogmáticas, como la presencia del ánimo *retorquendi* o de defensa del propio honor (SCS 3.5.1971 (RDJ LXVIII, 77)).

### *F) Prescripción (Art. 431)*

El Art. 431 fija el término de la prescripción de estos delitos en un año, “desde que el ofendido tuvo o pudo tener racionalmente conocimiento de la ofensa”, lo que ha dado pie para sostener la posibilidad de cometer este delito aun sin que el supuesto ofendido se haya dado por tal. El inc. final reitera esta idea, al señalar que en ningún caso podrá entablarse la acción de injuria o calumnia después de cinco años, contados desde que se cometió el delito, esto es, desde el momento en que se profirió la expresión o ejecutó la acción o se imputó la realización del

delito determinado pero falso, salvo que se trate de injurias o calumnias causadas en juicio, cuyo plazo de un año es perentorio.

En caso de que el ofendido haya muerto, el plazo de un año se les aplica también a las personas del Art. 108 CPP, pero contado no desde el fallecimiento, sino desde que el difunto haya tenido conocimiento de la ofensa.

## §7. DELITOS ESPECIALES CONTEMPLADOS EN LA LEY N° 19.733, SOBRE LIBERTADES DE OPINIÓN E INFORMACIÓN Y EJERCICIO DEL PERIODISMO

### *A) Injurias y calumnias cometidas por un medio de comunicación social (Art. 29 Ley N° 19.733)*

Respecto de las injurias y calumnias comunes cometidas por un medio de comunicación social, el Art. 29 Ley N° 19.733 prevé una pena agravada respecto a las multas a imponer, aplicándose a su configuración todo lo dicho en los apartados anteriores sobre las injurias y calumnias comunes, siendo la principal discusión que existe hoy en día determinar qué ha de considerarse un medio de comunicación social. Según el Art. 2° Ley N° 19.733, “para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”.

La literalidad del texto podría incorporar, ahora, toda comunicación expresada en las llamadas redes sociales o colgada en algún sitio de internet, aun por personas aisladas y sin dedicación profesional. Sin embargo, el Art. 39, inc. 2°, de dicha ley nos ofrece una guía para limitar un concepto tan extensivo, pues allí queda claro, en concordancia con lo dispuesto en su Art. 10 que, la existencia de un medio de comunicación social requiere una mínima organización, en la cual al menos figure un director responsable, diferente de quien emite las informaciones, pues él “o quien lo legalmente lo reemplace al efectuarse la publicación o difusión” se considera también autor del hecho. Luego, un sitio de internet, blog, sitio de Facebook, etc., para ser considerado medio de comunicación social ha de contar al menos con un director responsable, diferenciado de quienes producen las informaciones que publican. La relevancia de este cargo es tal, que no sólo impone obligaciones, sino también confiere el derecho a mantener la reserva de las fuentes informativas y de los elementos que obren en su poder en relación con las informaciones que difunden, “y no podrán ser obligados a revelarla ni aun judicialmente” (Art. 7° Ley N° 19.733), derecho de reserva que no se aplicaría, en

consecuencia, a los sitios de internet no configurados como medios de comunicación social.

### ***B) Injurias discriminatorias e incitación al odio (Art. 31 Ley N° 19.733)***

En cuanto a la figura de injurias discriminatorias, el Art. 31 Ley N° 19.733 castiga al que “por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad”. Es de aplaudir la introducción de este delito, pero “no se advierte la razón para restringir la incriminación de la instigación al odio y a la hostilidad discriminatoria”, “únicamente a la que tiene lugar a través de publicaciones y transmisiones” de medios de comunicación social (Politoff, Sergio (1999), “Informe sobre los delitos de discriminación en el derecho penal comparado”, en *Ius et Praxis*, Año 5, N° 2, 193s.). La actuación por motivos discriminatorios sólo puede apreciarse, respecto de las injurias y calumnias comunes, como una agravante del Art. 12 N° 20, siempre que exista una injuria o calumnia base.

### ***C) Ultraje público a las buenas costumbres (Art. 34 Ley N° 19.733)***

Por lo que respecta al ultraje público a las buenas costumbres, cometido por un medio de comunicación social, el Art. 34 Ley N° 19.733 sólo establece una agravación respecto de las figuras comunes de los Art. 373 y 374. La agravación prevista parece por lo menos contradictoria, si se toma en cuenta el aspecto puramente normativo del concepto de “buenas costumbres” y el hecho de que el Art. 374 del Código castiga al que “vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres”, y que obliga, en caso de condena, a ordenar la destrucción de tales impresos. La aplicación de esta norma, basada en el incierto concepto de “buenas costumbres”, de dudosa constitucionalidad, podría terminar convirtiéndose en un cajón de sastre para agrupar las acciones de quienes pretendan, por esta vía, buscar caminos para limitar la libertad de expresión, si no se previene con una vigorosa interpretación constitucional del ejercicio legítimo de este derecho, como la propuesta por Navarro (2000, 289s.).

### ***D) Atentados contra la libertad de emitir opinión e informar (Art. 36 Ley N° 19.733)***

El Art. 36 Ley N° 19.733 establece también un delito que protege exclusivamente la libertad de opinar e informar, castigando con la pena de reclusión menor

en su grado mínimo y multa al que, “fuera de los casos previstos en la Constitución o la ley, y en el ejercicio de funciones públicas, obstaculizare o impidiere la libre difusión de opiniones o informaciones a través de cualquier medio de difusión social”.

Como se aprecia, el texto no sólo tiene una pena baja, sino que importantes limitaciones para su aplicación práctica. Así, en primer lugar, reconoce la existencia de amplias posibilidades de limitar el ejercicio de este derecho, a través de medios de comunicación social (como sucede en los estados de excepción constitucional y en la regulación de las frecuencias radioeléctricas). Y, en segundo término, establece como único sujeto activo a los empleados públicos o quienes ejerzan funciones públicas, olvidando que en una sociedad de mercado pueden ser las fuerzas e intereses económicos quienes produzcan las mayores constricciones al ejercicio de estos derechos. Finalmente, tampoco se hace cargo de la difusión de opiniones e informaciones por Internet, a través de sitios que no sean considerados medios de comunicación social, aunque su obstaculización puede verse, en buena parte de los casos, como alguno de los delitos informáticos de la Ley N° 19.223, de 7.6.1993, lo cual anula la aparente desprotección que se generaría a partir de la aplicación exclusiva de este Art. 36 Ley N° 19.733.

## §8. LEYES DE DESACATO (ART. 284 CJM)

Tras varios casos que pusieron en entredicho la profundidad del carácter democrático de nuestra sociedad tras el término de la Dictadura Militar, nuestro Congreso logró derogar prácticamente todas las normas que establecían lo que, en el contexto del régimen de prensa, se conocían como leyes de desacato, esto es, aquéllas que establecían delitos consistentes en “la falta de respeto u ofensa inferida a la autoridad en la persona de sus representantes, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de ellas” (Labatut/Zenteno II, 98) y que, en términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, invierten “directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo”, limitando indebidamente “el derecho de los individuos y de la ciudadanía criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública” (*Informe Anual 1994*, Cap. V).

Actualmente, en Chile sólo se encuentra vigente como ley de desacato, el Art. 284 CJM, que castiga con pena corporal al que “ofendiere o injuriare de palabra o por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas, sus unidades, reparticiones, armas, clases o cuerpos determinados, o a uno de sus integrantes con conocimiento de su calidad de miembro de esas instituciones”. Sin embargo, la constitucionalidad de esta disposición —que no permite la exceptio veritatis—

es difícilmente sostenible, si se tiene en cuenta que las libertades de expresión y de información, o más sintéticamente, libertad de comunicación, es uno de los derechos fundamentales que se encuentra suficientemente asegurado en nuestro ordenamiento jurídico (Art. 13 Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 19 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 19 N° 12 CPR).





## Capítulo 8

# PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL HOGAR Y DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 19 N° 5 CPR garantiza “la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”. Y agrega: “El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

Esta garantía coincide con el interés de cada persona en reservar para sí un determinado ambiente en que desarrollar actividades personales o interpersonales que se estiman indiferentes para el Estado y terceros no autorizados, actividades que no se desarrollarían libremente de permitirse la observación, vigilancia o intromisión de esos terceros excluidos o del Estado.

### §2. VIOLACIÓN DE DOMICILIO Y ALLANAMIENTO ILEGALES (ARTS. 144 Y 155)

#### A) *Tipicidad*

El Art. 144 castiga al que “entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador”. Entrar significa “pasar de fuera adentro”, esto es, cruzar el límite que separa la morada de los demás sitios, públicos o privados. El sujeto que entra debe traspasar este límite íntegramente con su cuerpo o al menos con la mayor parte de él. Así, en la SCA San Miguel 13.12.2002 (*Repertorio*, 211) se estimó que no existía este delito en el hecho de romper una ventana y agazaparse junto a ella. El Código tampoco castiga el hecho de permanecer en la morada, no obstante, la orden de sus moradores de abandonarla. Esta evidente omisión en la protección del derecho a no ser perturbado en la intimidad de la propia morada —reproducida del viejo Código español de 1848 por la Comisión Redactora— conduce a la curiosa situación de que la conducta del que entró con la aquiescencia del morador, si decide quedarse, a pesar de las instancias y exigencias de éste, no queda comprendida en el alcance del tipo legal. Por eso el legislador español reparó en la anomalía y la corrigió, introduciendo, junto a la hipótesis de entrar, la de

“mantenerse en la morada ajena por el que no habita en ella, contra la voluntad del morador” (Art. 202 CP español 1995).

El delito de violación de domicilio es instantáneo, pero no permanente como la usurpación, pues no requiere ocupación con expulsión de los moradores. Además, no se incluyen en este delito otras formas de turbar la paz del hogar como sentarse en el umbral, arrojar objetos al interior, mirar insistentemente desde afuera, etc. (Labatut/Zenteno II, 35).

### a) Objeto material

La entrada debe ser en “morada ajena”. Por morada entendemos, al igual que en el delito de robo con fuerza, el lugar donde se tiene cama, vestidos, hogar, muebles, domicilio y habitual residencia, que, aunque pueda consistir en una simple habitación interior, debe tener resguardos que creen el espacio de intimidad a proteger penalmente, pero no es necesario que estos resguardos sean los mismos que se exigen en el delito de robo con fuerza en lugar habitado. Labatut/Zenteno II, 34, sostienen, con razón, que la noción se extiende también a lugares de permanencia accidental, esto es, a la habitación puramente transitoria de una persona (cuarto de hotel, camarote de un buque, etc.), aunque parecen fuera del ámbito de protección los campos cercados o propiedades agrícolas cerradas en las extensiones donde no se encuentra morada alguna (SCS 01.9.1983, *Repertorio*, 211).

No obstante, contra la literalidad del texto legal, Etcheberry III, 252, y la SCS 9.10.2003, *Repertorio*, 211, estiman que la morada en esta disposición debe extenderse también a la idea de domicilio civil, incluyendo otros recintos no domésticos, pero sí privados (locales de trabajo, oficinas de profesionales, establecimientos comerciales o industriales, clubes o círculos sociales, centros de recreo o deportivos, etc.). En el fallo citado, se sancionó a este título al gerente de un centro comercial que cambió los candados y vació un local comercial cerrado por su dueña. En el extremo, la SCS 19.11.2001, estimó que el descenso en helicóptero al potrero de un fundo apenas cercado y sin ingresar a construcción alguna del mismo constituía también este delito.

La morada que se viola debe ser ajena, lo que significa que ésta debe estar ocupada por un morador distinto del sujeto activo del delito; considerándose también ajena aquella morada que, siendo propiedad inscrita del sujeto activo, actualmente es ocupada legítimamente por otro: la ley protege aquí al morador no al propietario (SCS 13.6.1991, *Repertorio*, 212).

## b) Circunstancias

Entrar “contra la voluntad de su morador”. Esta voluntad en contrario puede manifestarse en forma expresa o presunta. Se presume la negativa del morador mientras no exista consentimiento expreso suyo (SCA La Serena 6.3.2012 *Repertorio*, 211s.), sea explícita o implícitamente. La presencia física de moradores en el momento de la comisión del delito es irrelevante para los efectos penales, aunque existe, alguna jurisprudencia antigua y aislada que exige voluntad expresa contraria y presencia física para expresarla, como elementos constitutivos del delito (*Repertorio*, 212).

## B) Figuras agravadas

La primera agravación corresponde al uso de la violencia o intimidación en la ejecución del hecho (Art. 144, inc. 2º). Por violencia debe entenderse las vías de hecho, el uso de la fuerza, que puede ejercerse, tanto en las cosas, como en las personas. La intimidación está representada por el hecho de atemorizar a las personas que podrían poner resistencia a la entrada, mediante amenazas serias y verosímiles de un mal inminente.

La segunda, al abuso de la función pública. Es el caso del Art. 155, figura que comprende también el registro irregular, institución procesalmente distinta al allanamiento, pero que materialmente se realizan en un mismo acto. Esta disposición supone que el empleado conoce que su actuación está fuera de los casos previstos por la ley y por eso actúa abusivamente, al contrario de los Arts. 143 y 148, en que se regulan situaciones de error de prohibición respecto al contenido de los deberes y facultades legales para detener a otro y en los que, por lo mismo, se establece una pena inferior a las del delito base de secuestro.

## C) Justificante específica

Es elemento integrante de este delito la ilicitud de la entrada en morada ajena. La antijuridicidad desaparece en los siguientes casos:

- i) *Si se verifica para evitar un mal grave a sí mismo (al que entra), a los moradores o a un tercero, o para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia (Art. 145).* Así, se ha resuelto que no está justificado el que huye de la policía, pues no puede considerarse su detención legítima un mal que justifique su acción; y que, en cambio, sí está justificada la mujer indigente que entra a una casa desocupada contigua (SSCA Santiago 28.11.2007 y Concepción 28.4.1964, *Repertorio*, 213);

- ii) *Si se verifica en cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas*, mientras estuvieren abiertos y no se usare de violencia inmotivada (Art. 145); y
- iii) *Si, tratándose de la actuación policial, se verifica en las condiciones que establece el CPP*, esto es, cuando se ingresa al lugar en actual persecución del individuo a quien debiere detener (Art. 129, inc. final); con el consentimiento expreso de su propietario (Art. 205, inc. 1°); en cumplimiento de una orden judicial (Art. 205, inc. final); o cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito (Art. 206, inc. 1°, primera parte); o exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren (Art. 206, inc. 1°, segunda parte).

#### D) Concursos

El Código contempla otros delitos en que parte de la conducta punible puede describirse como entrar en una morada ajena sin la voluntad de su dueño, como el robo con fuerza del Art. 440 N°1 y la usurpación. Sin embargo, en la violación de morada está ausente tanto la intención de apropiarse de cosas muebles como de ocupar la propiedad expulsando a los moradores. Tampoco se requiere la fractura o burla de los medios de protección del inmueble. Por eso, en el anterior sistema procesal, al corresponder al Juez la determinación de los hechos, su prueba y calificación jurídica, prácticamente no se suscitaban discusiones respecto de la calificación de un hecho consistente en el descubrimiento de un tercero que había entrado sin la voluntad del dueño a una morada, mediante fractura o burla de los medios de resguardo, haciéndose aplicación casi automática de lo dispuesto en el Art. 444, según el cual “se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de la verdadera sustraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias”. Sin embargo, las mayores exigencias probatorias que supone el sistema procesal acusatorio han hecho surgir la discusión al respecto.

Al respecto, nuestra Corte Suprema ha fallado al respecto que el simple hecho de ingresar a una vivienda forzando una ventana, encontrándose ebrio el hechor, constituye el delito de violación de morada si no puede acreditarse el propósito de apropiarse de cosas existentes al interior de la casa en que se ingresa, “ya que siendo el elemento psicológico” “determinante” para la configuración del robo “debe exteriorizarse en hechos objetivos que no admitan dudas en cuanto a la finalidad del hechor” (SCS 9.5.2002, Rol N° 914-2002).

En consecuencia, la defensa de falta o insuficiencia probatoria respecto del ánimo de apropiación puede conducir o bien a una recalificación del hecho de la acusación por parte del tribunal o a una negociación entre defensa y fiscalía para considerarlo una simple violación de morada. La actual imposibilidad de rebajas penológicas por concurrencia de agravantes en el caso del robo en lugar habitado, por la expresa disposición del nuevo Art. 449, originará seguramente una fuerte presión para ponderar estrictamente las pruebas y, en caso de falta de ellas o insuficiencia, proceder a la recalificación o a la negociación previa.

### §3. VIOLACIÓN DE CORRESPONDENCIA (ART. 146)

#### A) *Tipicidad*

El autor del delito de violación de correspondencia puede ser cualquiera, con la excepción del cónyuge y del padre respecto de los hijos bajo su cuidado. Si el autor es un empleado público o del Servicio de Correos, se aplica el Art. 156. La víctima también es indiferente, siempre que sea el destinatario o poseedor de la correspondencia o los papeles, respectivamente. Tratándose correspondencia, víctima también es el remitente. Como en la violación de morada, se presumen la ausencia de consentimiento para abrir, interceptar o registrar correspondencia o papeles ajenos, a menos que se pruebe lo contrario.

El objeto material del delito es la correspondencia o los papeles propios. Por correspondencia se entiende toda comunicación dirigida a una persona determinada, por un medio transmisible siempre que su contenido no sea aparente (Etcheberry III, 266). El medio más común es el papel, pero igualmente puede dirigirse correspondencia en otro medio diferente (celuloide, madera, cintas magnetofónicas o discos fonográficos donde se haya grabado una comunicación). Por los verbos empleados se excluye otro tipo de comunicación como las simplemente verbales, las telefónicas o las radiodifundidas. El mensaje transmitido puede ser escrito, fotograbado, digitalizado, etc. Por papeles debe entenderse los documentos que contengan comunicaciones dirigidas a determinadas personas, o copias de las que éstas hayan dirigido a otra, o en general, manifestaciones de pensamiento fijadas en un medio transmisible y que no sean de público conocimiento. Lo que se quiere proteger es el “papel” en cuanto sinónimo de “documento” y no solo como materialidad, sin exigirse que su contenido no sea aparente, como en el caso de la correspondencia.

En cuanto a la conducta, el Código emplea las expresiones abrir o registrar. El término abrir se refiere específicamente a la correspondencia y el registrar a los papeles. La correspondencia ya recibida y abierta, no por eso queda desprotegida totalmente, al pasar a formar parte de los papeles de la persona.

Respecto de la correspondencia el delito se consuma por el mero hecho de abrirla, no siendo necesario el apoderamiento de ella o la imposición de su contenido. Solamente puede cometerse este delito respecto de la correspondencia cerrada, y tal es la que se encuentra dentro de un continente que impide el acceso o bien plegada sobre sí misma en forma de no permitir enterarse de su contenido sin romper o separar esa forma de protección, y en general, la correspondencia enviada de tal modo que su contenido no resulte patente para cualquiera y que se evidencie la voluntad del remitente de que sólo el destinatario se entere en primer término de aquél. En cuanto a los papeles, la acción de registrar significa examinar con mayor o menor minuciosidad, en forma de poder enterarse de su contenido, los papeles ajenos.

Con relación a los empleados públicos, el Art. 156 añade la conducta de interceptación de correspondencia, esto es, su retiro del canal de circulación que la lleva a su destino, aunque no se abra ni registre. Además, dicha disposición castiga con la pena del autor de la violación de correspondencia al empleado público que participa en la violación hecha por un tercero, facilitándole la apertura o supresión de la correspondencia violada.

### *B) Figuras agravadas*

Cuando la violación de correspondencia, que incluye tanto abrirla como interceptarla, es hecha por un empleado público, el aprovechamiento o divulgación de los secretos tiene una pena relativamente mayor que la correspondiente a la agravación del Art. 146, justificada por el prevalimiento de la autoridad de quien realiza esta conducta típica, como también se hace en el Art. 337. Por su parte, el 83 de la Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos, reproduce la agravación respecto de la revelación del secreto postal y telegráfico, agregando un aumento de pena también para el caso de la divulgación del contenido de un parte telegráfico.

En cuanto a la conducta cometida por particulares, el Art. 146 establece una agravación por el hecho de divulgar o aprovecharse de los secretos contenidos en la correspondencia o los papeles. Secreto, para estos efectos, es tanto “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”, como “el conocimiento que alguno posee exclusivamente de algo”, según las acepciones del Diccionario aplicables a esta materia. La divulgación consiste en enterar a otro de los secretos. No se exige, para que la haya, que el secreto se comunique a muchas personas o al público en general: puede bastar la revelación a una sola persona, incluso exigiéndole reserva. En cuanto al aprovechamiento, se refiere a cualquiera ventaja (no necesariamente de carácter patrimonial) que el hechor obtenga gracias a la circunstancia de estar en posesión del secreto.

### C) *Justificante específica*

Es elemento integrante de la conducta la ilicitud de ella, la que puede estar ausente si opera alguna de las causas de justificación particulares de esta disposición que son:

- i) *La relación de familia o guarda que exista entre los sujetos de la figura*, los que están señalados en el inc. 2 del Art.146: cónyuges entre sí, padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.
- ii) *La disposición legal o reglamentaria que autorice a determinadas personas a instruirse de la correspondencia ajena*, p. ej., la exhibición de papeles como medida prejudicial (Arts. 273 N° 3 y 273 N° 4 y 276 CPC), el registro de correspondencia de los internos en recintos de detención y cumplimiento de penas (Art. 43 D.S. N° 518, de 21.8.1998), y el que se practica en los casos que se permite el ingreso a lugares cerrados durante una investigación penal (Arts. 205, 206 y 215 CPP).

## §4. DERECHO A LA PRIVACIDAD EN INTERNET. APLICACIÓN DE LA LEY N° 19.223 Y DE LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (ART. 36 B, LETRA C)

El vertiginoso desarrollo de las comunicaciones modernas a través de las redes de datos que conforman la plataforma que conocemos como Internet genera ciertas perplejidades al momento de considerar la aplicación de las normas penales existentes a hechos que ocurren en el llamado “mundo virtual” y son, al menos para el público lego, análogos a los que acontecen en el “mundo real”. Así, p. ej., se suele asimilar el correo electrónico con el correo físico; los sitios de internet de acceso restringido por clave o a ciertos usuarios (como las redes sociales), a lugares privados; y las transmisiones de datos en tiempo real, como las comunicaciones por Skype, WhatsApp y otros sistemas similares, a conversaciones privadas. Sin embargo, dicha analogía carece de sustento material, pues —al contrario que un envío físico de documentos cuyo contenido no es aparente para el transmisor (servicio de correos, p. ej.) sin abrir o registrar previamente el sobre o paquete que los contiene— los servicios de Internet operan con paquetes de información cuyo contenido, para ser transmitido, debe ser conocido por el sistema, esto es, descifrado, copiado y retransmitido por los computadores y servidores que los operan. Ello significa que tanto los operadores de los servicios de contenido como los proveedores de servicios de transmisión en Internet tienen acceso directo a los datos de dichos paquetes y pueden elaborar programas automáticos de detección

de contenidos de los mismos, controlar su difusión y transmitirlos total o parcialmente a terceros para su procesamiento.

Por ello la Ley N° 20.453, de 26.8.2010, incorporó a la Ley General de Telecomunicaciones el principio de neutralidad en la red, según el cual los ISP (concesionarios de servicios de telecomunicaciones que conectan a los usuarios con los proveedores de servicios de internet y estos mismos servicios) “no podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”. Las infracciones a estas obligaciones se sancionan administrativamente según el Art. 24 I de dicha Ley. Este principio reconoce que entre usuarios e ISP no existe una expectativa razonable de privacidad, pues obligar a los ISP a ser neutrales en la provisión, publicación y acceso a contenidos, esto es, a no interferir arbitrariamente en la navegación en Internet, supone que ellos están en condiciones técnicas de conocer dichos contenidos y accesos. Es más, el procesamiento automático de estas actividades de los usuarios, elaborando perfiles de intereses y comportamiento de éstos, es lo que hace posible la venta de publicidad personalizada en Internet, como puede comprobar cualquier usuario de los servicios de Google Mail, YouTube o Facebook. Por lo tanto, la obligación de los ISP que también contempla dicho Art. 24 H de la Ley General de Telecomunicaciones, en orden a “procurar” “preservar la privacidad de los usuarios”, debe estar referida exclusivamente a evitar la publicación o difusión a terceros no autorizados del registro y contenido de las actividades de los usuarios en Internet.

En consecuencia, respecto de los correos electrónicos, puede estimarse que existe una razonable expectativa de privacidad, pero solo en orden a que su registro y contenido no será facilitado o transmitido por los ISP a terceras personas no destinatarias de los mismos. Sin esta distinción técnica, nuestro Tribunal Constitucional estima que los correos electrónicos son “comunicaciones en que el emite singulariza al o a los destinatarios de su comunicación con el evidente propósito de que solo él o ellos la reciban”, por lo que su difusión a terceros atentaría contra la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones del Art. 19 N° 5 CPR (STC 29.1.2014, Rol N° 2379-13-INA). Por su parte, la SCS 15.1.2014, Rol N° 7484-2013, afirma que los “correos electrónicos” “corresponden a comunicaciones y documentos privados, carácter que se desprende de su propia condición de mensajes particulares intercambiados por individuos determinados, que sólo pueden acceder a ellos en cuanto titulares de una cuenta de correo que les es propia y en la medida en que a ellos sean dirigidos”.

Pero, puesto que ellos no existen físicamente como las cartas, ni para su acceso se requiere ingresar a un lugar privado, no parece, prima facie, que las disposiciones de los Arts. 146, 156 y 161 A y B sean aplicables a supuestos de acceso



no autorizado a los servidores donde se encuentran registrados o a las líneas de comunicación a través de las cuales se transmiten. En el primer caso, el Art. 2° Ley N° 19.223, de 7.6.1993, que tipifica figuras penales relativas a la informática, parece ofrecer una razonable descripción del hecho, imponiendo una pena que no se aleja significativamente de las previstas en las disposiciones del Código antes referidas al que “con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él”. El Art. 4° de dicha ley castiga también al que “maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información”, lo que complementa el castigo del hecho principal del acceso no autorizado. Esta disposición también podría hacerse extensiva a los ISP en la medida que la información que disponen de los usuarios en el ejercicio legítimo de los derechos que le confiere la ley es transmitida sin autorización de éstos o de la propia ley a terceros con fines comerciales o de otra naturaleza, no autorizada legalmente.

Respecto a la interceptación de la transmisión de los correos (esto es, de los paquetes de datos que los contienen), las disposiciones aplicables parecen ser, con propiedad, las de las ya mencionadas letras b) y c) del Art. 36 B de la Ley General de Telecomunicaciones, que castigan tanto al que “intercepte o capte maliciosamente o grave sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones”, como a quien realice “la difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida” de esa forma. Estas mismas reglas son válidas para los otros sistemas de comunicación a través de Internet con destinatarios determinados personalizados, como Skype, Line, WhatsApp, etc.

En el otro extremo, las publicaciones que los usuarios realizan en páginas o sitios de acceso libre al público de Internet, por regla general, han de considerarse que se hacen sin expectativas de privacidad, en la medida que el acceso a tales páginas o sitios es libre para cualquiera que navegue en la red, aún sin tener conocimiento previo de la dirección que permite acceder a dicho sitio, sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual e industrial que subsisten. No obstante, el almacenamiento y transmisión de los paquetes de datos que contienen tales sitios no pierden la protección penal de la Ley N° 19.223 y de la Ley General de Telecomunicaciones. En cuanto a su integridad, ella también se encuentra protegida por la Ley N° 19.223, cuyo Art. 3° sanciona al que “maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información”, pues aun siendo público el acceso al contenido de la información que presentan los sitios web, no es de libre acceso el sistema que contiene los paquetes de datos originales que son procesados para la publicación en Internet de la información que se quiere poner a disposición de los internautas.

En relación a los sistemas de páginas de Internet de acceso reservado mediante clave, dirección IP, identificación personal u otra limitación de acceso que los res-

tringe a un grupo determinado de personas, conocidos como sitios de Intranet, el acceso no autorizado a los mismos, su alteración o daño y la revelación de su contenido pueden perfectamente reconducirse a las disposiciones de los Arts. 2º, 3º y 4º de la Ley N° 19.223; mientras la interceptación y difusión de las transmisiones de los paquetes de datos respectivos se tipifica en el Art. 36 B) de la Ley General de Telecomunicaciones.

Las llamadas redes sociales (ciertas aplicaciones de YouTube y Google, Facebook, Twitter, LinkedIn, etc.) presentan características peculiares pues tras una apariencia de acceso restringido por claves y limitado a la cantidad de contactos que los usuarios puedan establecer entre sí, las políticas de privacidad que ellos consienten y la forma real de su funcionamiento distan mucho de las limitaciones propias de las Intranets. En efecto, en primer lugar, el acceso a la información de los usuarios en tales redes no se encuentra restringido a un grupo determinado de personas, sino a millones de ellos, en constante cambio y crecimiento (según la pretensión y éxito de los ISP respectivos). En segundo término, el login de acceso en vez de funcionar como una forma de garantizar la privacidad funciona materialmente al revés, esto es, como una forma de recolectar datos personales de navegación, intereses y conductas de los usuarios por parte de los ISP respectivos. Y, finalmente, el acceso a datos personales a través de la interacción con otros usuarios no está limitado a ellos, pues salvo en ciertas aplicaciones específicas de correos o comunicaciones “internas”, cada interacción entre dos o más miembros de una determinada red permite su reproducción total o parcial, de manera más o menos automática, a las redes de cada uno de ellos, de modo que existe la potencialidad de que cualquier fotografía, filme o comentario pueda hacerse “popular” o viral llegando a cualquier usuario dentro y fuera de la red social respectiva, sin control alguno por parte del usuario que la “compartió” primitivamente con otro u otros pocos miembros de su aparente “red personal”.

## Capítulo 9

# PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD Y DE LA SEGURIDAD INDIVIDUAL

## §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Según Santo Tomás, la libertad o libre albedrío es una facultad de voluntad y de razón cuyo objeto propio es el fin —Dios, en un sentido teologal— y el bien (*Suma Teológica, 2ª Parte, Sección primera, C.1, aa. 1 y 2*). Sin embargo, como señala con acierto Cury (2005, 66), “la libertad del hombre sigue siendo improbable, a pesar de todos los esfuerzos desplegados para acreditarla”. Es más, bien se puede postular, como propone Kelsen, que la sola existencia de un ordenamiento jurídico destinado a dirigir las conductas humanas mediante la imposición de sanciones a quienes no se conducen de la manera socialmente aprobada parece indicar lo contrario, esto es, que la libertad no existe como un atributo de la voluntad que indica la independencia del hombre respecto las leyes de la causalidad natural, sino al contrario: que el ordenamiento jurídico pretende introducirse en el curso causal para motivar las conductas de la mayor parte de los miembros de una sociedad capaces de ser motivados por éste (Kelsen, Hans (1979), *Teoría pura del Derecho, 2ª ed.*, México, 105ss.).

Sin embargo, no es este el lugar para entrar en las discusiones metafísicas acerca de la existencia, naturaleza y contenido de esa supuesta libertad como facultad humana para ser la causa no causada de la propia conducta. Basta con constatar que la libertad para el derecho penal se identifica con ciertas condiciones que permiten imputar a ciertas personas las consecuencias jurídicamente previstas por la ley respecto de ciertas conductas que se consideran de este modo voluntarias. En general, tales condiciones son la existencia de capacidad jurídica, la evitabilidad del hecho que se imputa y la ausencia de coacción, violencia o engaño. Presentes tales condiciones, bien podemos decir que las personas actúan voluntariamente, esto es, de manera libre. Pero como tales condiciones la ley las remite al mundo del ser (violencia, coacción y engaño son hechos que pueden o no estar presentes en la vida real), la libertad así entendida no es absoluta, como prácticamente nada lo es. La propia ley reconoce la existencia de graduaciones y excepciones respecto de los estímulos que pueden afectar la voluntad, como aparece con claridad en las atenuantes de los N°s 1, 3, 4 y 5 del Art. 11. En la realidad, la libertad del hombre así entendida siempre estará limitada por numerosos factores externos que no son relevantes para el Derecho Penal sino hasta que puedan ser descritos como circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal. En estos casos, no

estamos ante un hombre libre, sino alienado, esto es, determinado por la voluntad ajena y no por la propia.

Pero, así como esta idea de la libertad en el mundo real se da sólo en forma relativa, el antónimo de ella también está sujeto a las mismas limitaciones, es decir, la alienación nunca será totalmente completa; de tal manera que el juego libertad-alienación puede imaginarse en la figura de dos ángulos suplementarios, a la par que aumenta uno (libertad) disminuye el otro (alienación). El reconocimiento legal de esta gradualidad se encuentra, como hemos dicho, en la existencia de las atenuantes incompletas y pasionales.

Luego, la protección penal de la libertad no está referida a la protección de una facultad del alma o de otro concepto de carácter metafísico, sino a la de las condiciones que, presentes en el mundo real, permiten considerar a una persona libre en el sentido jurídico, esto es, imputable, determinado por su voluntad y no por la ajena al momento de decidir y actuar, con independencia de si de dicha decisión o conducta se siguen consecuencias jurídicas (lo que depende, en Derecho Penal, de que tales conductas estén expresadas como presupuestos de hecho de una norma penal). Se trata también, por tanto, de la protección de las condiciones en las cuales es posible ejercer los derechos de libertad sin interferencia ajena. Estos derechos de libertad, que podemos entender como los derechos a tomar ciertas decisiones y realizar ciertas conductas sin la amenaza de una sanción jurídica por ello, aparecen en la Constitución de diversas formas: cuando se reconoce el sistema democrático de elección de autoridades y, cuando se garantiza —junto a otros derechos constitucionales— en diferentes formas: como libertad de conciencia; libertad personal; libertad de enseñanza; libertad de emitir opinión e informar; libertad de trabajo; libertad para adquirir el dominio de las cosas; y libertad para crear y difundir las artes (Art. 19 N<sup>o</sup>s 6, 7, 11,12, 16, 23 y 25 CPR, respectivamente).

En resumen, para los efectos del Derecho Penal podemos aceptar un concepto operativo de libertad, entendiéndola como la capacidad de tomar decisiones y actuar sin ser coaccionado, engañado o sometido por la fuerza de terceros. La libertad así entendida puede ser afectada principalmente por la fuerza —en cuanto ésta constriñe física o moralmente a la voluntad—, pero también por el engaño, que afecta la inteligencia en el elegir.

Pero como el ejercicio de la violencia o la coacción afectan la capacidad de decisión de una persona sobre la base de que ésta preferirá su existencia antes que otra cosa, la protección de la libertad se confunde aquí con la de su presupuesto: la conservación empírica de las condiciones que permiten la existencia de los seres humanos. Esto es lo que llamamos seguridad individual, que se garantiza de forma expresa, pero restringida a la libertad de movimiento y a las garantías de los detenidos, en el Art. 19 N<sup>o</sup> 7 CPR. Sin embargo, como bien jurídico básico en la

organización democrática, aparece vinculada a la mayor parte de los delitos que nuestro agrupa en el Tít. III del Libro II, bajo el epígrafe de “delitos contra los derechos garantizados por la Constitución”, en los delitos de amenaza de los Arts. 296 a 298 y en la falta de coacciones del Art. 494 N° 16 (Así también, Guzmán, José Luis (1999), *El delito de amenazas*, Santiago, 158s).

Por ello, en el CP los tipos penales relacionados con la libertad individual apuntan también, y principalmente, a la seguridad individual como presupuesto de la libertad, en el sentido de las condiciones empíricas de la propia existencia, lo que permite una mejor graduación de la afectación del bien jurídico protegido y explica en cierta medida las diferencias penológicas que se pueden observar entre las distintas figuras que aquí se estudian.

Una concepción exclusiva de la libertad como único bien jurídico protegido en estos casos, no susceptible de graduación, no sólo es inconciliable con las graduaciones de la libertad de actuación que la propia ley contempla en otros casos (como cuando distingue entre el miedo y la ira, para considerar al primero eximente y a la segunda atenuante, p. ej.), sino que además puede llevar a efectos dogmáticos diametralmente opuestos a los que aquí se proponen, tales como ampliar el ámbito de aplicación del delito de secuestro a casos que habitualmente se han considerado como simples coacciones, como propone Bascuñán R., Antonio, *Nota* a la SCS 26.11.1986, RCP XXXIX, 81s.), quien argumenta que no existirían diferencias semánticas entre las expresiones “encerrar” y “detener” e “impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe”.

Por otra parte, como presupuesto del ejercicio de la propia libertad, la seguridad individual es un bien jurídico de carácter disponible, para quienes se encuentran en capacidad de disponer de su propia libertad o, más bien, de ejercer un derecho de libertad, de lo cual se desprende que en toda esta clase de delitos el consentimiento ha de jugar un papel relevante de exclusión de tipicidad, cuando pueda prestarse libremente. Así, p. ej., jamás podrá considerarse relevante el consentimiento para excluir la tipicidad del delito de sustracción de menores de 10 años, pero sí respecto del ingreso a una casa particular, sin orden judicial, siempre que el dueño del domicilio o su encargado consienta en dicho ingreso (Art. 205 CPP).

## §2. FALTA DE COACCIONES (ART. 494 N° 16)

Es un delito-falta de daño contra la libertad y seguridad individual, que, por su escasa entidad, constituye también la figura subsidiaria de todos los delitos contra la libertad. Se le llama también violencia privada y el bien jurídico protegido es la libertad de actuación, de obrar y la seguridad de ejercer dicha libertad en la oportunidad y dirección que se decida libremente.

## A) *Tipicidad*

Autor puede ser cualesquiera. Lo mismo puede decirse, en principio, respecto de la víctima, aún si es un inimputable, salvo casos de límites fácticos, p. ej., niños de pocos días o un enfermo mental catatónico, situación en que la libertad de actuar no puede ser afectada.

La conducta consiste —según el texto legal— en impedir con violencia a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerlo con violencia a efectuar lo que no quiera, literalidad que excluye la posibilidad de su castigo a título omisivo, tratándose de un delito de acción y de lesión.

En cuanto a la violencia, Etcheberry III, 245, la limita a la *vis absoluta*, pero según Labatut/Zenteno II, 32, ella incluye a la fuerza física y moral, excluyendo solo el engaño. La jurisprudencia también incluye aquí la fuerza sobre las cosas que tenga efecto sobre el sujeto (SCS 31.7.2001, *Repertorio*, 103). Al respecto, cabe señalar que en la medida en que las cosas sobre las cuales se ejerce la fuerza estén en conexión con las personas, esto es, que su destrucción tenga efectos sobre la capacidad de actuación, atentando directamente contra la libertad de autodeterminación, se incluiría dicha fuerza dentro del concepto de violencia que, en rigor, se hace equivaler así al de intimidación. En esta situación estaría aquel sujeto dueño de caballos a quien se le compele a actuar dando muerte a su caballo preferido, o el de quien es asustado con un disparo al aire. Esta situación se conoce también como coacción impropia.

En cuanto al objeto material, el CP emplea la fórmula “lo que la ley no prohíbe” para excluir del ámbito de aplicación del tipo legal el empleo de la violencia permitida por el orden jurídico para impedir que otro haga lo que la sí prohíbe, como la comisión de delitos. La fórmula es, con todo, poco feliz y algo redundante con la frase inicial que limita la punibilidad a los que no están “legítimamente autorizados”. Más adecuada es, por ello, la formulación actual del Código español, que suprimió la referencia a lo que la ley no prohíbe, manteniendo, en cambio, la frase inicial, que también contiene nuestra figura legal: “el que sin estar legítimamente autorizado impidiere...etc.”, que —sin dejar de ser en cierto modo redundante al referirse al conjunto del ordenamiento— sirve de manera suficiente como “llamado de atención” al juez para fijar con precisión los límites del injusto penal que no alcanza al conjunto de situaciones en que normativamente se autoriza el empleo de violencias contra otro para impedirle actuar en algún sentido determinado.

Así, no cometen coacciones: el padre que impide por la fuerza que su hijo menor de edad entre a un local donde conocidamente se expenden drogas ilícitas; el cónyuge que emplea la fuerza para evitar un suicidio; el médico que, para evitar la propagación de una enfermedad contagiosa, retiene a un paciente en un hospital; o el agente de autoridad que emplea la fuerza legítima en ejercicio de sus funciones.

Con todo, las personas que no están legítimamente autorizadas para emplear la fuerza, bien pueden encontrarse, en situaciones de excepción, amparadas por el nuevo N° 11 del Art. 10, como serían los de quienes impiden la entrada de menores a un lenocinio, sin obligación ni facultad legal impiden un suicidio, o sin ser facultativos evitan la propagación de una enfermedad contagiosa, etc.

Pero, la ley no limita las coacciones punibles a la violencia para constreñir a otro a cometer un delito. Bien puede tratarse de compeler a una acción inocua, basta con que no se quiera realizar por el compelido y la ley no obligue a su ejecución. Un ejemplo: el marido de la desairada cantante, irritado por la falta de entusiasmo del público, compele con violencia a algunos asistentes a aplaudir.

Hay casos, sin embargo, en que se puede lícitamente obligar a alguien con fuerza a hacer lo que no quiere: la acción de compeler no constituye, en tales hipótesis, un injusto penal. Ello acontece cada vez que el agente tenga la facultad jurídica de imponer una conducta determinada, mandada por la ley: p. ej., quien sea jefe o superior de un salvavidas podría legítimamente compelerle con violencia para que acuda a rescatar a alguien que se ahoga en la playa (si se admite que su deber de garante es legal), y el supervisor de ferrocarriles podría compeler al guardavía a que vuelva a su puesto (para impedir su actuación negligente, penada por la ley). Se trata, en tales casos, de conductas justificadas. No es bastante, pues, que el agente persiga un objeto lícito para que su conducta violenta quede impune —lo que constituiría un intolerable “control social”, en que cada uno pueda pretender substituirse a la autoridad en la tutela de los bienes jurídicos—, sino que es necesario acreditar que el actor estaba autorizado por el ordenamiento para intervenir del modo y en la oportunidad que lo hizo. De ahí el elemento normativo inicial del precepto: “sin estar legítimamente autorizado”.

Sin embargo, al igual que en el caso de las violencias para impedir realizar lo que la ley no prohíbe, quienes no estén legítimamente autorizados para emplear la fuerza podrían, en casos de excepción, acudir a la nueva eximente de estado de necesidad exculpante del Art. 10 N° 11, como sucedería paradigmáticamente en el caso de quien, sin tener autoridad sobre el salvavidas, lo compele a lanzarse al agua para rescatar a alguien que se ahoga: el mal que se causa sería, en tal caso, sustancialmente inferior al que se pretende evitar. También este sería el caso de quien violenta a un conductor para que conduzca a exceso de velocidad a fin de evitar la muerte de un paciente (hipótesis clásica de estado necesidad propuesto en la literatura holandesa).

En todos estos casos, si la acción de compeler produce en el compelido lesiones menos graves o de mayor entidad, el que compele será responsable de estas lesiones (a menos que medie una causal de justificación o exculpación), pero no de las coacciones. En cuanto a las lesiones leves, debe admitirse que su producción se absorbe en la atipicidad de esta clase de coacción impune (consunción inversa).

### a) Elemento normativo del tipo

La expresión “sin estar legítimamente autorizado” es un elemento normativo del tipo. Se refiere a los permisos del ordenamiento jurídico en general y no necesariamente y de manera determinada a las causas de justificación contempladas en el Código. Se trata de un importante llamado de atención acerca de la realidad de la vida diaria, donde la intervención del Estado y aún de los particulares, limitando los desplazamientos, cercando accesos, etc., produce una importante constricción del ámbito del ejercicio de la libertad que no puede considerarse siquiera típica.

### b) Límites de la violencia

Tratándose de *vis absoluta*, en cuanto a su límite inferior, éste incluye las simples vías de hecho no constitutivas de lesiones pero que sí afectan la libertad de autodeterminación (Politoff/Bustos/Grisolía, 288). Y en cuanto a su límite superior, lo encontramos en las lesiones leves o faltas. Si las violencias alcanzan una gravedad tal que producen un resultado de lesiones menos graves, entonces dicho delito desplaza al de coacciones, lo mismo que cualquier otra lesión de mayor entidad que se produzca.

Tratándose de *vis moral*, debe la amenaza ser efectiva, pero al mismo tiempo no tener la gravedad de las amenazas que se consideran como elemento típico de otras figuras especialmente sancionadas, como las propias amenazas, la violación, el robo con intimidación, etc.

### B) Culpabilidad, *iter criminis* y concursos

No es posible el cuasidelito de coacciones, ni su castigo a título de tentativa o frustración, ya que estamos ante una falta que no admite tales graduaciones de la culpa y del desarrollo del delito,

En cuando a los concursos, como ya hemos dicho, el delito de coacciones es una figura subsidiaria y residual porque puede integrar muchos otros delitos donde la ley estima como circunstancia relevante la actuación contra la voluntad de la víctima, como en las amenazas, el robo con violencia, la violación, el secuestro, etc.

Se diferencia del secuestro de personas porque las coacciones implican una agresión momentánea que afecta muy limitadamente las condiciones de ejercicio de la libertad personal, dejando al afectado en la posibilidad de ejercer su libertad ambulatoria en otras direcciones o momentos, diferentes respecto de la dirección o momento en que se ejerce la coacción. Esto es, no se trata aquí de “privar de su libertad a otro”, sino de “impedir” y aún “obligar” a otro a que la ejerza en



un momento o dirección determinado, dejando a salvo las condiciones para su ejercicio en otro momento o en una distinta dirección. Este es el típico caso de la interrupción temporal del trayecto de un automóvil o de la continuación de su marcha a pesar del interés manifestado de un pasajero de bajar del mismo (SCS 26.11.1986 (RCP XXXIX, 77s.). En esta misma línea, señala Bustos (1991, 104), que la inutilización del auto de una persona, obligándola a ir a pie (no se ha afectado su capacidad de ir de un lugar a otro) es coacción, pero si se inutiliza la lancha que es el único medio que tiene una persona en una isla pequeña para trasladarse a tierra firme, habría secuestro.

En cuanto a su relación con el delito de amenazas, estimamos que la estructura del delito de coacciones como figura básica de los delitos que afectan la libertad y la seguridad, impone una distinción en relación a la gravedad de la amenaza proferida. Luego, las amenazas del delito de coacciones sólo pueden ser amenazas de males de escasa gravedad, no mencionados en el Art. 296. En definitiva, la relación entre los delitos de amenazas y coacciones quedaría estructurada de la siguiente manera:

- i) *Amenazas de un mal que constituye delito*: siempre sería el caso del Art. 296, con independencia de si la amenaza es inminente o futura, a menos que la amenaza constituyera un elemento de un delito más grave, p. ej. violación o robo con intimidación.
- ii) *Amenazas de un mal no constitutivo de delito*: se comprenderá dentro del Art. 297, siempre que se trate de un mal que afecte los intereses personalísimos a que se refiere el Art. 296: persona, honra o propiedad del amenazado o su familia, con independencia de si la amenaza es inminente o futura.
- iii) *Amenazas de un mal no constitutivo de delito y que no afecte directamente a la persona, familia, honra o propiedad del amenazado*. En este caso se sancionarán las amenazas como coacciones, siempre que el culpable cumpla su propósito (las faltas no admiten tentativa), esto es, impedir efectivamente que el amenazado haga algo que la ley no prohíbe o compelerle a hacer lo que no manda.

### §3. COACCIONES AGRAVADAS COMETIDAS POR EMPLEADOS PÚBLICOS (ART. 158 N°4)

Esta figura puede concebirse como una forma calificada de coacciones, atendido el sujeto activo, ya que castiga con la pena de suspensión de empleo (o reclusión en su grado mínimo, si el funcionario no fuere rentado), al “empleado público que arbitrariamente [...] impidiere a un habitante de la República permanecer en cualquier punto de ella, trasladarse de uno a otro o salir del territorio,

en los casos que la ley no lo prohíba; concurrir a una reunión o manifestación pacífica y legal”.

A su respecto, vale todo lo dicho referente a las coacciones, particularmente en lo que respecta a la violencia ilegítima, que aquí se encuentra prevista al hablar la ley del actuar “arbitrario”; y, sobre todo, en el reconocimiento que hace el Código en cuanto a que las perturbaciones temporales respecto a la oportunidad y dirección del ejercicio de la libertad ambulatoria no constituyen secuestro ni detención ilegal, sino sólo coacciones.

#### §4. AMENAZAS (ARTS. 296 A 298)

##### A) *Bien jurídico*

En el delito de amenazas se atenta principalmente contra la seguridad individual del amenazado como presupuesto de la libertad y, eventualmente, contra la libertad de actuación, si las amenazas producen efecto en su voluntad. Es siempre un delito de peligro concreto, atendidas las estrictas condiciones que impone el articulado del Código La especial naturaleza del bien jurídico, que permite su disponibilidad por parte del titular, ha llevado al legislador a limitar la persecución penal de su lesión, transformándolo en delito de acción pública previa instancia particular, según lo dispone el Art. 54 CPP.

##### B) *Tipicidad*

El sujeto activo en este delito es indiferente, por lo que cualquiera puede ser autor. No ocurre lo mismo con las víctimas, pues aquí se castigan únicamente las amenazas dirigidas contra particulares. Si son dirigidas contra los miembros del Congreso por sus opiniones, de los tribunales de justicia por sus fallos o a los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de su cargo, se configura el delito de desacato del Art. 264, castigado con la pena de reclusión menor en cualesquiera de sus grados. Si se dirigen contra fiscales o defensores públicos, en los mismos términos señalados en estos Arts. 296 y 297, la pena a imponer se agrava, aplicándose “el máximo de la pena o el grado máximo de las penas previstas”.

La conducta punible consiste en amenazar, esto es, según el Diccionario, “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro”. Sin embargo, la ley ha delimitado el ámbito de las amenazas constitutivas de delito, estableciendo para ellas especiales requisitos, en atención a los bienes sobre que recaen, su seriedad y verosimilitud.

En primer lugar, el Art. 296 señala que toda amenaza punible a este título debe recaer en la persona (lo que comprende su vida, salud e integridad corporal), honor (entendido como igual consideración social), o propiedad del amenazado o de su familia (cónyuge, ascendientes y descendientes y colaterales hasta el tercer grado, consanguíneos o afines; extensión discutida debido a que puede haber personas muy significativas que quedan excluidas, como la o el conviviente). Luego, no hay amenaza si una persona interpela a otra señalándole que lo demandará si no le paga lo que le debe, porque en este caso se está ejerciendo un derecho y no se afectan los bienes que la ley señala o su afectación es legítima. Lo mismo ocurre si la interpelación consiste en la denuncia de un delito o el aviso del ejercicio eventual de la defensa legítima, en caso de ser agredido en el futuro.

En segundo término, se requiere que la amenaza sea seria. Esto supone que exista como tal, en el sentido de haber sido proferida o expresada seriamente, sin asomo de burla o broma, dando a entender la decisión de quien la realiza de llevarla a cabo. La amenaza que se profiere en broma no será delito, como tampoco lo serán las simples advertencias de males futuros cuya realización no depende de quien las hace.

Si la seriedad de la amenaza se refiere a su existencia como tal (comprobable objetivamente y “verdadera”, desde el punto de vista de quien la profiere); la verosimilitud, en cambio, lo hace respecto del mal con que se amenaza, desde el punto de vista de quien la recibe: debe tratarse de un mal que, por la forma y circunstancias en que se le señala a la víctima, sea para ella creíble su realización futura atendida la situación concreta en que se encuentra (que tenga “apariencia de verdadero”, como define lo verosímil el Diccionario), aunque no sea posible de realizar por razones que el propio amenazado desconoce. Por tanto, la verosimilitud debe juzgarse ex-ante, situándose en la perspectiva del afectado.

### C) *Clasificación*

EL CP clasifica las amenazas según su contenido, atendiendo a si el hecho con que se amenaza es o no constitutivo de delito. Si es constitutivo de delito, el Art. 296 gradúa la pena de acuerdo con las siguientes circunstancias:

- i) *Si la amenaza fuere condicional (Art. 296 N<sup>os</sup>. 1 y 2)*, exigiendo una cantidad de dinero o imponiendo ilegítimamente cualquier otra condición, la pena varía según si la condición impuesta se cumplió (presidio menor en su grado máximo) o no (presidio menor en su grado máximo);
- ii) *Si la amenaza no fuere condicional (Art. 296 N<sup>o</sup> 3)*, se impone una pena única de presidio menor en su grado mínimo. En este caso aparece con más claridad que en los restantes que el bien jurídico predominante es la protección de la seguridad como presupuesto de la libertad de actuación, pues el

amenazante nada espera obtener de su amenaza, sino sólo infundir temor acerca de su seguridad en el amenazado; y

- iii) *Si se ejecuta el delito amenazado (Art. 296 N° 3)*: En este caso, si el delito con que se amenazó se consuma, y tiene una pena superior a la que señalan cualesquiera de los números del Art. 296, debe aplicarse sólo la pena del delito consumado. La existencia previa de la amenaza sólo puede tomarse en cuenta para los efectos del Art. 69. No obsta a esta conclusión el que la cláusula de subsidiariedad expresa se encuentre al final del N° 3° de este Art. 296, pues en todos los numerales de esta disposición, la amenaza de un delito que efectivamente se ejecuta es un acto anterior copenado de ese delito particular que se comete. Pero si el delito cometido mereciere menor pena que la amenaza del mismo, entonces resurgirá la penalidad de las amenazas, como atentado contra la libertad de autodeterminación, las que se castigarán en concurso real con el delito efectivamente cometido.

Ahora bien, si el hecho amenazado no es constitutivo del delito, el Art. 297 lo sanciona con igual pena, pero menor a los casos anteriores, tanto si se exige o no alguna condición.

#### *D) Culpabilidad, concursos y reglas especiales de determinación de las penas*

Sólo es posible cometer este delito con dolo directo, ya que siempre que hay un elemento subjetivo adicional se excluye el dolo eventual: el propósito de causar el mal con que se amenaza (o de hacerlo verosímil), y el de obtener alguna prestación, en su caso.

En los casos de concursos con otras amenazas especialmente punibles (particularmente respecto de ciertas autoridades), las diferencias penológicas en la sanción de las amenazas a particulares hacen que, tendencialmente y por la aplicación práctica del mínimo de la pena prevista, puede resultar menos grave amenazar a un miembro de los tribunales de justicia que a un defensor público e incluso que a un particular, lo que debe resolverse acudiendo al principio de alternatividad en aquellos casos que la agravación de la amenaza hecha a autoridades parezca una atenuación inesperada respecto de la valoración de la misma cuando se hace a particulares. Este sería el caso de una amenaza hecha a un juez por algún fallo exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquier otra condición: presidio menor en sus grados medio a máximo, visto desde el Art. 296 N° 1; y “sólo” reclusión menor en “cualquiera de sus grados”, según el Art. 264.

En cuanto a la determinación de las penas, el inc. 3 del Art. 296 establece una agravante específica de esta clase de delitos, consistente en hacerse las amenazas “por escrito o por medio de emisario”. La ley reconoce aquí expresamente un caso especial de autor mediato con agente doloso, tradicionalmente discutido en

la doctrina. Por su parte, el Art. 298, señala una pena adicional que podría aplicársele al amenazador, consistente en condenarlo a dar caución de no ofender al amenazado, y en su defecto a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

### *E) Amenazas en contexto de violencia intrafamiliar*

En situaciones de violencia intrafamiliar, y particularmente de violencia de género, existe entre nosotros una práctica jurisprudencial que tiende a confundir la manifestación inicial de la conducta del tirano doméstico con lo que se estima simples momentos de exaltación, generalmente producto del alcohol, los celos o a veces lo que se cree insignificantes desavenencias sobre la alimentación o el vestuario y, por tanto, supuestos de amenazas no serias ni verosímiles. Esta es la confusión en que incurre, p. ej., SCA Valparaíso, de 23.11.2012, Rol N° REF-1299-2012, donde se declaró que “los insultos en el contexto de actos propios de violencia intrafamiliar, donde incluso se amenaza de muerte, no constituyen por sí solos indicios de tal magnitud que conduzcan a tipificar el delito del Art. 296 N° 3, pues las máximas de la experiencia permiten demostrar que es de ordinaria ocurrencia que las discusiones familiares estén inmersas en actos pasionales e irracionales que elevan los niveles de la discusión verbal profiriéndose amenazas o provocaciones que normalmente no se concretan”.

De aceptarse este razonamiento, tendría que concluirse que salvo que las amenazas se ejecuten (causando lesiones o muerte), en los contextos de violencia intrafamiliar, ellas no serían punibles por regla general, pues aunque se probase que fueron proferidas y existieron, “las máximas de la experiencia” permitirían demostrar que ellas no son serias, pues “es de ordinaria ocurrencia que las discusiones familiares estén inmersas en actos pasionales e irracionales”, y además, que no son verosímiles, pues ordinariamente “no se concretan”. Sin embargo, la seriedad de las amenazas proferidas en contextos de violencia intrafamiliar, y particularmente, de violencia de género, radica precisamente en que no se trata aquí del intercambio de palabras entre conductores desconocidos que se exaltan frente a una infracción menor de tránsito o de amigos embriagados en una fiesta de cumpleaños que recuerdan rencillas del pasado, sino de manifestaciones de una clase de relaciones, particularmente entre hombres y mujeres, en que la necesidad de dominación por una parte, y de sobrevivencia, por la otra, conducen a una previsible reiteración de conductas agresivas dentro de un ciclo cuya existencia ha sido bien documentada en la literatura científica. Como ya hemos dicho, este “ciclo de la violencia” se caracteriza por ser repetitivo y contar con tres fases más o menos definidas, en cuya Fase 1, consistente en un gradual incremento de la tensión, el agresor insulta y amenaza a su víctima.

Es la constatación de la existencia de este “ciclo de la violencia” lo que, además, hace verosímiles para la víctima las amenazas proferidas en contextos de

violencia intrafamiliar y, particularmente, de violencia de género, por cuanto para ellas su concreción en agresiones físicas incontroladas es muy probable. Pero no sólo es probable esa concreción para quien ha aprendido a vivir en un ambiente de violencia crónica, sino también desde un punto de vista objetivo. Como se ha dicho, las amenazas e insultos son la primera fase dentro de un “ciclo de violencia” a la cual, por regla general, sigue otra de agresiones físicas descontroladas que, lamentablemente, pueden derivar en lesiones de gravedad y muertes, cuya realidad ya está más que comprobada. El grado que alcanzan esas violencias incontroladas es lo que no siempre puede discernirse. Sin embargo, la probabilidad de su ocurrencia ha llevado a que, en Chile, al reportar las dimensiones de las agresiones sufridas por las mujeres, se haya calificado la violencia intrafamiliar como un problema de salud pública (Donoso, Enrique (2007), “Editorial”, *Revista Chilena de Obstetricia*, Vol. 72).

#### a) Retracción de la víctima de amenazas en contexto de violencia intrafamiliar

Dentro del desarrollo del síndrome de la mujer maltratada, es completamente normal el fenómeno de la retractación, en que la víctima que se atrevió a denunciar la violencia sufrida, luego se desdice. Esta conducta, que se presenta particularmente en la Fase 3 del “ciclo de la violencia”, parece responder a la equivocada idea de las víctimas de que con ello podrán mantener por más tiempo la cesación de los actos de maltrato y amenazas. Este fenómeno particular se enmarca en el llamado síndrome de Estocolmo doméstico o síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica (véase al respecto, con detalle, Graham, Dee L. y otros (1994), *Loving to survive, Sexual Terror, Men's Violence and Women's Lives*, New York; y Montero, Andrés (2001), “Síndrome de adaptación paradójica a la violencia doméstica: una propuesta teórica”, e *Clínica y Salud*, Vol. 12 N° 1, 371-397).

Naturalmente, desde el punto de vista procesal, la retractación de la víctima en sede judicial puede producir dificultades insalvables a la hora de probar los hechos denunciados, sobre todo en delitos en que la prueba principal es, generalmente, la palabra de la ofendida. Pero si los hechos denunciados pueden probarse por otras vías y la retractación de la víctima es claramente constatable como un síntoma del síndrome de violencia intrafamiliar, no habría, en principio, problemas dogmáticos para la configuración del delito que se trate.

A esta situación parece apuntar el Art. 19 Ley N° 20.066, que les resta valor a estas retractaciones al prohibir la salida anticipada consistente en los acuerdos reparatorios en las causas donde la violencia intrafamiliar se encuentra presente, al suponerse que en tales casos el acuerdo al que se llegue estará viciado por la relación de violencia y dominación subyacente. En el mismo sentido deben entenderse las limitaciones a los procesos de mediación en el ámbito de la judicatura

familiar, cuando existen procesos pendientes por violencia intrafamiliar (Art. 106 Ley N° 19.968). Sin embargo, posteriormente la Ley N° 20.480, de 18.12.2010, al mismo tiempo que impidió extender la excusa legal absoluta del Art. 489 a los daños causados entre cónyuges (típica manifestación de la violencia intrafamiliar), concedió un extraordinario valor a la retractación en ciertos casos de mayor gravedad que las amenazas, como son los delitos de carácter sexual. En efecto, esta ley modificó el inc. final del Art. 369, permitiendo ahora ampliamente la retractación de una denuncia por delitos de violación, estupro y corrupción de menores, facultándose al juez a “poner término al procedimiento” a requerimiento de la víctima que sea cónyuge o conviviente del denunciado. Con ello, no sólo se retrocedió frente a la anterior regulación más restrictiva introducida por la Ley N° 19.617, de 12.7.1999, sino que sencillamente se prefirió ver en estas retractaciones una suerte de reconciliación familiar que la ley debería favorecer antes que reconocer la empíricamente comprobada conducta adaptativa y paradójica que, generalmente en la Fase 3 del “ciclo de la violencia”, realizan las mujeres para asegurar su sobrevivencia y la de sus hijos.

Ante este vaivén legislativo parece difícil argumentar contra el valor que la ley chilena le otorga a la retractación cuando ella se permite en delitos tan graves como la violación y otros atentados de carácter sexual, los cuales comparten con los delitos de amenazas el afectar ámbitos de la libertad personal y ser todos, procesalmente, delitos de acción pública previa instancia particular. Con todo, se debe rechazar el argumento según el cual en esta clase de delitos el perdón del ofendido permitiría extinguir la acción penal, en virtud de lo dispuesto en el Art. 19, pues el Art. 55 CPP dispone que una vez “iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública”, excluyendo por *lex posterior* el efecto que una interpretación extensiva del Art. 19 del Código de 1874 podría otorgarle al perdón del ofendido.

## §5. CHANTAJE Y ACOSO SEXUAL

El chantaje o *black mail*, cuyo origen histórico se encuentra en la suma periódica que pagaban los habitantes del norte de Inglaterra y del sur de Escocia a individuos vinculados a los bandidos y saqueadores para que se los protegiera de los robos y violencias, es una figura similar a las amenazas condicionales. Aunque no se encuentra expresamente contemplada en nuestra legislación bajo esa denominación, podría aplicarse a su respecto la figura de amenazas del Art. 296 N° 1 o 297, según los casos; la extorsión del Art. 438, si se utiliza para lograr la suscripción de un documento; o la del Art. 161-B, si se amenaza con difundir información privada a los medios de comunicación, imponiendo cualquier exigencia.



En cuanto al denominado acoso sexual, esto es, la solicitud de favores sexuales a personas que se encuentran en ciertas relaciones de especial vulnerabilidad o subordinación tampoco encuentra una regulación específica desde el punto de vista penal en nuestro sistema legal. No obstante, buena parte de los casos más graves “cabe perfectamente en las previsiones del Código Penal” (Rivacoba, Manuel, “¿Criminalizar el acoso sexual?”, en GJ 170, 20), principalmente en el instituto de las amenazas condicionales, particularmente las referidas a un mal no constitutivo de delito. Además, con la nueva redacción del Art. 297, ahora es posible iniciar acciones penales en estos casos, sin necesidad de esperar a la consumación del propósito del acosador, como sucedía con la anterior legislación. Por otra parte, entre los delitos contra la libertad sexual se contemplan dos figuras relacionadas: el estupro por abuso de una relación de dependencia del Art. 363 N° 2 y los abusos sexuales del Art. 366 N° 2, en ambos casos limitado el sujeto pasivo a una menor de 18 años. Finalmente, tratándose de relaciones entre funcionarios y personas particulares, el acoso sexual aparece recogido como delito de sollicitación de personas en los Arts. 223 N° 3, 258 y 259. Este amplio abanico de disposiciones penales disponibles para sancionar algunos de los casos más graves de sollicitaciones sexuales impropias —que constituyen algo más que la simple molestia del receptor de una poco elegante propuesta de orden sexual o que afectan de una manera intolerable la normalidad de las relaciones humanas, particularmente en el orden laboral—, parece dar alguna parte de razón a quienes opinan que resultaría innecesaria la creación de un delito especial en esta materia (Guzmán, José Luis (1998), “Noción, punibilidad y crítica del denominado acoso sexual”, en *Anuario Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U. de Antofagasta*, 25-33; y Künsemüller, Carlos (2001), “Acoso sexual: criminalización v/s descriminalización”, en *La Semana Jurídica* N° 42, 5s).

Sin embargo, puesto que al aplicar estas figuras —que protegen principalmente otros bienes jurídicos— se “oculta” el aspecto abusivo del aprovechamiento de la posición dominante del acosador al realizar la solicitud o insinuación de carácter sexual, las legislaciones modernas se han visto impulsadas a establecer un delito autónomo en esta materia, para castigar esa sola solicitud o insinuación con independencia de la aceptación o consumación de los actos de carácter sexual requeridos o insinuados.

Además, existe un importante movimiento en orden a considerar el acoso sexual una manifestación de violencia de género, donde el presupuesto no sería la existencia de una relación de subordinación o dependencia, sino la diferencia de sexo. Esa es la razón por la cual también se ha propuesto la penalización autónoma aún de las solicitudes e insinuaciones de carácter sexual no consentidas entre personas en igualdad de condiciones (estudiantes y trabajadores de similar nivel y sin relación de subordinación entre sí, p. ej.). Así, p. ej., la Directiva aprobada por el Parlamento y el Consejo Europeo en la materia (2006/54/CE), propone adoptar



una definición amplia de acoso sexual punible, del siguiente tenor: “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Entre nosotros, así también se regula el acoso sexual en el ordenamiento laboral, donde el Art. 2° del Código del Trabajo lo define como el hecho de que “una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. Para tales casos, ausentes de sanción penal directa, puede entenderse que las reiteradas solicitudes o insinuaciones de esa naturaleza (y aún el hablar de ello frente a otra persona como si ella estuviese de acuerdo, cuando no lo está), si afectan la libertad de la persona solicitada o referida podrían constituir una forma de violencia moral que diera lugar a su persecución a título de coacciones, si por causa de ellas la persona afectada se retira de su trabajo o estudios, p. ej.; y también una falta a la igual consideración que a todos corresponde en una sociedad democrática, lo que nuestro Código reconoce como una forma de injuria grave del Art. 417 N° 3, esto es, atribuir a otro un “vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado”. Sin embargo, hay que reconocer, por una parte, que la persecución penal de las faltas carece del suficiente carácter disuasorio como para destacar la gravedad del hecho que se pretende evitar; y por otra, que la persecución de las injurias, sujeta a las estrictas reglas de los delitos de acción privada, somete a la acosada a obligaciones (empezando por la de contratar abogado particular) que dificultan bastante su persecución penal.

## §6. SECUESTRO (ART. 141)

### A) *Bien jurídico*

Esta figura castiga a quien “sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad”. Los principales bienes jurídicos protegidos aquí son la seguridad individual y la libertad ambulatoria. Ésta no es más que una especificación de la libertad, la capacidad de actuación en lo referente a la movilidad del sujeto, referida a la capacidad del sujeto para trasladarse de un lugar a otro.

El secuestro es un delito de lesión y además es de aquellos delitos llamados permanentes, debido a que se realiza todo el tiempo mientras perdura la privación de la libertad. Esta última característica es importante para las cuestiones relativas a la participación, la legítima defensa, el *tempus delicti* y la prescripción.

## B) Tipicidad

El autor puede ser cualquiera. El funcionario público que incurriere en esta conducta cometería la detención ilegal del Art. 148, pero siempre que actúe en ejercicio de su cargo. Si actúa como particular, esto es, fuera de la esfera de sus atribuciones, el delito que comete es el de secuestro (SCS 27.10.1995 (RDJ XCII, 204s.)). Volveremos sobre este punto al tratar el delito de detención ilegal.

En cuanto a la víctima, la única limitación que establece la ley es su edad: sólo puede ser un mayor de 18 años. Si es menor de 18 años la figura es la sustracción de menores. En cuanto atentado contra la seguridad personal, aún el enfermo catatónico y la persona dormida o inconsciente pueden ser objeto de este delito, al igual que la que padece de una parálisis, temporal o permanente, cuya voluntad y capacidad de ejercer la libertad ambulatoria se manifiesta y realiza a través del encargado de su cuidado o custodia.

Los verbos rectores de la conducta son “encerrar” y “detener”. Las expresiones empleadas por la ley son comprensivas de toda privación de la libertad personal, tanto física como ambulatoria, entendiéndose como el derecho de los individuos de desplazarse de un lugar a otro o de permanecer en un lugar determinado. No es necesario que la privación de libertad sea absoluta. Es indiferente, además, que el lugar de la detención o encierro sea público o privado. En efecto, la detención es la aprehensión de una persona, acompañada de la privación de su libertad. Incluye conductas tales como el amarrar, aturdir, narcotizar, etc. Consiste en obligar a una persona a estar en un lugar contra de su voluntad, privándosela, así, de su libertad ambulatoria, siendo indiferente el medio empleado para ello. Por su parte, el encierro consiste en mantener a una persona en un lugar de donde no pueda escapar, aunque el espacio en que se le mantiene tenga salidas, que el encerrado no conoce o que su utilización sea para éste peligrosa o inexigible.

En cuanto a la duración del periodo de detención o encierro sólo se considerará para efectos de actuar como agravante, cuando es superior a 15 días. Sin embargo, impedir brevemente a otro desplazarse a un lugar determinado, no abrir el ascensor en el piso requerido o no parar el microbús en el paradero que se solicita, no alcanzan la intensidad del daño social necesaria para su subsunción en la hipótesis del Art. 141, relativa al secuestro de personas, como tampoco lo sería, por igual razón, impedir el acceso a un determinado lugar, casos en los cuales el hecho podrá consistir, todo a lo más, si se ha empleado alguna forma de violencia, en el delito-falta de coacciones del Art. 494 N° 16, recién estudiado.

Se ha sostenido, también, que el secuestro puede realizarse tanto por acción como por omisión impropia, si se dan los requisitos de ésta. Así, se dice que cometerá secuestro por omisión el criado que encierre a su patrón durante la noche porque padece de sonambulismo y al día siguiente no lo libera (Politoff L., Paulina (2001), “El secuestro por omisión”, en *La Semana Jurídica* N° 18, 4). Sin

embargo, en el ejemplo propuesto aparece el encierro inicial como causalmente determinante del resto de los acontecimientos y, sobre todo, de la exclusión de terceros salvadores, de manera que la injerencia del criado o sus obligaciones contractuales puedan considerarse de alguna manera fundamento de una equivalencia entre el actuar y el omitir.

La detención o encierro debe hacerse contra la voluntad del sujeto afectado, si existe consentimiento de este sujeto la conducta deviene en atípica, como sucede particularmente en el seno de ciertas órdenes religiosas, y en actividades de carácter deportivo y de recreación, donde momentáneos (y a veces no tanto) “encierros” o “detenciones” consentidas excluyen la tipicidad de la figura del secuestro.

### a) Elemento normativo del tipo

Está manifiesto en la expresión “el que sin derecho”, que opera como un llamado de atención al juez para verificar la posibilidad de que exista una autorización para “encerrar” o “detener” en el conjunto del ordenamiento jurídico que haga lícita la conducta, ya desde el punto de vista de la tipicidad. En el secuestro, la detención o encierro deben verificarse ilegítimamente, en situaciones no autorizadas por la ley o en aquellas en que el agente se ha excedido en el ejercicio de un derecho. De no verificarse el elemento normativo la conducta es atípica. Ejemplos de casos en que se autoriza la detención de personas fuera del ámbito del proceso penal, se encuentran en las facultades que concede la ley a los Jefes de Escuelas Militares respecto a los cadetes, a los Directores de Salud en ciertos casos de enfermedades contagiosas, a los jefes de estación y conductores de ferrocarril, a los capitanes de buques, etc.

### C) *Culpabilidad y participación*

Respecto a este punto es necesario hacer una distinción entre las varias figuras que contempla el Art. 141. La figura básica del inc. 1° parece que puede ser cometida tanto con dolo directo como eventual, aunque la SCS 25.11.1986 (GJ 77, 37) exigió dolo directo, como parece ser el caso en la figura del inc. 3° en que el secuestrador persigue un fin sólo compatible su comisión con dolo directo. En cambio, respecto al grave daño en la persona o intereses del secuestrado se admite el dolo eventual y aún la culpa (SC Marcial 26.1.1978 (RDJ LXXV, 276s.); y en la comisión de los delitos mencionados en el Art. 141 inc. quinto, sólo el dolo eventual, cuando su estructura típica lo permite.

Respecto de la participación en esta clase de delitos, se presenta la siguiente estela de casos:

- i) *Cómplice penado como autor*: El Art. 141, inc. 2º, expresa que en la misma pena del secuestro incurrirá el que proporcionare lugar para ejecutar el delito, elevando de este modo a un eventual cómplice (supuesto que no haya habido concierto previo) a la calidad de autor para efectos de la penalidad;
- ii) *Participación posterior a la detención*: Tratándose de un delito permanente, la participación posterior a la detención, p. ej., la custodia del secuestrado mientras dura el secuestro, debe calificarse como autoría si concurren los requisitos del Art. 15 aunque no haya existido acuerdo acerca de la detención ni se haya tomado parte en ella (SC Marcial 9.9.1969 (RDJ LXVI, 222s.); y
- iii) *Grado de convergencia de voluntades*: Para efectos de la imputación recíproca de los partícipes en un secuestro, sobre todo si de él derivan graves daños o se realizan algunos de los delitos contemplados en el inc. quinto del Art. 141, sólo se exige respecto del partícipe un grado de conocimiento de la actuación de los demás equivalente al dolo eventual (SC Marcial 26.1.1978 (RDJ LXXV, 276s.).

#### D) *Concursos*

En muchos casos una detención o encierro temporal son necesarios para la comisión de otros hechos penados por la ley, como la violación o el robo con intimidación simple y calificado. En estas situaciones, cuando el período de privación de libertad no excede del necesario para la realización del delito a que se vincula, la figura de secuestro simple queda desplazada por consunción en esos otros hechos de mayor gravedad (SCA Santiago 14.4.1994 (RDJ XCI, 47s.).

Para clarificar estas situaciones, especialmente relevantes en los delitos de robo con violencia o intimidación, la Ley N° 20.931, de 5.7.2016, modificó el Art. 433, estableciendo en su N° 3 una pena agravada (presidio mayor en su grado medio a máximo), “cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito”, de manera que resulta claro ahora que el robo que termina con secuestro no ofrecerá un problema concursal, sino se encontrará subsumido por este nuevo Art. 433 N° 3, cualquiera sea su duración y efectos en las personas privadas de libertad (sus lesiones graves y muerte son otras tantas agravaciones en el robo).

En cambio, cuando los mayores daños se producen después de comenzado el secuestro, las reglas de agravación de esta figura operan como reglas de subsidiariedad expresa, estableciendo la penalidad aplicable. Así, si durante un secuestro deciden los secuestradores violar a una de las aprehendidas, no se produce un concurso de delitos, sino se aplica directamente la figura del Art. 141 inc. quinto (SCS 17.8.1999 (FM 489, 1743s.).

Debe tenerse en cuenta, además, que el Art. 5° b) Ley N° 12.927, de Seguridad del Estado, establece el llamado delito de secuestro político, que castiga con penas mayores a las aquí previstas a quienes privan a otro de su libertad “con el propósito de alterar el orden público o la seguridad pública o de imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad”, y que, por especialidad, prefiere al delito de secuestro corriente, salvo en el caso híper agravado, en que su mayor penalidad desplaza la figura del secuestro político, por aplicación del principio de subsidiariedad.

Finalmente, atendida su naturaleza, han de entenderse consumidas en el delito de secuestro, aún en el simple, las lesiones menos graves producidas al momento de la detención o durante el encierro.

### *E) Penalidad*

#### **a) Atenuante especial (Art. 142 bis)**

Esta disposición establece una atenuante especial aplicable tanto al delito de secuestro como a la sustracción de menores. Su finalidad es evitar que a la persona privada de libertad se le cause daño. Consiste en la rebaja de la pena en uno o dos grados según si la devolución se produce después o antes de cumplidas las condiciones, respectivamente.

La redacción de este Art. 142 bis permite aplicar la atenuante aún después de comenzada la persecución criminal y de individualizados los autores del delito, barrera que fijaba el anterior inc. final del Art. 142, teniendo ahora como único límite el que la víctima se encuentre, al momento de su devolución, “libre de todo daño”, expresión cuya extensión debe adecuarse a la naturaleza del delito que se trata, por lo que debe entenderse solamente como “libre de todo daño adicional al necesario para la comisión del delito”, pues de otro modo su aplicabilidad sería imposible.

#### **b) Agravante simple primera (Art. 141, inc. 3°)**

La agravante se configura aquí por la presencia de un elemento subjetivo del tipo (delito de intención trascendente). Este elemento se manifiesta en la expresión “si [el secuestro] se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones”. La importancia de este elemento es que por su existencia esta agravación sólo se concibe con dolo directo, excluyendo el dolo eventual. Este no es un elemento que añada algo al injusto de la privación de libertad de la víctima —ya que si está ausente de todas maneras se configura el tipo legal de secuestro— pero por apuntar la conducta, además, a la lesión de otros bienes

jurídicos (p. ej., la propiedad, en el secuestro “para cobrar rescate”), se eleva la pena de la figura básica a la de presidio mayor en su grado mínimo a medio. El secuestrador busca obtener “algo más” a través del secuestro, y ese “algo más”, que está en la mira del secuestrador, esa intención trascendente, convierte el delito “simple” de secuestro en un delito atrofiado o mutilado de dos actos. Ese “algo más” puede ser la obtención de un rescate o la imposición de una exigencia, o el arrancar una decisión. Por rescate hay que entender una cosa con valor económico, caso en el cual el otro bien jurídico afectado sería el patrimonio. En caso de imposición de exigencias, si el secuestro se hace “para alterar el orden público” o “imponer exigencias a la autoridad”, la figura es desplazada por la de secuestro político, sancionada con mayor severidad en el Art. 5° b) de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado.

### c) **Agravante simple segunda (Art. 141 inc. 4°)**

Si el encierro o la detención se prolongaren por más de 15 días, o si de ello resultare un grave daño en la persona o bienes del secuestrado, la pena se eleva a presidio mayor en su grado medio a máximo, con independencia de si se configura o no la agravante anterior. El grave daño en la persona estará constituido generalmente por la producción de lesiones del Art. 397 N° 2 o de alguno de los resultados del inc. 5°, si éstos se producen culposamente. En todo caso, no se acepta una responsabilidad objetiva de un tipo calificado por el resultado.

### d) **Híper agravante (Art. 141 inc. 5°)**

Si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además homicidio, violación, o alguna de las lesiones comprendidas en los Arts. 395, 396 y 397 N° 1, la pena se aumenta a presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Los delitos que aquí agravan el secuestro deben cometerse dolosamente, según la estructura típica de cada uno de ellos. Si su realización es culposa (en la medida que lo permita su estructura típica), sólo cabe aplicar la agravante segunda del inc. 4°.

## ***F) Desaparición forzada de personas como “secuestro permanente”***

La desaparición forzada de personas no existía como delito autónomo entre nosotros hasta su introducción como crimen de lesa humanidad por el Art. 6° Ley N° 20.357, de 18 de julio de 2009, donde se le tipifica como la privación de la libertad física de una persona con la intención de sustraerla durante largo tiempo de la protección de la ley, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando información falsa, siempre que se co-

meta como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que responda a una política del Estado o sus agentes o de grupos armados organizados con control territorial.

No obstante lo anterior, nuestra jurisprudencia mayoritaria ha castigado, a partir de la primera década de este siglo, los hechos de desapariciones forzadas ocurridos durante la Dictadura militar de 1973-1989 como supuestos de secuestro permanente de personas a los que ha aplicado ciertas reglas especiales, derivadas de su simultánea consideración como delitos de lesa humanidad, aplicando directamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena no considerar a su respecto las reglas comunes de amnistía, prescripción y cosa juzgada.

## §7. DETENCIÓN ARBITRARIA (ART. 143)

Aquí se castiga al que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehendiere a otra persona para presentarla a la autoridad.

En cuanto a los sujetos, se trata de un delito cuyos autores sólo pueden ser particulares, pues los empleados públicos, en situaciones similares, cometen el delito de detención ilegal del Art. 148.

Objetivamente, la conducta no difiere del secuestro simple, pues aprehender, verbo que el Diccionario define como “coger, asir, prender a alguien”, no parece distinto al encerrar o detener del Art. 141. Tampoco parece haber una diferencia entre las expresiones fuera de los casos permitidos por la ley y sin derecho que se emplean en los Arts. 143 y 141, respectivamente. Tanto es así que los casos que nosotros mencionamos comprendidos en la referencia normativa del Art. 141, Labatut/Zenteno II, 34 los incluyen en la de este 143. En relación con las llamadas “detenciones ciudadanas”, el Art. 129 CPP, autoriza a cualquier persona para “detener a quien a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima”, especificando su Art. 130 cuándo se estaría ante un delito flagrante.

Luego, la única diferencia relevante en relación con el elemento subjetivo de tendencia que la disposición contempla (“para presentar a la autoridad”), cuya prueba permite la clara distinción entre esta figura y el secuestro.

Como la forma más sencilla de aportar esta prueba acerca de la finalidad legítima de la detención es acreditando la entrega inmediata del detenido a la autoridad y ello supondría una inmediata persecución penal de quien así actúa, es necesario suponer que la ley está admitiendo la importante atenuación que contempla como reconocimiento de que el autor está bajo un error de prohibición vencible

(cree que actúa “para” la autoridad, cuando en realidad lo hace en un caso que no corresponde y fuera de las formas que la ley establece, como en el caso de una retención prolongada antes de entregar al detenido a la autoridad, SCS 7.6.2000, *Repertorio*, 210). Pero en caso de error invencible, operarían las reglas generales de exención de pena, por faltar el requisito del actuar voluntario del Art. 1°.

## §8. DETENCIÓN ILEGAL (ART. 148)

Una situación similar a la del Art. 143 se contempla en el Art. 148, pero ahora siendo autor el “empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona”. Luego, con mayor razón que lo señalado respecto de la detención arbitraria, ha de afirmarse aquí que la naturaleza de esta disposición no es permitir una atenuación *per se* al empleado público que detiene o arresta fuera de los casos previstos en la ley, sino determinar el efecto del error de prohibición vencible.

Sin embargo, los presupuestos probatorios parecen ser diferentes a los que cabe exigir para la detención arbitraria. Ello, por cuanto se puede presumir que los policías y demás empleados públicos, por su formación especial, tienen conocimiento de las reglas que regulan sus funciones. Desde esta perspectiva, sería muy difícil que pudiesen probar en juicio el desconocimiento inexigible de tales reglas y, consecuentemente, lo será más aceptarles una defensa de error de prohibición invencible, que excluya la culpabilidad. Por ello, la prueba de la creencia de que cumple con su deber solo puede consistir en el cumplimiento irrestricto de las formalidades que conllevaría una detención regular (p. ej., hacer la anotación pertinente en el libro de detenidos, remitir el parte correspondiente al tribunal, etc.), pues según nuestros tribunales, el Art. 159 no permite alegar obediencia debida como justificante para cometer esta clase de delitos (SCS 29.3.2000, *Repertorio*, 220).

Leugo, si el empleado público abusa de su función, aprovechándose de los medios de que dispone para detener irregularmente a un particular, conociendo el carácter ilícito de dicha detención, comete un delito de secuestro, con la agravante 8<sup>a</sup> del Art. 12, y no el delito de detención irregular (SCS 27.10.1995 (RDJ XCII, 204s.).

## §9. SUSTRACCIÓN DE MENORES (ART. 142)

La sustracción de un menor de 18 años se diferencia del secuestro no sólo por su víctima calificada, sino también por el mayor acento que la legislación pone en la protección de la seguridad del menor antes que en su libertad. Desde luego, ello es evidente cuando los menores sustraídos tienen tan corta edad que difícilmente



pueden darse a entender con palabras o, pudiendo hacerlo, basta un engaño trivial para sustraerlos del lugar donde se encuentran. Incluso es posible imaginar situaciones en que ese simple engaño sea suficiente para mantener a un menor alejado de sus padres, sin necesidad de mantenerlo encerrado del mismo modo que se encerraría a un adulto o a un menor con mayor desarrollo psicológico y físico. El empleo de la expresión sustracción, que indica según el Diccionario las ideas de “apartar, separar, extraer”, permite reforzar estas conclusiones, indicando que aquí lo relevante no es tanto la privación eventual de libertad del menor (como sucede con la persona que está “encerrada” o “detenida”), sino el apartarlo del lugar donde están protegidos y, específicamente, separarlo del cuidado de quienes lo protegen.

Que es la seguridad y no la libertad del menor lo relevante en este delito se demuestra también con la respuesta que da el CP al caso en que exista un conflicto entre distintos guardadores, pues nuestra ley no castiga como autor de sustracción de menores a quien, teniéndolos su cuidado, no los entrega al que con mejor derecho lo solicita ante un tribunal. En su lugar, se contempla la figura atenuada del delito de negativa de entrega de un menor del Art. 355, que excluye la aplicación del Art. 142 (SCA Santiago 12.9.1990 (RDJ LXXXVII, 137s.).

Por ello nosotros estimamos que, mientras no exista una orden judicial que prohíba el acercamiento de los padres a sus hijos, no puede considerarse constitutivo de este grave delito de sustracción de menores la sola no presentación de los mismos a un régimen comunicacional y de contacto personal o su simple no restitución al término de la visita correspondiente. No obsta a estas conclusiones la suscripción, en el ámbito del Derecho Civil de Menores, del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980, cuyo propósito no es penalizar el traslado de los niños de un país a otro sin la debida autorización, sino asegurar el ejercicio de los derechos que en el ámbito civil se confieren a los padres sobre cuidado personal y relación directa y regular de los menores, y en particular, el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en esas materias, teniendo siempre en cuenta la seguridad del menor, pues, como establece el Art. 9º letra b) del Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema de 3.11.1998, dictado para regular el procedimiento en estos casos, siempre puede denegarse la restitución del menor cuando para él “existe grave riesgo”.

Finalmente, diremos que en cuanto a los aspectos de culpabilidad, penalidad y la concurrencia de agravantes en la sustracción de menores, se aplican reglas similares a las del secuestro, aunque la ley, tratándose de las agravaciones, distingue únicamente entre la figura básica y dos agravaciones: a) la de ejecutar el secuestro para obtener rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones; o si de la sustracción resultare grave daño en la persona del menor; y b) la de cometer con motivo u ocasión del secuestro alguno de los delitos indicados en la híper agravante del inc. final del Art. 141, a la que nos remitimos.

### a) Consentimiento del menor

Aunque en principio los menores no pueden disponer acerca de su propia libertad, el CP recoge en su Art. 357 una figura punible, la inducción al abandono del hogar (“el que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona”), que hace necesario profundizar acerca de los efectos del consentimiento del menor en esta materia. Así, debemos distinguir las siguientes situaciones:

- i) *Consentimiento del menor de 10 años*: nunca es relevante para excluir la tipicidad de la conducta de quien lo sustrae de su esfera de protección, por lo que, existiendo objetivamente la sustracción, ese es el delito que se comete.
- ii) *Consentimiento del mayor de 10 y menor de 18 años*: excluye la tipicidad de este delito, entendiendo la ley que está en condiciones de disponer de su libertad. Esta limitación de la edad hasta la cual el consentimiento del menor tiene gran relevancia para excluir la idea de su sustracción, pues en tales casos no habría sustracción del menor, sino simplemente inducción al abandono del hogar, hecho que sólo es punible si la inducción se realiza con el propósito de atentar contra su estado civil. Así, se ha fallado reiteradamente que quien con miras deshonestas induce a una menor de edad, pero mayor de 10 años a abandonar su hogar, sin el propósito de atentar contra su estado civil no comete delito alguno (SCA La Serena 31.10.1934 (GT 1934, 272-273).

## §10. OTROS DELITOS CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A LA LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD INDIVIDUAL

Un primer grupo de estos delitos lo constituyen aquéllos en que el CP regula con profusión la infracción a las garantías de la libertad y seguridad individual de carácter formal, que en general se refieren a los requisitos para llevar a cabo una detención (Art. 149), para decretar una incomunicación o detener o arrestar en lugares determinados (Art. 150), para proceder contra personas que gozan de fuero constitucional (Art. 151), y para imponer penas corporales o pecuniarias (Arts. 152 a 153). En este último caso, se trata de especificaciones de la conducta penada en el Art. 222 como “usurpación de atribuciones”, y su carácter especial les otorga preferente aplicación. Lo importante en este último caso es que no se trata de sancionar las simples amenazas o las vías de hecho constitutivas de las penas impuestas, que han de sancionarse conforme a las reglas comunes (homicidio, lesiones, secuestro, exacciones ilegales, etc.), sino la actuación de un funcionario que emite una resolución, “investida de ciertas formalidades que le dan la

apariencia de imposición de pena judicial” (Etcheberry III, 221), aunque atendida la actual estructura judicial y procedimental resultan muy poco aplicables en la práctica.

## §11. REGLAS ESPECIALES RELATIVAS A LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS GARANTIDOS POR LA CONSTITUCIÓN

### A) *Régimen concursal (Art. 161)*

El Art. 161 contempla una regla concursal especial, que impone una pena adicional de presidio menor en su grado máximo a quienes hubieren falsificado o supuesto la firma de un funcionario público para llevar a efecto alguno de los delitos enunciados, pena aplicable también a los que maliciosamente o fraudulentamente hubieren usado la falsificación o suposición.

### B) *Eximente especial de obediencia debida (Art. 159)*

El Art. 159 contempla una regla especial de exención de responsabilidad penal para el empleado público que “justificare que ha obrado por orden de sus superiores a quienes debe obediencia disciplinaria”, ordenando que en tal caso las penas se apliquen “sólo a los superiores que hayan dado la orden”.

La disposición, aplicable no sólo a los delitos mencionados en este apartado, sino también a los de detención ilegal (Art. 148) y torturas y apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 150 A a F) fue modificada por el Art. 1º Ley N° 19.806, de 31.5.2002, para cambiar la expresión original “inculpado” por la actual de “a quien se atribuye responsabilidad”, por lo que no puede considerarse únicamente un resabio de las valoraciones de la sociedad al momento de promulgarse el Código de 1874.

Sin embargo, tampoco significa que con ello se otorgue una excusa que amplíe excesivamente los ámbitos de la actuación impune de los empleados públicos que puedan alegar relación de obediencia disciplinaria para cometer esta clase de delitos, por varias razones: En primer lugar, porque respecto de los funcionarios miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, existe una regulación especial y preferente en los Arts. 334 y siguientes del Código de Justicia Militar, que limita la eximente a los hechos que no son manifiestamente constitutivos de delitos y, respecto de aquellos que tienden notoriamente a su comisión, sólo en caso de existir previa representación del subordinado e insistencia del superior (obediencia jerárquica relativa). En segundo término, porque la obediencia disciplinaria en el orden civil no impone la obligación de cumplir órdenes que importen evidente-

mente la comisión de un delito y así lo ha resuelto categóricamente nuestra Corte Suprema (SCS 29.3.2000, *Repertorio*, 220, sentencia que se refiere a empleados de la Policía de Investigaciones de Chile, ni sujetos al Código de Justicia Militar, como la policía de Carabineros. Allí se cita también cierta jurisprudencia antigua en sentido contrario). De otro modo, diríamos que los empleados públicos y los miembros de las fuerzas de seguridad no regidas por el Código de Justicia Militar (policía civil, gendarmería) estarían sujetos a una regla de obediencia disciplinaria absoluta, más estricta (y por ello capaz de excusar ampliamente) que la existente en las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. Por ello en el orden civil también existe un sistema de representación e insistencia en el Art. 62 del Estatuto Administrativo, más laxo que el del orden Militar, al permitir alegar toda ilegalidad en la orden. Y, en tercer término, porque en los casos más graves, esto es, aquellos en que esta clase de delitos (particularmente, las detenciones ilegales y las torturas) se cometen como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil en ejecución de una política del Estado, el Art. 38 Ley N° 20.357 impide expresamente el recurso a la obediencia debida como eximente.

En definitiva, la disposición del Art. 159 ha de entenderse como eximente válida sólo respecto de los funcionarios del orden civil y únicamente en aquellos casos de órdenes que no tiendan evidente o notoriamente a la comisión de delitos (como aquellos consistentes en aplicación de torturas, desapariciones forzadas u otros delitos de lesa humanidad), siempre que se haya representado la ilegalidad de la orden impartida.

Como complemento de esta disposición, el Art. 160 establece, además, que el empleado público acusado de dar la orden, autorizar o facilitar el delito, puede eximirse siempre que pruebe que la orden le “ha sido arrancada por sorpresa” y, además revoque la orden y denuncie al culpable.

## Capítulo 10

# PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (I): DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR APROPIACIÓN

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 19 N° 24 CPR establece un concepto amplio de propiedad, asegurando a todas las personas “el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”, plenamente compatible con la similar amplitud con que bajo el epígrafe Delitos contra la propiedad, reúne el Código en el Tít. IX de su L. II no sólo a los delitos clásicos de robo y hurto, sino también a otras figuras, incluyendo daños, usurpaciones, estafas y otras defraudaciones. Por ello, resulta aceptable sustituir el concepto quiritario o civil de propiedad por uno más amplio, equivalente al que la doctrina penal ha desarrollado, no sin dificultades y disensiones, bajo la idea de patrimonio.

Sin embargo, atendido el carácter decimonónico de nuestra regulación, entre los delitos que la ley chilena considera atentatorios a la propiedad ajena, se encuentran delitos contra otros intereses vitales de la mayor importancia, también reconocidos constitucionalmente, como la vida, la integridad física y psíquica, la seguridad y la libertad personal, lo que sucede significativamente en los robos con violencia e intimidación y, como una forma de delito de peligro abstracto, en el robo con fuerza en lugar habitado. Ello hace difícil una exacta taxonomía de los delitos que aquí y en los siguientes capítulos se estudiarán, por lo cual la aquí empleada sólo puede aceptarse por su función didáctica.

### §2. HURTO SIMPLE (ARTS. 432 Y 446)

#### A) *Discusión político criminal*

El hurto simple consiste en la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, efectuada con ánimo de lucro y sin que concurren las circunstancias que la ley define como fuerza en las cosas o violencia e intimidación en las personas (Art. 432). Para establecer su pena, se toma como base el valor de la cosa hurtada (Art. 446). Este sistema de determinación de la pena ha sido criticado afirmando que sería “atentatorio de los principios democráticos y contradictorio con el carácter de *ultima ratio* de la intervención penal” (Mera, Jorge

(1994), *Hurto y Robo. Estudio dogmático y político-criminal*, Santiago, 41). Sin embargo, si bien es cierto que parece en cierta medida absurda la gravedad de las penas que se prevén para este simple delito en comparación con las señaladas por la ley para las lesiones corporales (y por ello podría considerarse contradictorio con las ideas abstractas de proporcionalidad y *ultima ratio*), tales consideraciones no llevan a juzgar este sistema punitivo como “antidemocrático”, pues la fijación de las penas a cada delito corresponde al legislador elegido democráticamente a esos efectos y no a la doctrina, simple observadora externa de la realidad normativa. Incluso el propio Tribunal Constitucional ha declarado que tampoco le corresponde, invocando el principio de proporcionalidad, enmendar la plana al legislador democráticamente electo cuando establece los delitos y penas a aplicar (STC 13.12.2016, Rol 2983-INA, Cons. 13°).

Además, Mera (1994, 55s.), rechaza la posibilidad de que el solo bien jurídico “propiedad” o “patrimonio” permita fundamentar la punibilidad del hurto simple. Sin embargo, la principal razón para mantener la punibilidad de la apropiación contra la voluntad de su poseedor es que ella afecta las bases esenciales del capitalismo moderno, esto es, la idea que la cantidad de bienes que se pueden adquirir depende de la cantidad de bienes que se puedan producir para intercambiar, libre y consentidamente, con otros que tengan necesidad de ellos. Si los bienes ajenos se pudiesen adquirir con su sola aprehensión material, independientemente de la voluntad del anterior poseedor, carecería de objeto dedicar tiempo y esfuerzo a la producción de bienes de intercambio, pues ese intercambio no sería necesario para la subsistencia. Este argumento se replica diciendo que la despenalización del hurto no supondría la extinción de la obligación civil de pagar lo que se toma de otros sin su voluntad. El problema radicaría entonces en cómo hacer efectivo ese cobro, pues sería muy probable que quienes cometiesen tales actos, no tuviesen bienes disponibles para embargar y pagar con su ejecución lo sustraído y los gastos de su ejecución.

Por su parte, Beccaria no propiciaba la despenalización del hurto, sino su castigo con pena pecuniaria, pues “quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser empobrecido de lo propio”, “pero —agregaba— como ordinariamente este delito proviene de la miseria y la desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres, a quien el derecho de propiedad (terrible, y acaso no necesario) ha dejado sólo la desnuda existencia, y tal vez las penas pecuniarias aumentarían el número de los reos conforme creciese el de los necesitados, quitando el pan a una familia inocente para darlo a los malvados, la pena más oportuna será aquella única suerte de esclavitud que se puede llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo para resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado contra el pacto social” (Beccaria, Cesare (1774), *De los delitos y de las penas*, Trad. J.A. de las Casas, Madrid, Cap. 22). De alguna manera esta propuesta se refleja en la redacción del actual Art. 494 bis, en cuanto castiga la falta frus-

trada de hurto sólo con pena de multa, sustituible por trabajos en beneficios de la comunidad. La idea es buena y digna de aplauso. Pero como tales trabajos se ha demostrado que sólo son efectivos en caso de ser voluntarios, subsiste el problema de qué hacer respecto de quienes no deseen trabajar o realicen tales trabajos sin provecho alguno o, sencillamente, se encuentren en un lugar donde no existan las posibilidades de realizarlos.

## ***B) Tipicidad***

### **a) Autores y víctimas**

Autor de este delito puede ser cualquiera, con excepción del dueño de la cosa, respecto del cual sólo podría darse el caso de la figura especial, denominada hurto de posesión, del Art. 471 N° 1; y del acreedor que las toma para hacerse un pago, que sólo puede ser castigado por la falta del Art. 494 N° 20. Además, para calificar la autoría debe tenerse presente la regla del Art. 454, que se examinará al estudiar las disposiciones comunes al hurto y robo. Por otra parte, aunque los cónyuges y los parientes mencionados en la excusa legal absolutoria del Art. 489 puedan considerarse técnicamente autores de este delito cuando se sustraen bienes entre sí, ellos no pueden ser sancionados por el mismo, aunque sí pueden serlo sus cómplices. Pero si el cónyuge o pariente víctima del delito es mayor sesenta años, esta excusa legal no opera y pueden aplicarse a sus parientes y cónyuge autores o cómplices las penas que señala la ley.

En cuanto a la víctima, ella es quien posee materialmente la cosa apropiada y, en general, también puede serlo cualquiera que tenga una relación jurídicamente protegida con la cosa, incluyendo el tenedor legítimo respecto de sus derechos frente a terceros que no sean el poseedor o dueño.

### **b) Objeto material**

La ley habla de cosa mueble ajena. Además, puesto que la penalidad en este delito está determinada por el valor de lo sustraído, dicha cosa corporal ha de ser susceptible de evaluarse en dinero.

No son cosas en el sentido penal y no pueden ser objeto de hurto, los cuerpos o partes de ellos vivos, ni de los cadáveres. La profanación de cadáveres o partes de los mismos y su exhumación no autorizada son conductas sancionadas en los Arts. 320 y 321. La extracción no autorizada de órganos y partes corporales a un cadáver para efectos de trasplantes se castiga por el Art. 13 bis Ley N° 19.451. La apropiación de un órgano de una persona viva, en la medida que supone su extracción, es constitutiva de mutilaciones o lesiones, según el órgano que se trate y los efectos

en la vida de la persona. Además, la extracción autorizada de órganos, hecha con fines de lucro, es castigada también a título especial por el Art. 13 Ley N° 19.451.

Una cosa mueble es todo objeto corporal, susceptible de ser aprehendido materialmente y que puede ser trasladado de un lugar a otro, con independencia de si ese traslado le produce o no detrimento. Sólo se requiere que la cosa que se apropie posea extensión y que ocupe un cierto volumen. Por ello la energía, los gases y los fluidos no se consideran “cosas corporales” para efectos del hurto, a menos que se encuentren envasadas en recipientes que permitan su apropiación material, por medio de su aprehensión o traslado. Su obtención indebida, mediante conexiones clandestinas o fraudulentas a las redes de suministro se castiga en las leyes especiales que regulan los servicios respectivos y, tratándose del agua que circula en redes de suministro o alcantarillado, por el delito de usurpación de aguas del Art. 459 N° 1. La información tampoco es una cosa cuya apropiación pueda calificarse de hurto, por no ser algo corporal, sino un conjunto de datos cuyo valor depende de la posibilidad de decodificarlos y su contenido. Por ello se estableció la figura especial de apoderamiento de datos contenidos en sistemas de información en el Art. 2° Ley N° 19.223, donde el ánimo de apoderarse debe entenderse como el de obtener acceso a la información contenida en un sistema ajeno. Allí se castiga la interceptación, interferencia o acceso indebido a los sistemas que la contienen, hecho con el ánimo de apoderarse de la información en ellos contenida (esto es, con el ánimo de conocerla y emplear ese conocimiento para fines propios). En tales casos no se exige siquiera el comportamiento como titular exclusivo de la información, pues para serlo, se requeriría borrar los datos que la contienen o alterar el sistema de tal manera que sólo el agente pueda acceder a ellos, hechos que el Art. 3° Ley N° 19.223 considera diferentes y más graves. Tampoco es posible la apropiación, a título de hurto, de cosas inmuebles (usurpación), incluyendo entre ellos la apropiación de aguas naturales (no distribuidas por redes de agua potable). Pero los minerales y los materiales superficiales de una mina se consideran por los Arts. 117, 139, 224 y 225 Código de Minería como cosas muebles, cuya extracción indebida se castiga a título de “hurto o robo”. Lo mismo cabe decir de los animales que sirven a un predio, objeto de abigeato, una calificación común para su hurto o robo (Art. 448 bis); y de los objetos que son o se encuentran en monumentos nacionales el Art. 38 bis Ley N° 17.228. Por otra parte, como en el ejemplo de Politoff, la apropiación de una chimenea de mármol momentáneamente separada del inmueble a que adhería sería hurto, aunque para el Derecho Civil pudiera considerarse todavía un inmueble, según el Art. 573 CC (Politoff, Sergio (1957), *El delito de apropiación indebida*, Santiago, 71s.).

Además, la cosa apropiada debe ser ajena, esto es, estar incorporada al patrimonio de una persona distinta del autor del delito, aunque carece de importancia que el sujeto activo conozca la identidad del dueño de la cosa, como asimismo que ésta pertenezca a uno o varios sujetos. De allí que no puede haber hurto de



la *res nullius* o de la *res derelictae*, ni tampoco de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, ni de los bienes nacionales de uso público. En consecuencia, el tesoro hallado en terreno propio o en un bien nacional de uso público no puede ser objeto de hurto, pero sí el que se encuentra en terreno ajeno, respecto del cual valen las reglas de la copropiedad. Al respecto, es discutible que las cosas que los comuneros poseen proindiviso no puedan ser objeto de hurto, dada la expresa referencia del Art. 1231 CC, donde se declara que tanto el heredero como el legatario pueden “substraer” “efectos pertenecientes a la sucesión”, imponiéndoles las sanciones civiles que allí se expresan y aclarando que uno y otro “quedarán, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan”. En cambio, el socio que se apropia de cosas que pertenecen a la sociedad comete sin duda este delito, a menos que sea el socio administrador, en cuyo caso la no restitución de los bienes sociales al momento de rendirse la cuenta pertinente dará origen al delito de apropiación indebida, del Art. 470 N° 1. Finalmente, respecto de las cosas perdidas, o al parecer perdidas, su apropiación se encuentra especialmente regulada en el Art. 448, como delito de hurto de hallazgo.

Finalmente, la cosa ajena apropiada debe ser avaluable en dinero para la determinación de la penalidad (SCA Copiapó 11.2.2000, *Repertorio*, 395). En nuestro sistema económico, salvo casos muy excepcionales, la valuación de una especie se encuentra determinada por las leyes de la oferta y la demanda y ha de ser objeto de prueba en el proceso penal. Tratándose de procedimientos simplificados por hurto-falta, el inc. final del Art. 390 CPP dispone que, si “se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”. Por lo anterior, no puede considerarse en la valuación de la cosa el llamado valor de afectación o aprecio subjetivo que se tiene por ellas, sino únicamente su valor económico o de mercado.

Un problema especial se presenta en las cosas corporales que tienen un valor que va más allá del de su materialidad, como los documentos de pago y crédito, los billetes de lotería premiados, los expedientes judiciales y, en general, los documentos que llevan envueltos intereses de mayor cuantía que su sola materialidad. La clave para resolver este problema la encontramos en la valoración que del papel moneda se hace en nuestra actual organización económica: representa un medio de pago cuyo valor se encuentra impreso y es indiscutible. Así el hurto de cantidades de papel moneda no se califica por su número físico, sino por la suma de sus valores impresos. Lo mismo ha de valer para los cheques, los vales vista, las boletas de garantía, y en general, todo documento que sirva de medio de pago o represente una cantidad de dinero impresa o exigible contra su presentación, como sucede típicamente con los boletos de lotería premiados. Respecto de la valuación de los derechos comprendidos en demandas y solicitudes contenidas en expedientes judiciales o administrativos, cuyo extravío podría ocasionar la

pérdida de la posibilidad real de hacerlos exigibles, dada la incertidumbre propia de los litigios y del valor potencial de los expedientes en que se manifiestan, el legislador ha creado un delito especial para su tratamiento, el llamado hurto de expedientes, contemplado en el Art. 4<sup>o</sup> Ley N<sup>o</sup> 5.507, que establece una pena única, sin atención al valor del soporte material o de las expectativas jurídicas que en ellos se manifiestan. En esta misma línea, tratándose de Monumentos Nacionales, la Ley N<sup>o</sup> 17.288 ha establecido que cuando la avaluación de los monumentos hurtados no sea posible, se aplicará la pena única de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, además de la multa que allí se establece. En el mismo sentido, el nuevo Art. 447 bis establece una pena única de presidio menor en su grado medio a máximo para la apropiación de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos, sin atención al valor de lo sustraído. Por su parte, el Art. 448 quinquies establece también un delito especial de hurto donde el valor de las cosas sustraídas no determina la pena, castigándose con la pena única de presidio menor en sus grados mínimo a medio al que “se apropie de plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos”.

### c) Conducta

Ésta consiste, al tenor del Art. 432, en apropiarse con ánimo de lucro de cosa mueble ajena sin que concurran violencia o intimidación en las personas, o fuerza en las cosas.

Dado que materialmente la apropiación supone por término general la aprehensión de una cosa y esta aprehensión sólo puede hacerse aplicando poder físico sobre ella, esto es, fuerza en el objeto que se trate, es necesario en este lugar distinguir la fuerza de la aprehensión material de aquella constitutiva de los delitos de robo con fuerza. Aquí cabe precisar que no cualquier clase de fuerza natural sobre los objetos es suficiente para desplazar la calificación de la conducta de hurto a robo. Para que se produzca este desplazamiento, es necesario que se trate de aquellas formas de conducta que normativamente han sido definidas como fuerza por el legislador para configurar el delito de robo con fuerza en sus distintas modalidades (Arts. 440 y ss.). Así, podemos distinguir un concepto natural de fuerza (aplicación de poder físico sobre una cosa) y uno legal (despliegue de ese poder en la forma que señala la ley, o de los otros medios que la ley califica de tal): sólo éste último permitiría desplazar la figura de hurto a la de robo con fuerza en las cosas. Así, el que con sus manos “tracciona” un objeto que se encuentra sobre bienes nacionales de uso público comete delito de hurto, aunque haya aplicado fuerza en el objeto traccionado (SCA San Miguel 20.3.1996, *Repertorio*, 414), lo mismo que quien extrae un farol sin haber violentado defensa o resguardo alguno (SCA San Miguel 20.3.1996, RDJ XCIII, 58), o quien hace uso de la fuerza para salir del

lugar de la apropiación y no para entrar en él, como exige la ley (SCA San Miguel 16.3.1995, RDJ XCII, 49).

Apropiarse de una cosa significa, según el Diccionario, cuando se dice de una persona, “tomar para sí una cosa, haciéndose dueña de ella”. Sin embargo, tratándose de la descripción de un delito, la apropiación en el hurto no puede equivaler a la que habilita para ejercer derechos civiles, pues no es modo de adquirir, ni permite constituir posesión ni tenencia legítima, apta o justa para adquirirlo (SCA San Miguel 1.6.1995, *Repertorio*, 392). Por eso, los elementos de la apropiación en el hurto deben entenderse en un sentido material, sin atención a los efectos jurídicos del Derecho Civil. De este modo, el mínimo objetivo de una apropiación delictiva sería la aprehensión material de una cosa ajena, acompañada del ánimo de señor y dueño (elemento subjetivo). Nuestra doctrina y jurisprudencia están de acuerdo, además, en que la sola aprehensión material no sería suficiente para constituir el delito, si de ello no se sigue la desposesión (también material) del antiguo poseedor o sustracción. Ello, por cuanto el Art. 471 N° 1, al describirse el llamado hurto de posesión, la ley emplea precisamente la voz sustracción para distinguirla de la apropiación, que se entiende sería sustracción más ánimo de señor y dueño. Esta desposesión o sustracción se exteriorizaría con el paso de la cosa de la esfera de resguardo en que se encontraba a la del autor del hurto, esto es, por su apartamiento, separación o extracción del lugar donde se encontraba. En cambio, cuando las cosas no se encuentran en una esfera de resguardo, sino perdidas, o al parecer perdidas, su apropiación (que no importa sustracción) tomaría la forma de hurto de hallazgo (Art. 448). Y cuando han sido previamente entregadas por un título legítimo con obligación de restituir, quien se las apropia, en el sentido de tenerlas para sí como dueño y no restituirlas según manda el título correspondiente, pero no las sustrae, se configura el delito de apropiación indebida (Art. 470 N° 1).

Así como la apropiación, aquí la esfera de resguardo es un concepto material y no jurídico: comprende el ámbito físico en que el dueño ejerce sobre ellas su dominio. Por eso la ley considera que el cuerpo de una persona y el alcance de sus manos es esfera de custodia de las cosas que se portan o llevan consigo (Art. 436, inc. 2°), o que el lugar cerrado y sus dependencias es la esfera de custodia de las cosas que la alhajan, le sirven o resguardan (Arts. 440); que dentro de un lugar también son esfera de resguardo los muebles cerrados donde se encuentran las cosas (442); que en sitios no habitados su propia delimitación indica la existencia de una esfera de resguardo (Art. 443); y que en bienes nacionales de uso público las mismas cosas o sus fijaciones pueden considerarse esfera de resguardo, si las aquellas no pueden apropiarse sin la destrucción o burla de éstas (Art. 444, 447 bis). La existencia de estas diferentes esferas de resguardo implica que, como en los casos del Art. 447, podrían superponerse unas a otras o existir como esferas de custodia concéntricas, en que la desposesión no importe la extracción o retiro

de una cosa del lugar donde se encuentre, sino solo la constitución de otra esfera de resguardo donde se deje la cosa y a la que el desposeído no tenga acceso (el cuerpo de quien hurta o un escondite secreto), aunque se encuentre dentro del lugar donde se supone que ejerce dominio.

### (1) *Ánimo de lucro y animus rem sibi habendi*

Atendiendo a la literalidad del texto legal, nuestra doctrina mayoritaria sostiene que, para configurar el delito de hurto, debe entenderse que el ánimo de lucro es un requisito subjetivo adicional al de señor y dueño, comprendido en el concepto de apropiación (Etcheberry III, 305). Este es el mismo predicamento de la jurisprudencia (SCA Antofagasta, 11.7.2008, *Repertorio*, 394). Sin embargo, según Politoff (1957, 208), la mención del ánimo de lucro en el Art. 432 sería superflua, ya que el ánimo de señor y dueño, esto es, la apropiación de la cosa lo contendría. Estima este autor que la apropiación sería una especie de lucro, y éste, el género. Así, podría darse la situación de lucro sin apropiación, como en el caso del subarrendador, pero nunca la de apropiación sin lucro. Aunque antes dimos por buena esta doctrina, el desarrollo jurisprudencial en el contexto de nuestro sistema acusatorio, nos llevan ahora a entender que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias son más conforme a la literalidad del texto legal y al criterio sistemático de interpretación del Art. 22 CC. Ello por cuanto, de aceptar la propuesta de Politoff, habría que entender que no existiría una diferencia entre hurto y daños, pues en los segundos el ejercicio del poder material de disposición (destrucción) de quien aprehende algo ajeno, no parece distinguirse del poder de disposición jurídicamente reconocido al dueño legítimo. Y como la disposición es un atributo de la propiedad, resultaría que quien daña lo ajeno, en realidad estaría apropiándose para disponer de él y cometiendo, en consecuencia, un hurto. Pero esta no es la voluntad del legislador, que distingue entre delito de apropiación y de daño. Además, la exigencia del ánimo de lucro permite, en casos de dudas, levantar la defensa de falta o insuficiencia de prueba, que debe conducir a la absolución en un sistema que para condenar exige la convicción más allá de toda duda razonable.

### d) **Circunstancia: Falta de voluntad de su dueño**

El consentimiento aparece en el delito de hurto como causa de atipicidad. Éste no sólo lo otorga el dueño de la cosa, sino el que tiene sobre ella poder de disposición material frente al que la recibe, como el arrendatario, el usufructuario o el simple tenedor de ella, sin perjuicio de la posible comisión de otro delito diverso por parte del que entrega la cosa, como la apropiación indebida. La voluntad del dueño no se presume, de modo que la actividad del agente, a pesar de tener dudas

sobre el consentimiento del dueño, puede ser punible a título de dolo eventual sobre ese elemento cognoscitivo.

### C) *Justificación y culpabilidad*

En este punto cabe plantearse el problema del hurto famélico. La jurisprudencia se ha decantado, en algunos casos, por apreciar un estado de necesidad, en especial si se trata de atender las demandas de alimentación y salud del cónyuge o la prole. Sin embargo, ésta no es una solución uniforme, pues en situaciones de suma precariedad económica también se ha absuelto a los inculpados aplicando la eximente de fuerza (moral) irresistible (Véanse los fallos contradictorios en *Repertorio*, 55s). No cabe, sin embargo, apreciar en este caso la exculpante del nuevo Art. 10 N° 11, por la especificidad del Art. 10 N° 7 respecto a los atentados contra la propiedad, frente a la cual el Art. 10 N° 11 sólo parece añadir requisitos (como el de su número 4) más que facilitar la comprensión de los casos en particular.

En cuanto a la culpabilidad, el delito requiere dolo directo en lo referente a la apropiación (recuérdese la presencia de un elemento subjetivo del tipo, que lo restringe a esa modalidad). Sin embargo, respecto de los elementos puramente cognoscitivos como la ajenidad de la cosa, su valor y al hecho de contar o no con el consentimiento del dueño, se puede admitir su comisión con dolo eventual.

### D) *Iter criminis*

Buena parte de la doctrina entiende que el hurto —junto con todos los delitos de apropiación— es un delito de mera actividad, que sólo admitiría dos etapas de desarrollo: la tentativa y la consumación (Bascañán R., Antonio (2004), “Nota a la SCS 11.4.2003, Rol N° 5148-02”, *Revista de Derecho U. Adolfo Ibáñez*, N° 1, 300). Sin embargo, aunque no de manera absolutamente dominante, la idea de un hurto frustrado aparece reiteradamente en nuestra jurisprudencia (SCA Santiago 8.5.1990, RDJ LXXXVII). Además, la cuestión no parece despacharse fácilmente atendiendo únicamente a una clasificación doctrinal, pues la idea de que es posible un hurto frustrado tiene un fuerte respaldo legal en el inc. final del Art. 494 bis, incorporado por la Ley N° 19.950. Por lo tanto, valen aquí similares consideraciones a las planteadas respecto de la posibilidad de un delito de violación frustrado, esto es, que la calificación de hurto frustrado de un hecho puede ser razonable si se refiere a los casos del llamado “último acto”, esto es, aquellos en donde la consumación del hecho no depende de la realización de un acto posterior, sino de la terminación de uno ya iniciado por el autor. La jurisprudencia agrega como criterio distintivo de este último acto, que se haya llegado a un punto donde ya no sea posible el desistimiento (SCA Santiago 1.8.2007, *Repertorio*, 424).

Pero, el principal problema que se ha presentado no es el mencionado en el párrafo anterior, sino la cuestión de determinar cuál es el momento consumativo del hurto, que es tanto como la pregunta acerca de cuándo la apropiación se perfecciona. Entre nosotros parece necesario concluir que la apropiación en el delito de hurto simple se perfecciona, objetivamente, con la sustracción o desposesión, esto es, con la aprehensión material de la cosa ajena seguida de su separación física de la esfera de resguardo en que antes se encontraba. En apoyo de esta tesis puede recurrirse también a la interpretación sistemática. En efecto, el Art. 448 sanciona con las penas que allí establece el llamado hurto de hallazgo, figura que por su descripción típica supone la apropiación de cosas que se encuentran fuera de su esfera de resguardo natural, como son aquellas aparentemente perdidas y las que provienen de un naufragio, accidente de ferrocarril u otra calamidad semejante. En consecuencia, si el hurto simple no requiriese algo más que la apropiación como simple aprehensión material con ánimo de señor y dueño, no sería posible su distinción de esta otra forma de apropiación.

A este requerimiento objetivo Garrido IV, 166, ha sumado una exigencia adicional, con algún éxito en la jurisprudencia, consistente en afirmar que el hurto se consumaría sólo en el momento en que el sujeto activo se encuentre en posibilidad material de ejercer la facultad de disposición de la cosa ajena, exigencia que ha tenido buena acogida en la jurisprudencia (SCA Valparaíso, 11.7.2008, *Repertorio*, 393s.). Sin embargo, ello no parece desprenderse de la interpretación de ninguna disposición legal vigente.

#### **a) Consumación del hurto en establecimientos de comercio con sistema de autoservicio**

Las reformas a los Arts. 451 y 494 bis, junto con el Art. 390 CPP, tienen por objetivo regular el denominado “hurto hormiga” en establecimientos de comercio con sistema de autoservicio (supermercados y grandes tiendas). Para ello se ha establecido un delito especial de hurto frustrado falta (Art. 494 bis), cuando la regla general (Art. 9º) es que las faltas sólo se castigan cuando están consumadas y, además, cuando la doctrina mayoritaria insiste en que en esta clase de delitos la frustración parece ser analíticamente inconcebible. Por su parte, el Art. 390 CPP establece que, si el hurto “se cometiere en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”. Y, por otra parte, es claro que la modificación del Art. 451, al permitir la acumulación de los hurtos faltas para transformarlos en simples delitos, elude una interpretación del anterior texto que hacía imposible esta transformación del cúmulo de faltas en un simple delito.

Sin embargo, ninguna de estas reformas ha resuelto problema principal que en estos casos se presenta, a saber, la determinación del grado de desarrollo del delito cuando sus responsables son sorprendidos saliendo de los establecimientos de auto servicio con bienes tomados dentro de los mismos, pero sin pagarlos. Según Carnevali, en tales recintos sólo podría decirse que se consuma el delito cuando se ha traspasado la línea de cajas sin ser sorprendido y, por tanto, todo lo que ocurra dentro del establecimiento, más precisamente, antes de la línea de cajas, debe considerarse a lo más tentativa, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema (*Repertorio*, 425). Del mismo modo, sostiene que debe considerarse tentativa el descubrimiento del responsable cuando ha traspasado la línea de caja, aunque se le detenga después, siempre que haya existido una persecución continuada desde el momento del traspaso, incluso si ha realizado al interior del establecimiento actos inequívocos de apropiación, como la ocultación de los bienes dentro de sus ropas (CARNEVALI, Raúl (2006), “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, RPC, N°1, 2. A2, 1-17). En todos estos casos, según Carnevali, el autor no estaría en condiciones de disponer o aprovecharse materialmente del objeto y, por tanto, no habría consumado el delito.

Esta solución, bienintencionada y con claros efectos de reducción del ámbito de lo punible, que produce como resultado que todo descubrimiento de hurto en un establecimiento o a su salida sería calificado de tentativa (dos grados menos) y, tratándose de faltas, sería impune (sólo se sanciona la falta de hurto frustrado), no puede aceptarse en términos tan generales. En efecto, aunque es cierto que en esta clase de establecimientos parece existir una costumbre comercial que admite el arrepentimiento, esto es, el desistimiento en la compra hasta llegar a la línea de cajas (particularmente las de supermercados) o más bien, la salida del local en aquellos establecimientos donde no existe línea de cajas, esta costumbre no permite la ocultación en las ropas u otros lugares de los bienes expuestos en sus escaparates (o de sus envases en caso que puedan consumirse). Tratándose de bienes que se consumen ocultando sus envases, un caso similar —sin ocultación y fuera de establecimientos cerrados— regula el Art. 496 N° 33 CP, que considera como responsable de una falta al que “entrare en heredad ajena para coger frutas y comerlas en el acto”, lo que demuestra que la apropiación se puede completar sin necesidad de salir del lugar donde se produce. También parece claro que la destrucción de los mecanismos y sellos de seguridad de las cosas que se ocultan entre las ropas está alejada de la costumbre comercial de venta con sistema de autoservicio, y puede describirse como apropiación de las cosas ajenas sin la voluntad de sus dueños. En ambos casos, como los terceros no pueden registrar los vestidos o el cuerpo del responsable sin recurrir al auxilio de la fuerza pública o cometer un delito, la posesión de las cosas así aprehendidas pasa a la de quien las oculta. Esta



desposesión se traduce en la creación de una nueva esfera de resguardo, el cuerpo del responsable, dentro de otra mayor, el establecimiento. Que el cuerpo de una persona pueda considerarse una esfera de resguardo lo reconoce, además, el Art. 436, inc. 2º, cuando habla de la apropiación de las cosas que las personas “lleven consigo”. En consecuencia, la cuestión acerca de si en establecimientos de autoconsumo “la línea de caja” constituye o no el límite de su esfera de custodia no puede ser resuelta *a priori*, pues dependerá de si las especies han sido o no apropiadas por el autor en el interior del local, esto es, si las ha incorporado o no a su cuerpo como esfera de custodia con exclusión de terceros. La SCS 11.4.2003, Rol N° 5148-02, resolvió en este mismo sentido al considerar consumado el hurto de un estuche de la víctima en un Terminal de Buses, que el autor introdujo entre sus ropas, aunque fue sorprendido solo momentos después sentado junto a la víctima.

Esta propuesta de interpretación no hace imposible el desistimiento del delito, pues si una persona comienza dentro del vestidor a ponerse bajo sus ropas las de la tienda o a intentar romper sus sellos y dispositivos de seguridad, bien puede desistirse voluntariamente y salir del vestidor con las ropas de la tienda en la mano o dejarlas allí, para que sean recuperadas por el personal de la tienda. Lo mismo ocurre con quien empieza a consumir mercaderías y decide dejar el envase a la vista para ser presentado a pago. En ambos casos existe un desistimiento de la tentativa que, en la medida que es voluntario, excluye la responsabilidad penal.

Por último, los errores, olvidos y otras circunstancias subjetivas de quienes consumen o portan bienes de los establecimientos y salen sin pagarlos son circunstancias que eximen de responsabilidad, pero no porque objetivamente no se haya producido un desplazamiento a la esfera de resguardo personal, sino porque éste se ha realizado sin ánimo de señor y dueño, no existiendo, por tanto, apropiación.

### E) Concursos

Respecto de los concursos, la regla especial del Art. 451 dispone que en casos de reiteración de hurtos, esto es, de su repetición sin que medie un proceso entre los hechos que se tratan, “a una misma persona, o a distintas personas en una misma casa, establecimiento de comercio, centro comercial, feria, recinto o lugar”, la cuantía del delito debe determinarse “tomando por base el importe total de los objetos sustraídos”, cualquiera sea el valor de algunos o todos ellos, esto es, “aunque se trate de faltas” (apropiación de objetos de un valor inferior a media UTM). Determinada la sanción aplicable en tales casos de conformidad con los Art. 446, el tribunal impondrá, además, la pena “en su grado superior”. Esta agravación es aplicable sólo al caso de que el total del valor de las especies sustraídas se encuentre entre las cuarenta y las cuatrocientas UTM, pues el N° 1 del Art. 446, que sanciona este supuesto con penas de presidio menor en su grado medio a máximo



y multa, es el único que tiene un grado superior. De este modo, el recurso al Art. 451 sirve en todos los casos, salvo el recién expuesto, como defensa concursal que reduce la cuantía de la pena probable. Pero si se trata de reiteración de hurtos agravados del Art. 447, el Tribunal puede todavía imponer la pena superior en grado a la que se determine conforme al Art. 451.

La disposición recoge, por una parte, un principio del derecho común pre codificado, según el cual la reiteración de hurtos debía ser castigada con mayor severidad que su comisión ocasional, por el carácter más o menos vicioso de su autor (hoy diríamos, para evitar la “profesionalización” del delito); y por otra, una solución humanitaria de la misma época ante las atroces sentencias de muerte que entonces esperaban al autor del tercer hurto, la llamada teoría del delito continuado (Carrara, § 2087). No hay ninguna razón para creer que la consideración de los hechos reiterados de hurto como uno solo no esté vinculada a la teoría que le dio origen (Del Río III, 1935, 456). Sin embargo, se debe tener presente que el desarrollo posterior de la teoría del delito continuado solo en parte es compatible con la solución del Art. 451, como en el caso en que no es posible la individualización probatoria de diferentes hechos y se debe apreciar todo el suceso en su conjunto, considerándolo un único delito con una única pena (no agravada), p. ej., si se sabe que se hurtaron las especies incautadas, el lugar de dónde se sustrajeron y la época en que los hechos ocurrieron, pero no se tiene claridad cuándo precisamente se sustrajo cada una de las cosas en particular (Oliver, Guillermo, *Delitos contra la propiedad*, Santiago, 2013, 151). Así la SCA Punta Arenas de 12.3.1992 (RDJ LXXXIX, 78), estableció que, al no ser posible determinar las fechas de los diferentes hurtos, se debe entender que se ha cometido un solo hurto de una cuantía equivalente al total de lo sustraído, sin aplicar la regla de la reiteración.

#### ***F) Penalidad. Su determinación en relación con el valor de la cosa sustraída***

La pena que la ley asigna al hurto depende del valor de la cosa hurtada, único elemento que diferencia el simple delito de la falta, así:

- i) *Si la cosa vale menos de media UTM*, es falta, sancionada con prisión en sus grados mínimo a medio y multa, o sólo multa en caso de frustración, sustituible por trabajos en beneficios de la comunidad. La reincidencia de esta falta se castiga duplicando o triplicando la multa (Art. 494 bis); y
- ii) *Si la cosa vale más de media UTM*, es simple delito, y su pena varía si vale más de esa cantidad y menos de 4 UTM (presidio menor en su grado mínimo y multa, Art. 446 N° 3); más de 4 y menos de 40 UTM (presidio menor en su grado medio y multa, Art. 446 N° 2); más de 40 y menos de 400 UTM (presidio menor en sus grados medio a máximo y multa, Art. 446 N° 1); y

más de 400 UTM, caso para el cual el inc. final del Art. 446 prevé la pena de presidio menor en su grado máximo y multa.

En cuanto a la prueba del valor de la cosa, el Art. 390 CPP establece como prueba suficiente, en casos de hurtos falta en establecimientos comerciales, la declaración del dueño sobre su precio de venta, “salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”. Por su parte, el Art. 455 establece que “cuando en el proceso no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiera estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el tribunal hará su regulación prudencialmente”. Sin embargo, esta disposición es inaplicable en la actualidad, dado que el sistema procesal penal de carácter acusatorio exige una mínima actividad probatoria por parte de la fiscalía para que el Tribunal correspondiente pueda formarse la convicción de la responsabilidad del imputado, no existiendo facultades de prueba de oficio.

Además, se debe tener presente que este simple delito puede aumentar su pena todavía en un grado más (pudiendo llegar a la de presidio mayor en su grado mínimo), si el tribunal aplica la agravante del Art. 447 lo que, aún sin cambiar la calificación del hecho a crimen, parece altamente desproporcionado.

### §3. HURTO DE POSESIÓN (ART. 471 N° 1)

Esta disposición castiga como autor de una forma de defraudación al “dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder” con reclusión o relegación menores en su grado mínimo y una multa, sin atención al valor de lo sustraído. Se recoge aquí un supuesto no comprendido en los casos de hurtos, pues en él no existe la apropiación, ya que su autor es, precisamente, el dueño de la cosa o quien se reputa tal, esto es, su justo poseedor. Si el ejecutor es un tercero que actúa por o con el dueño, participa de este delito especial propio y no del hurto común (SCS 30.1.1989, en RDJ LXXXVI, 7).

Según Etcheberry III, 442, la víctima del delito es el detentador legítimo de la cosa, esto es, quien la tiene por una convención con el dueño, por sentencia judicial o por el propio mérito de la ley. Luego, si se trata del ladrón o de quien ha llegado a la posesión de la cosa por otra vía ilegítima, no habría delito. La sustracción del dueño para recuperar sus bienes en tales casos sería un acto de auto realización del propio derecho no punible. Tampoco es tenedor legítimo el que mantiene una cosa ajena en su poder vencido el plazo o cumplida la condición para su devolución, ni, según una antigua jurisprudencia, el acreedor prendario que mantiene retenida la prenda sin orden judicial (SCS 23.10.1909, *Repertorio*, 463).

En cuanto a la conducta, la ley habla de sustraer, esto es, apartando, separando o extrayendo la cosa de donde se encontraba, lo que se entiende mayoritariamente por retirarla de su esfera de resguardo anterior, pasando a la de su dueño.

Respecto a las circunstancias del hecho, por el carácter disponible de la propiedad y los derechos derivados de la misma, el consentimiento juega aquí el mismo valor que en el hurto, aunque la ley no lo mencione expresamente, por emplear el término sustracción, que parece presuponer su ausencia.

En cuanto al perjuicio o pérdida económica que causa el delito no es, en este caso, una circunstancia a la que deba alcanzar el conocimiento propio del dolo, sino una condición objetiva de punibilidad de la sustracción. De allí se sigue que no habrá hurto de posesión tentado o frustrado y que, mientras no se produzca el perjuicio, la sustracción misma tampoco será punible. Así, quien sustrae su auto a quien se lo ha arrendado, para repararlo por no prestar ya utilidad, no generaría perjuicio al arrendatario y no sería punible.

#### §4. HURTO DEL ACREEDOR Y FALTA DE REALIZACIÓN ARBITRARIA DEL PROPIO DERECHO (ART. 494 N° 20)

El Art. 494 N° 20 castiga como falta con una pena únicamente pecuniaria al que “con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella”.

La violencia a que se refiere esta disposición se entiende que abarca tanto la ejercida contra las personas como la fuerza física (real) sobre las cosas. Así, en la SCS 31.7.2001 (*Repertorio*, 498), se condenó a título de realización arbitraria del propio derecho a una persona que ingresó con escalamiento a la casa de su antiguo empleador para sustraer cosas con que pagarse salarios insolutos, revocando la sentencia que condenaba el hecho como robo con fuerza del Art. 440 N° 1.

De allí que, en el llamado hurto del acreedor, cuando éste se apropia sin violencia de especies del deudor para hacerse pago, se afirma por nuestra doctrina dominante que no existe la posibilidad de sancionarlo penalmente, sea a título de hurto o de estafa (Etcheberry III, 404), pues “la ley castiga como falta esta apropiación si se realiza con violencia, por lo que sería absurdo aplicar las penas ordinarias del hurto a una apropiación que no reviste esa gravedad” (Schepeler, *El delito de hurto*, Santiago 1939, 51). La situación es similar a la del hurto de posesión antes analizada (Art. 471 N°1), donde el dueño no es punible por recuperar (sin violencia) las cosas propias de quien no las tiene legítimamente. También es similar a la regulación de la usurpación, donde el inc. 2° del Art. 457 permite no considerar autor del delito al dueño que recupera sin violencia su propiedad, expulsando al tenedor ilegítimo subrepticamente o por medio de engaños, situación a la que no

alcanzaría la prohibición de “que se haga justicia por sí mismo” (Garrido, IV, 273). Luego, la existencia de estas formas de auto tutela, que se extienden al ejercicio legítimo de cualquier derecho, profesión cargo u oficio (Art. 10 N° 10), permiten desechar la postura contraria de quienes sostienen que el ánimo de hacerse pago no excluiría el castigo por esta falta ni por el delito de hurto correspondiente, sobre la base del tópicico jurídico de una supuesta prohibición general y absoluta de la auto tutela, que no se corresponde con nuestro sistema jurídico (Soto, Miguel (1989), “El hurto del acreedor: ¿Una conducta atípica?”, *Revista Derecho y Sociedad*, Año 2 Vols. 3° y 4°, 27-35). Otra cosa es que existan requisitos y condiciones para ejercer legítimamente los derechos como, en el caso que aquí tratamos, la existencia de una deuda líquida, vencida y actualmente exigible, que pueda efectivamente pagarse con lo que se apropió, y que esta apropiación no sea violenta.

## §5. HURTO DE USO

Labatut/Zenteno II, 196, definen el llamado hurto de uso como “la sustracción de cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiación, para servirse temporalmente de ella y restituirla inmediatamente después de su uso”. Según Etcheberry III, 306, en opinión que compartimos, este delito no puede darse en nuestro sistema legislativo, sino en uno que considere como elemento objetivo el “tomar o apoderarse” de la cosa y como elemento subjetivo el “ánimo de lucro”, lo cual no ocurre en nuestra ley, que exige junto a dicho ánimo la apropiación, que comprende el ánimo de señor y dueño, lo que no haría punible al hurto de uso cuando falte este elemento.

La jurisprudencia se encuentra a este respecto dividida: mientras alguna admite su punición con el argumento de que el mero uso de la cosa sustraída puede constituir una forma de lucro, y el lucro supondría la apropiación; también hay fallos que declaran, en el mismo sentido que la doctrina antes citada que, al no existir ánimo de señor y dueño, el llamado “hurto de uso” sería un hecho “atípico”, línea jurisprudencial que en estos últimos años tiende a imponerse (*Repertorio*, 423). Para ello ha sido muy relevante el hecho de que la impunidad del hurto de uso haya sido defendida también por un Künsemüller, antes Abogado Integrante en la Corte de San Miguel y ahora Ministro de la Corte Suprema (Künsemüller, Carlos (1998), “Hurto-hurto de uso, jurisprudencia comentada”, en *Temas de Derecho, Revista de la U. Gabriela Mistral*, Año XIII, 191y s.).

Finalmente, las últimas modificaciones legales han venido a desmentir nuestra anterior opinión, basada en las ideas de Labatut/Zenteno II, 196, en el sentido de que no podría existir un robo de uso, porque la fuerza, la violencia, y la intimidación serían reveladoras del *animus rem sibi habendi*. En efecto, el Art. 268 sexies, introducido por la Ley N° 20.844, de 10.6.2015, dispone el castigo como crimen de la retención, toma de control y apropiación de vehículos de transporte público

de pasajeros, estimando que las dos primeras conductas no podrían configurar un robo común, por faltar, precisamente, el ánimo de apropiarse. Sólo cuando éste concurre, remite su sanción y penalidad a las figuras del robo de los Arts. 433 y 436, según las circunstancias.

## §6. HURTOS AGRAVADOS (ART. 447)

El Art. 447 regula situaciones de simples delitos de hurto (no se aplica al hurto-falta) agravados por especificaciones de las agravantes genéricas de abuso de confianza del Art. 12 N° 7, disponiendo para ello el aumento de la pena, facultativo, en un grado. Aunque en virtud de dicha agravación las penas del hurto podrían llegar a presidio mayor en su grado mínimo, si el valor de las cosas sustraídas excede las 400 UTM, no transforma al hurto en crimen.

Por otra parte, el carácter facultativo de la agravación le resta aplicación práctica, dado que no es controlable por vía de nulidad. A ello se debe agregar que el lenguaje empleado por el legislador, que en buena parte de los casos se refiere a relaciones económicas y sociales pretéritas, propias de fines del siglo XIX, pudiese hacer pensar que buena parte de sus disposiciones son “piezas de museo” (y algunas indicativas de discriminaciones graves, como las palabras “amo” y “criado” —razón por la cual existe hoy en día una Moción Parlamentaria en actual tramitación (Boletín N° 9086-17) que propone su supresión—), lo cierto es que ello no ocurre en todos los casos y el sentido literal posible de las expresiones en cuestión a veces puede comprender situaciones vigentes en la actualidad y, por ello, debe analizarse caso a caso.

Cualquiera sea el alcance que subsista de estas disposiciones, queda en pie la cuestión de distinguir los casos que se refiere frente al delito de apropiación indebida del Art. 470 N° 1, puesto que la agravación se basa si no en la entrega, al menos en el hecho de que autor del delito tiene a materialmente a su alcance las cosas que se apropia, como consecuencia de la relación de confianza existente. Al respecto diremos algo similar a lo que se dijo respecto de la apropiación de cosas en establecimientos de autoservicio: la autorización que se da para tomar las cosas y emplearlas en tareas más o menos determinadas no alcanza a constituir una entrega en el sentido jurídico del Art. 470 N° 1, pues no se entregan ni se ponen a disposición material bajo algún título que produzca obligación de restituir (depósito, comisión, administración, etc.). Las excepciones posibles las veremos en el detalle de cada numeral.

### A) *Famulato o hurto doméstico (Art. 447 N°s 1 y 2)*

El legislador habla de “dependiente, criado o sirviente asalariado”, categorías laborales hoy inexistentes, lo mismo que las de “amo o patrón”. La actual regu-

lación laboral hace referencia al trabajador y al empleador, identificándose una relación de esta naturaleza por la existencia de un vínculo de subordinación y dependencia, la prestación de servicios personales y el pago de una remuneración por ellos (SCS 29.10.2003, Rol N° 4281-2003). Por otra parte, lo más parecido a los criados del siglo XIX podrían ser los trabajadores de casa particular, cuyo régimen jurídico dista bastante del vasallaje de facto de aquella época, pues el empleador no podría considerarse hoy en día un “amo” de tales trabajadores. En consecuencia, estimamos ahora (modificando anteriores puntos de vista) que, con independencia de la fortuna que corra el proyecto de ley que pretende la formal derogación de las expresiones empleadas por este Art. 447 N° 1, no es posible homologar las actuales situaciones laborales a las de la época de la promulgación del Código. Tampoco es posible dar lugar a interpretaciones que hagan análogos los términos “obrero, oficial o aprendiz” con las actuales categorías del Código del Trabajo

Pero dado que el fundamento de la agravación no ha desaparecido (el abuso de la confianza de quien ha dejado materialmente a disposición del trabajador las cosas de la casa en que labora), de darse el caso de un hurto cometido por trabajadores de casa particular, lo que correspondería sería su tratamiento como una forma de famulato propio o impropio del Art. 447 N° 2. En efecto, Carrara, § 2096, estimaba que el famulato podía cometerse por quien presta servicios retribuidos continuos —famulato propio—, como también por quien los lleva a cabo esporádicamente —famulato impropio. Ambos casos parecen subsistir en nuestra legislación bajo la misma frase final del numeral segundo del Art. 447 N° 2, que aplica la agravación de un grado al hurto “cuando se cometiere [...] por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiera hurtado”, lo que ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia actual (SCA Santiago, 19.5.2003, *Repertorio*, 426). También a esta categoría genérica podría reconducirse la figura del administrador de un local comercial que vuelve al mismo tras su cierre para retirar especies guardadas bajo las llaves que administra (SCA Santiago, 19.8.1999, *Repertorio*, 426).

### **B) Hurto del posadero (Art. 447 N° 3)**

Aunque la terminología que emplea el Código (“posadero, fondista”) sigue siendo anticuada, al expresar en su parte final un concepto material (“persona que hospede gentes”) es posible estimar que subsiste un ámbito de aplicación autónomo de la figura, en los pocos casos en que las personas que hospeden gentes estén a cargo materialmente de prestar dicho servicio. Sin embargo, hoy en día lo normal es que ese servicio se preste a través de trabajadores y que no sean los dueños de los hoteles y establecimientos similares quienes accedan a las habitaciones de los huéspedes para realizar su aseo, mantención, etc. Para Etcheberry

III, 310, los empleados de dichos establecimientos también serían sujetos activos del N° 3, opinión que no compartimos pues la literalidad del texto no los alcanza, sino que se refiere directamente a las personas que hospedan gentes, esto es, los empresarios del rubro. Con todo, podría concebirse en estos casos la aplicación a sus empleados de la agravante de abuso de confianza del Art. 12 N° 7, que comparte el fundamento original de estas anticuadas disposiciones. Y también podría aplicarse la agravante especial cuando los empleados fuesen parte de un acuerdo de actuación conjunta o de distribución de funciones para sustraer especies a los huéspedes, como podría eventualmente suceder en los pequeños hoteles y hostales de administración familiar, así como en las casas particulares que todavía ofrecen alojamiento.

Las cosas a que se refiere esta disposición son aquellas que se portan y dejan en las habitaciones por los huéspedes (las que se hubieren llevado al lugar). Sin embargo, si algunas de esas cosas se dejan en cajas de seguridad del establecimiento o de cualquier modo se entregan en depósito para su custodia, no se configura este ilícito, sino que podría configurarse apropiación indebida por parte del empresario o las personas a que se hizo el depósito, donde sí podría considerarse el administrador del establecimiento que no sea el dueño, pero haya “recibido la cosa en depósito”.

### *C) Hurto del transportista y del bodeguero (Art. 447 N° 4°)*

En este caso la ley sí emplea palabras técnicas cuyo sentido subsiste hasta hoy: “patrón o comandante de buque, lanchero, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacenes, carruajero, carretero o arriero”, pero que no alcanzan a cubrir medios de transporte modernos, como los vehículos motorizados y los aviones. Por tanto, no puede extenderse su aplicación al transporte por carretera y al aéreo. Tampoco debería extenderse a los empleados de quienes ejercen las funciones que se detallan en el numeral, como propone Etcheberry III, 310, por las mismas razones expuestas respecto del caso anterior. Ni respecto de las cosas depositadas en bodegas o encargadas transportar por un contrato especial de transporte o depósito, pues a su respecto, la no restitución podría configurar el delito de apropiación indebida.

## **§7. HURTO DE COSAS QUE FORMAN PARTE DE REDES DE SUMINISTRO DE SERVICIOS PÚBLICOS Y APROPIACIÓN DE SUS SUMINISTROS (ART. 447 BIS)**

El nuevo Art. 447 bis, incorporado al Código por la Ley N° 20.273, de 28.6.2008, castiga con una pena única de presidio menor en sus grados medio a



máximo “el hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas servidas o telefonía”, sin atención a su valor. La modificación legal se sustenta en el incremento de estas sustracciones que corrió a parejas con el del valor de los metales que componen tales redes.

Con esta modificación, no existe diferencia penológica entre este delito y el de robo con fuerza en las cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación. Tampoco hay diferencia penológica en los casos agravados de ambos hechos consistentes en la interrupción de los servicios respectivos a consecuencia de la apropiación de las cosas que forman parte de las redes de suministro, según disponen los incs. finales de los Arts. 447 bis y 443: la pena en ambos casos es de presidio menor en su grado máximo (tratándose de suministro eléctrico, también existía una figura que castiga la interrupción del suministro eléctrico por daños en las redes, sin apropiación, Art. 213 D.F.L. N° 4, 2007, Ley General de Servicios Eléctricos).

Respecto de la apropiación de los fluidos, energías y gases suministrados a través de tales redes, dado que por su falta de corporalidad no pueden ser aprehendidos materialmente y, por tanto, resulta más que difícil encuadrarlos en el concepto de “cosa mueble”, el legislador ha dispuesto figuras especiales de apropiación a su respecto, que giran en torno a las ideas de obtener tales suministros mediante conexiones clandestinas (ocultas) o fraudulentas o mediante la alteración de los medidores correspondientes: así, respecto de la energía eléctrica, el Art. 215 D.F.L. N° 4 castiga la apropiación de energía eléctrica mediante conexiones clandestinas o fraudulentas (cuya discutible constitucionalidad —está establecido en un DFL y no en una ley propiamente como ordena el Art. 19 N° 3 CPR— fue declarada en la STC 19.5.2009 (Rol N° 1191-8), con el argumento de que esa limitación sólo valía “para el futuro”, y no se aplicaba a este delito, que se encontraba desde antiguo en el ordenamiento nacional); la apropiación de energía geotérmica se castiga en el Art. 44 Ley N° 19.657, sobre Concesiones Geotérmicas; la conexión o empalme clandestinos a redes de suministro público de agua potable y alcantarillado, así como la alteración de medidores es sancionada por los Arts. 2° y 3° Ley N° 18.119; mientras la usurpación de las aguas circulantes en tales redes se castiga por el Art. 459 N° 1 CP; de la misma forma que se castigan conductas similares respecto de las redes de gas domiciliario en el Art. 54 del D.F.L. N° 323, de 1931.

## §8. HURTO DE HALLAZGO (ART. 448)

Las disposiciones relativas al hurto de hallazgo (Arts. 448 y 494 N° 19) son originales del Código chileno. Fueron redactadas teniendo en cuenta los Arts. 624ss. CC, donde se regula la invención o hallazgo como modo de adquirir el



dominio. Allí se establece que las cosas al parecer perdidas, por tener rastros de dominio anterior, siguen siendo ajenas y no pueden adquirirse por ocupación (hallazgo) como sucede, al contrario, con la *res derelictae*. Luego, la legislación civil impone ciertas formalidades que debe cumplir para cerciorarse de que las cosas al parecer perdidas hayan sido o no dejadas al primer ocupante (*res derelictae*), dando a su propietario una oportunidad para recuperarlas.

La particularidad principal de esta clase de delitos es que aquí la apropiación se realiza mediante una combinación de conductas activas y omisivas: primero, se realiza la aprehensión material de las cosas al parecer pedidas, sin sustracción; y luego o simultáneamente se omiten las formalidades que la ley civil exige. Pero sólo la omisión de las formalidades señaladas en el Art. 448 permite constituir el delito de hurto de hallazgo. Las infracciones al resto de la regulación civil aplicable se sancionan en el Art. 631 CC con la pérdida del premio correspondiente al descubridor y sujeto a la acción de perjuicios.

El hallazgo de una cosa mueble al parecer perdida (con rastros de dominio anterior) requiere que ésta se encuentre fuera de la esfera de resguardo de su dueño, la que incluye, en espacios abiertos o en bienes nacionales de uso público, el alcance de su cuerpo o vigilancia, de allí que son objeto de hurto simple y no de este delito los objetos dejados alrededor de las edificaciones para su servicio, las maletas que se depositan en los espacios reservados al efecto en los ferrocarriles o en las estaciones de trenes o aeropuertos, las cosas que se dejan transitoriamente en playas y orillas de ríos mientras sus dueños toman un baño, y los efectos que se dejan temporalmente sobre bancas o el suelo, siempre que se encuentren materialmente al alcance o bajo la vigilancia de sus dueños. Tratándose de animales, no se nunca se reputan perdidos y se entiende que su propia corporalidad constituye su esfera de resguardo, pues según el Art. 624 CC, la invención o hallazgo sólo es posible respecto de cosas inanimadas, siguiendo los animales las reglas de los Arts. 606 a 623 CC, que distinguen entre animales bravíos, objeto de caza y ocupación en tierras propias o ajenas con permiso, y los animales domésticos y domesticados, que nunca pueden ser ocupados por medio de su caza ya que se encuentran siempre en dominio de su dueño, quien lo conserva sobre los animales fugados “aun cuando hayan entrado en tierras ajenas”. Por tanto, la apropiación de animales sin la voluntad de su dueño no podría nunca constituir el delito de hurto de hallazgo propio del Art. 448, y siempre debería reconducirse a una forma de abigeato por hurto o robo del Art. 448 bis, salvo el caso especial del Art. 448 ter inc. final, que estima posible una suerte de hurto de hallazgo impropio de animales, cuya regulación abordaremos más adelante al estudiar el delito de abigeato.

Para configurar el delito, es necesaria la aprehensión material de la cosa al parecer perdida (constituyendo así una nueva esfera de resguardo), más la omisión de su entrega de al dueño o a la autoridad. El Código distingue al respecto dos situaciones:

- i) *Si las cosas se hallan al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente de ferrocarril u otra causa análoga* (entre las que podemos encontrar hoy en día los accidentes de tránsito o aéreos), su solo hallazgo genera la obligación de entregarla a los dueños, si se conocen, o a la autoridad, en todo caso (Art. 448 inc. 2°);
- ii) *En los restantes casos*, la obligación de restituir a la autoridad o al dueño la cosa al parecer perdida solo se genera si al autor del hallazgo le consta quién es el dueño de la cosa. La ley determina el nacimiento de la obligación de restituir en el momento en el que la encuentra le conste quién es su dueño, conocimiento que podrá producirse “por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo”. Dado que se trata de cosas muebles, la obligación termina con la prescripción adquisitiva de las mismas (2 años), plazo tras el cual no existe obligación de restituir al dueño que se conoce a destiempo. El conocimiento de la persona del dueño puede producirse por ser claramente identificable la especie, según las señas en ella puesta, o por noticias que llegan posteriormente a quien la encuentra (aparece el suceso mencionado en TV, etc.). Si el dueño de la cosa no es conocido o identificable por parte del que se la encuentra, nunca se configura el delito, ni aún en grado de tentativa, imposible en estos supuestos donde la configuración del delito requiere una omisión (SCA Concepción 4.9.1939, GT 1939, 728). Resulta, por tanto, incomprensible la SCA Santiago 14.10.2005 (*Repertorio*, 427), que entiende posible la configuración de este delito, precisamente en el caso de desconocer el imputado quiénes serían los dueños de las especies que se halla en la vía pública.

Respecto de la culpabilidad, la cuestión más relevante dice relación con el grado de conocimiento de las circunstancias que originan la obligación de restituir. Respecto del hallazgo del Art. 448 inc. 1°, la ley exige que al autor le conste la persona del dueño, no bastando con el conocimiento de que la cosa no es propia, como en el hurto simple. En el caso agravado, en el conocimiento de la existencia de la calamidad puede admitirse dolo eventual, si la duda acerca de su acaecimiento le es indiferente al autor al momento de la apropiación.

## §9. ROBO CON FUERZA EN LUGARES NO HABITADOS, SITIOS NO DESTINADOS A LA HABITACIÓN Y BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO (ARTS. 442, 443 Y 443 BIS)

### A) Generalidades

La ley castiga con la misma pena de presidio menor en sus grados medio a máximo este llamado robo con fuerza, cuando se comete en lugares no habitados,

sitios no destinados a la habitación o de cosas que se encuentran sobre bienes nacionales de uso público, con la sola salvedad de agravarse la pena si los objetos sustraídos fuesen vehículos motorizados o cajeros automáticos, caso en el cual ésta se eleva al presidio menor en su grado máximo, sin atención a la cuantía de lo sustraído.

Si se atiende al modo de comisión de estos delitos, podrá descubrirse que en todos los casos la fuerza descrita en los Arts. 442 a 443 bis se trata de especiales medios de destrucción o burla de los dispositivos de resguardo o fijación de las cosas, sin que parezca existir un peligro más o menos previsible de encuentro con sus dueños, precisamente por los lugares donde ocurren, al contrario del que se puede prever en los casos de robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias. Sin la constatación de ese peligro, las numerosas similitudes entre aquellas figuras y la que la ley califica de hurto, hacen necesario considerarlas una forma agravada de hurto en atención al modo de comisión (la fuerza empleada), tal como desde hace un tiempo ha propuesto Mera (1984, 89s.) y, alguna vez, así fue entendido en las primeras leyes patrias sobre la materia (Ley de Hurtos y Robos de 1849). La idéntica regulación penológica de la apropiación de cosas que son parte de una red de suministro de servicios públicos (Arts. 443 y 447 bis) parece confirmar, a la vuelta de casi siglo y medio, esta similitud.

Sin embargo, cabe destacar que, a pesar de las intenciones del legislador en orden a establecer agravaciones en esta clase de delitos en atención no sólo al medio empleado en la apropiación, sino también al objeto sobre que recaen (cosas que forman parte de redes de suministro, vehículos motorizados, cajeros automáticos), al establecerse penas sin atención a las cuantías, se produce la aparente paradoja de que las agravaciones podrían llevar a considerar los hechos como hurtos privilegiados, cuando las cosas de que se trate tengan un valor de más de 400 UTM, lo que debe resolverse por el principio de subsidiariedad (distintas agravaciones de una misma figura básica), expresamente recogido en esta materia por el Art. 453, según veremos más adelante. Esta constatación refleja, nuevamente, que el interés del legislador de castigar con penas sin atención a la cuantía de los sustraído las apropiaciones de determinadas especies y mediante particulares modos de comisión, no es más que una forma de agravación de hurtos de baja cuantía, cuando recae en esas cosas y se hace con esos medios.

## ***B) Tipicidad***

### **a) Circunstancia de lugar**

Un lugar no habitado es un edificio, construcción o sitio claramente delimitado del exterior por paredes, techos o cierros exteriores susceptibles de ser forzados

en la forma prevista por la ley. Típicamente, se consideran lugares no habitados los establecimientos comerciales o industriales, las oficinas no habitadas y aún una casa en remodelación, mientras no se destine a su fin natural (SCA Santiago 19.6.2002 (GJ 264). A diferencia de un lugar habitado, aquí no moran personas, no duermen ni hacen vida doméstica. Tampoco se consideran lugares no habitados las casas o departamentos de veraneo, cuyo acceso es facilitado gracias a los sistemas de transporte ahora existentes y pueden, efectivamente, ocuparse en cualquier momento del año. Si el lugar es de aquellos considerados no habitados, es irrelevante que sea utilizado por personas que se encuentren o no presentes físicamente en el momento de cometerse el delito, mientras ellas no entren en contacto con los autores del delito. Si ese encuentro se produce, habrá que distinguir si de él siguen o no violencias por los autores, en el sentido del Art. 439: si ellas se producen, entonces habrá un delito de robo con violencia o intimidación de los Arts. 433 y 436, según el grado de violencia empleado; si no, permanecerá la figura del robo con fuerza en lugar no habitado.

Los sitios no destinados a la habitación son los predios rurales y urbanos no delimitados por cierres y muros que los hagan inaccesibles sin empleo de algún tipo de fuerza de las señaladas por la ley para el ingreso a los lugares no habitados. Los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como calles, plazas, puentes, caminos y las playas del mar y ríos y lagos navegables (Art. 589 CC). Aquí, a diferencia del caso anterior, la apropiación de la cosa no se comete dentro de un lugar determinado, sino sobre una extensión de terreno carente de resguardos que impidan la entrada no autorizada. De allí que la fuerza legalmente definida para cometer el robo en estos lugares no sea la necesaria para ingresar a ellos, sino únicamente la empleada para quebrantar o burlar los medios de fijación de las cosas o partes de ellas a tales lugares o de aseguramiento de su inmovilidad o fijación al conjunto que se trate. En opinión de Labatut/Zenteno II, 209, “la disposición que nos ocupa persigue como finalidad esencial el castigo de los robos de automóviles, de algunas de sus piezas o de objetos dejados en ellos, tan frecuentes en la actualidad y que, a falta de un precepto especial, eran antes calificados de hurtos”. A ello se agrega que desde esa fecha existía una suerte de agravación para la apropiación de vehículos motorizados (antiguo Art. 449, hoy derogado), la cual se ha transformado ahora con claridad en una circunstancia agravante especial, según el nuevo Art. 443, inc. 2º, introducido por la Ley N° 20.693, de 11.12.2012, que eleva la pena a la de presidio menor en su grado máximo. Razones similares impulsaron la creación del Art. 443 bis, esto es, el castigo también agravado del robo con fuerza de cajeros automáticos, introducido por la Ley N° 20.601, de 14.7.2012, y de la agravación ya mencionada de la interrupción de servicios públicos producto del robo de las cosas que forman parte de sus redes de suministro (Art. 443, inc. final).

## b) Medios de comisión (la fuerza)

Como ya adelantamos, no cualquier clase de fuerza en las cosas es suficiente para desplazar la calificación de la conducta de hurto a robo con fuerza. Para Etcheberry III, 316, ésta corresponde a la energía requerida para vencer las defensas o resguardos de la cosa y que, además, esté prevista en uno de los casos que el legislador ha señalado. Luego, no basta el mero hecho de aplicar fuerza en las especiales protecciones de la cosa, ya que los medios empleados para sustraerla deben ser los establecidos por la ley para calificar el hecho de robo: es necesario que se trate de aquella especial fuerza establecida por el legislador para configurar los delitos de los Arts. 442 a 443 bis.

Por otra parte, la fuerza en las cosas tiene que emplearse para la apropiación del objeto material. Si se utiliza con posterioridad a la apropiación, p. ej., si el hechor después de haber sustraído un cofre de un lugar no habitado rompe en su guarida los candados para extraer su contenido, no hay delito de robo. Tampoco lo hay si tras sustraer un vehículo que ha quedado estacionado con sus llaves puestas, destruye sus vidrios “marcados” para reemplazarlos por otros que impidan la identificación del vehículo.

La fuerza que el legislador considera suficiente para agravar las penas del hurto, no tomando en consideración la cuantía de lo sustraído, varía según el lugar donde el delito se comete, pero todas las formas legales de ésta tienen en común su empleo para burlar o destruir los medios de resguardo de las cosas, sean éstos el lugar donde se encuentran, los muebles donde se guardan, los medios de fijación que poseen, sus propias puertas y ventanas o incluso su propio peso.

### *(1) Fuerza en el robo en lugar no habitado*

En este delito, por la naturaleza del lugar donde se comete, la ley considera como fuerza la burla o destrucción de sus medios de resguardo exteriores y también de los interiores (muebles donde se encuentren las cosas a sustraer). Así, quien entra al lugar no habitado sin usar fuerza, comete también el delito de robo, si la aplica para descerrajar el mueble donde se encontraba la cosa apropiada. En el supuesto que el agente emplee fuerza tanto para entrar como para abrir dichos muebles se configura un solo delito de robo, ya que se trata de un tipo alternativo. Las clases de fuerza que se emplean por la ley para calificar el hecho de robo son las siguientes:

#### (A) Escalamiento exterior (Art. 442 N° 1)

El legislador expresa que hay fuerza si concurre la circunstancia del “escalamiento”. Como en este numeral ella no se define, hay que recurrir a la definición del mismo contemplada en el Art. 440 N° 1, para el caso del robo con fuerza en

lugar habitado. Allí se señala que hay escalamiento “cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared, techos, o fractura de puertas o ventanas”. El legislador es claro al decir “se entra”, por lo tanto, no estaremos frente a un escalamiento si el sujeto ha entrado por una puerta abierta y al ser sorprendido por un guardia escapa saltando la pared (salir por vía no destinada al efecto). Tampoco lo habrá si el sujeto no entra o sólo lo hace a medias, como en el caso de Jean Valjean de Los Miserables: romper una vidriera que da al exterior para tomar una cosa allí expuesta haciendo pasar la mitad del brazo al interior no es entrar con fractura de vidrios. Veamos a continuación el significado de estas expresiones:

- i) *Entrar por vía no destinada al efecto*: lo propio del escalamiento es el despliegue de energía física que el sujeto realiza, con el objeto de burlar los elementos de protección del lugar. Nótese que, en este caso, la fuerza (energía) no se aplica contra dichos elementos porque de ser así, estaríamos frente a la hipótesis de fractura o efracción. Así, tenemos que quien entra a una casa aprovechando una fractura existente en una ventana, ingresa por vía no destinada al efecto. No cabría dentro del supuesto de entrar mediante fractura de puertas o ventanas. Idéntica situación se produciría si se entra en el momento que se abre una ventana para ventilar el establecimiento. Por otra parte, la rotura del suelo —un túnel—, aunque no se nombre en el texto legal, bien podría considerarse un forado o una vía no destinada a la entrada.
- ii) *Entrar por forado*: aquí se supone que el agente hace el agujero u orificio que atraviesa una de las barreras de protección —puertas, techos, ventanas, paredes— y lo utiliza para entrar al lugar del robo. El que emplea un forado que ya existía, no entra por forado, sino por vía no destinada al efecto, pero en todo caso hay escalamiento. En la situación anterior hay que hacer una salvedad: que los propietarios del lugar hayan destinado dicho forado para la entrada y salida de él, en cuyo caso salimos del ámbito del ingreso por una “vía no destinada al efecto”.
- iii) *Entrar con rompimiento de pared o techo*: supone la destrucción violenta de la pared o techo, pero no que se use el espacio destruido para entrar (en tal caso sería la hipótesis anterior). Aquí el rompimiento es un medio para entrar al lugar del robo, incluso por vía destinada al efecto, p. ej.: Se rompe la pared para ingresar un gancho que abrirá la puerta.
- iv) *Entrar con fractura de puertas o ventanas*: la fractura es la rotura o separación violenta de una parte de una cosa, que en este caso sólo puede ser una puerta o ventana exterior. Según Etcheberry III, 326, no sería fractura la remoción de la ventana, puerta o una parte de las mismas en la que no se aplique violencia como, p. ej., levantar una puerta desde las bisagras, dejándose así el espacio abierto o desprender el vidrio de una ventana sin romperlo. No compartimos

esta opinión. Si se piensa que la remoción del vidrio de una ventana o de una puerta entera no es fractura, de todas maneras, habría que calificar la conducta como constitutiva de fuerza en las cosas, pues se entra por vía no destinada al efecto. La rotura de candados y otros elementos de cierre de puertas y rejas, debe considerarse fractura de tales dispositivos de protección, incluso si se trata de candados o cierros sobrepuestos a las cerraduras originales.

### (B) Escalamiento interior (Art. 442 N° 2)

La ley lo define como la “fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados”. En principio, pareciera estar excluida la fractura de ventanas interiores, pero sí incluye la de los vidrios que forman parte del mobiliario donde se encuentran las cosas. La amplia definición incluye la fractura de cajas de seguridad o cajas fuertes, y aún su burla mediante el desciframiento de sus claves de seguridad, si éstas se entienden como llaves, en un sentido amplio. Este caso y el empleo de claves verdaderas pero sustraídas con dicho propósito se sancionaría también como fuerza, según el número siguiente.

Sin embargo, si una caja fuerte se considera simplemente como un contenedor de dinero, podría aducirse que su apropiación o la de los dineros y valores que contenga debiera considerarse un caso dentro del nuevo Art. 443 bis. No obstante, no consta en la *Historia de la Ley N° 20.601* que el legislador hubiese tenido el propósito de extender la nueva regulación a otros casos diferentes de los cajeros automáticos dispuestos por el sistema bancario para el retiro y depósito de dinero sin atención directa por parte de su personal y fuera de los horarios establecidos para el funcionamiento bancario por la Superintendencia respectiva. Toda la discusión en su tramitación gira en torno al fenómeno de la apropiación de tales dispositivos y la incorporación de la frase “contenedores de dinero” en el segundo trámite legislativo no tiene ninguna justificación que conste en los documentos legislativos, por lo que no parece sino una forma genérica de designar tales artefactos automáticos (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.061*, 135). Además, el Art. 2° Ley N° 20.061 cierra esa posibilidad al señalar que se entienden por “cajeros automáticos” o “cajeros”, “los cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero de cualquier especie”, que mantengan “las entidades bancarias y financieras de cualquier naturaleza y las empresas de apoyo al giro bancario que reciban o mantengan dineros en sus operaciones”, esto es, los dispositivos de retiro y depósito de dinero mediante claves y tarjetas que sirven al giro bancario.

### (C) Uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes (Art. 442 N° 3)

El rompimiento de la barrera de protección en este caso es de carácter ficto, pues se hace burlando los medios de protección y no destruyéndolos necesaria-



mente. Dicho medio es la cerradura, artificio construido para ser fijado en puertas, ventanas, tapias, paredes o muebles que impide su apertura si no se usa el dispositivo mecánico diseñado al efecto: la llave.

No hay cerraduras en los cierros de puertas que no utilizan llave, como p. ej. un picaporte, barras, etc. Según Etcheberry III, 326, estos dispositivos tienen el mismo carácter defensivo que una pared o la puerta misma, por lo que si se superan mediante fractura se configura la circunstancia analizada al respecto.

En estricto rigor, tampoco habría cerraduras (y, por ende, no habrá llaves falsas) en los dispositivos electrónicos o magnéticos que impiden la libre apertura de puertas. Su violación mediante “tarjetas falsas” constituiría, por tanto, sólo una forma de comisión de hurto (no sería el caso de las tarjetas rígidas perforadas, pues actúan mecánicamente sobre la cerradura indicada, de modo que cumplen a cabalidad con el concepto de llave). Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que las tarjetas magnéticas y las claves de acceso pueden considerarse como llaves, o “cuando menos”, como instrumentos semejantes a una ganzúa, toda vez que accionan “el mecanismo de la cerradura” (SCS de 8.3.2001, GJ 249, 110s.). Para evitar estas dificultades interpretativas, el Código español de 1995, dispone en su Art. 239 inc. final, que se consideran llaves las tarjetas magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

La minuciosidad del legislador que llega a incluir como fuerza la apertura con llaves falsas de los muebles donde se encuentran las cosas, no alcanza a la apertura con estos medios de puertas interiores. En tales casos no habría delito de robo (la ley exige que se empleen para entrar al lugar no habitado), sino hurto. Tampoco habría robo si dichos instrumentos se usan para abrir los muebles una vez retirados del lugar del robo, caso en que también sólo se configura el hurto común. Aunque la ley habla aquí sólo de muebles cerrados, una vez sustraído el mueble completo se consuma el hurto y lo que se haga con ese objeto con posterioridad a la apropiación no configura un nuevo delito de apropiación.

#### i) Llaves falsas

A falta de concepto legal, Etcheberry III, 327, las define como las que siendo llaves propiamente tales, esto es, instrumentos que hacen funcionar el mecanismo de una cerradura, no son verdaderas.

Para nosotros, llave verdadera es la que corresponde al mecanismo de la cerradura de que se trata y se encuentra destinada por los habitantes del lugar a dicho efecto. Por lo tanto, serían falsas:

- a) Las llaves verdaderas que hubieren sido sustraídas;
- b) Las llaves verdaderas y maestras no utilizadas (y desconocidas) por los moradores;



c) Las que corresponden a otras cerraduras, y

d) Las supernumerarias, esto es, aquellas que aun correspondiendo a la cerradura que violan no han sido destinadas por sus moradores al efecto, porque desconocen su origen (se han duplicado sin su consentimiento).

Algunos problemas especiales se presentan respecto a las siguientes categorías:

#### ii) Llave extraviada

La llave extraviada puede considerarse llave falsa, pues ha perdido el destino que le había dado su poseedor y, en consecuencia, puede considerarse supernumeraria. Sin embargo, Labatut/Zenteno II, 137, estiman que no se trataría de llave falsa, pues sería un “vacío de la ley, imputable al casuismo”, ya que si es una llave accidentalmente encontrada por el autor del delito no habría sustracción, aunque sí una apropiación.

#### iii) Llave dejada en un lugar seguro

Tal es el caso del propietario que deja una llave “oculta” en un lugar para que otra persona, que comparte su secreto, o él mismo la pueda utilizar. El problema se presenta cuando ésta es encontrada por un tercero distinto de aquel que conocía el ocultamiento. En este caso, no parece haber dificultad para considerarla como llave verdadera sustraída, a menos que las haya dejado ostensiblemente a la vista o al alcance de cualquiera, caso en el cual el propietario ha puesto el riesgo de que se utilice indiscriminadamente por cualquiera, y sin resguardos su casa, del mismo modo como si dejase abiertas las puertas.

#### iv) Llave indebidamente retenida

Piénsese en la persona que se niega a restituir la llave a quien se la dejó por encargo. Idéntica situación se presentaría en el supuesto de quien obtiene la entrega de la llave por engaño y no la restituye al serle exigida. En la SCS de 8.3.2001 (GJ 249, 110s.) se estimó como falsa la llave (en el caso, una tarjeta magnética y su clave) que había sido entregada voluntariamente en una ocasión anterior, aunque la clave no se sustrajo, sino que fue como indebidamente retenida y empleada sin autorización.

#### v) Llave del empleado facilitada a un tercero

En cuanto a la llave de la empleada prestada a otro (piénsese en la situación de un trabajador que entrega el original que ha recibido de su empleador a un tercero y conserva en su poder el duplicado), hay que tener presente el carácter funcional del concepto de llave falsa, su calidad de supernumeraria. Sólo la que está en poder del trabajador es la verdadera, en cuanto fue destinada por el dueño a ello (no es relevante que se trate del original o duplicado). Por lo tanto, también

sería llave falsa si este trabajador presta momentáneamente la llave a un extraño sin consentimiento del dueño. Si las emplea el propio trabajador sería un caso de hurto agravado por abuso de confianza.

vi) Llave del arrendador/arrendatario

Finalmente, respecto de la llave del arrendador, hay que distinguir: si la llave está en poder del arrendatario con conocimiento del arrendador se trata de llave verdadera; si no se cuenta con dicho conocimiento-consentimiento, es llave falsa, y viceversa.

vii) Uso de ganzúa u otro instrumento semejante

Debe tratarse de un instrumento, que sin ser llave propiamente tal, permita abrir la cerradura (“alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras”, según el Diccionario). Los otros instrumentos semejantes serían, según Labatut/Zenteno II, 208, “los que permiten abrir sin violencia una cerradura, poniendo en movimiento su mecanismo”, como sería “un cortaplumas, p. ej.”.

Si la ganzúa rompe la puerta, se produce también fractura, y de todos modos habrá un robo con fuerza. Lo mismo vale para todos los instrumentos que se aplican sobre la cerradura para destruirla o forzar los medios de protección de puertas y rejas (picaportes, candados, cadenas, etc.): aunque no se consideren ganzúas, pueden quedar comprendidos en la efracción, y de todos modos habrá un delito de robo con fuerza, pero por escalamiento.

(2) *Fuerza en el robo en sitios no destinados a la habitación y de cosas que se encuentran sobre bienes nacionales de uso público (Art. 443 inc. 1°)*

Aquí, dado que las cosas se encuentran al alcance de quien las encuentre en tales sitios no habitados o bienes nacionales de uso público, sin otros medios de protección que aquellos que las fijan a tales lugares o su propio peso y naturaleza, a diferencia de lo ya examinado, la fuerza se refiere a la que se aplica directamente sobre la cosa objeto del robo —o a los medios que los protegen— y no a la necesaria para entrar al lugar, siempre que ésta no consista en el mero despliegue de la energía física del autor. Es necesario utilizar algún instrumento para ejercer esa fuerza (uso de llaves falsas o verdaderas que hayan sido sustraídas, de ganzúas u otros instrumentos semejantes), un medio de tracción o proceder a la fractura de algún medio de protección de la propia cosa (puertas, vidrios, cierros, candados u otros medios de protección). Lo que, a nuestro juicio, en definitiva importa, es que el medio con que se fuerzan las protecciones de la cosa que se sustrae no sea el mero despliegue de la energía física propia a través del cuerpo del autor. Sin

embargo, en SCS 29.3.1962 (RDJ LIX, 23), se estimó que la simple extracción manual de un espejo retrovisor de un automóvil estacionado en la vía pública constituía este delito.

### (3) *Fuerza en el robo de cajeros automáticos (Art. 443 bis)*

El nuevo Art. 443 bis castiga como robo con fuerza la apropiación de “cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero” y del “dinero o valores contenidos en ellos”. Se trata de una modificación basada en la idea de que si se alteraba la relación de “costo-beneficio” de delinquir en esta clase de delitos (atendida la mayor pena en principio esperable), se reduciría su frecuencia y se desalentaría el carácter organizado que parecía haber adquirido, y al mismo tiempo se protegería la función que se estima de gran relevancia social cumplirían estos dispositivos que permiten el retiro y depósito de dinero fuera del horario bancario (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley* N° 20.601, 5).

La fuerza empleada para que este delito se transforme en robo debe ser el escalamiento exterior o el empleo de llaves falsas o verdaderas que hubieren sido sustraídas o de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar a los lugares donde se encuentran los cajeros; o la destrucción, fractura o daño de los cajeros mismos o de sus dispositivos de protección o sujeción mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción. De esta forma se pretendía abarcar especialmente las modalidades de sustracción conocidas a la fecha de envío del proyecto como oxicorte, y vehículo vaquero. Nuevamente, la especificidad de la ley no contó con la imaginaria humana que, de manera ingenua y equivocada, con el propósito aparente de evitar la agravación ha puesto de moda entre los autores de estos delitos su comisión mediante el empleo de explosivos, en la supuesta esperanza de que ello no pueda considerarse un caso de destrucción, fractura o daño y tampoco un delito de porte y empleo indebido de explosivos de los Arts. 9° y 14 D de la Ley de Control de Armas.

## §10. ROBO CON FUERZA EN LUGAR HABITADO, DESTINADO A LA HABITACIÓN O SUS DEPENDENCIAS (ART. 440)

### A) *Bien jurídico y justificación de su tratamiento especial*

En el robo con fuerza en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, al contrario que en las figuras de hurto y en los restantes robos con fuerza, no se trata únicamente de sancionar un hurto agravado por el valor de la cosa o los medios de comisión, sino un delito que supone un peligro para los habitantes de tales lugares, básicamente, casas, departamentos o espacios cerrados que sirven

de morada (coches de ferrocarril, casas rodantes inmovilizadas, pequeñas embarcaciones habilitadas como vivienda, etc.). Este peligro para los moradores es lo que justifica el hecho de que la pena asignada sea de crimen (presidio mayor en su grado mínimo), destacándose del resto de las figuras que la ley considera robo con fuerza, pero que bien pueden verse como hurtos agravados. En el *common law*, la figura algo más amplia y que destaca la idea de la protección del hogar como santuario de privacidad y seguridad (mi casa es mi castillo) se conoce como *burglary* o ingreso a un domicilio con el propósito de cometer un delito (Samaha, *Criminal Law*, 4<sup>a</sup>. Ed., United States, 1993, 436), y subsiste en el Art. 240 CP español 1995, a pesar de las críticas de la doctrina al Código anterior, modelo del nuestro. La jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo español avala esta agravación del delito de robo con fuerza común afirmando que su fundamento se encuentra “tanto en la lesión de la intimidad personal o familiar como en el incremento del riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal” (Bacigalupo, Silvina, “Delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico”, en Molina, Fernando (Coord.), *Memento Práctico Francis Lefebre*, Código Penal, Madrid, 2011, 966). Por lo anterior es posible afirmar que, si bien puede aceptarse la crítica político criminal de Mera (1994, 89s.) respecto a lo elevado de la pena de este delito, no es correcto su fundamento, al pretender que aquí estaríamos ante una forma de mero “hurto agravado”, como en el resto de los robos con fuerza, pues, en realidad, el robo con fuerza en lugar habitado es un delito agravado de violación de morada por el propósito delictivo que pone en peligro a las personas que lo habitan, preocupación manifestada ya en las Comisión Redactora (*Actas*, Sesión 90, 170s.).

Para configurar el delito, al igual que en los otros casos de robo con fuerza, lo relevante aquí es determinar el lugar de comisión y la clase de fuerza en las cosas que se considera suficiente para desplazar la calificación de la conducta de un hurto a un robo. En general, se trata de la burla o fractura material de los medios de cierre normales de una morada (sus paredes, cierres perimetrales, puertas y ventanas), además de una forma ficta de comisión, derivada del carácter habitado del lugar, consistente en el engaño a sus moradores o empleados.

## **B) Tipicidad**

### **a) Circunstancias específicas de lugar: lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias**

Un lugar, para ser protegido por las figuras del robo con fuerza, según lo señala acertadamente nuestra jurisprudencia, debe ser un sitio cerrado o que tenga resguardos o reparos materiales, aunque no sea un edificio propiamente tal (puede

ser, p. ej., un carro de ferrocarril; embarcaciones, etc.), pues así lo exige el verbo rector y las formas de comisión del delito, que suponen “entrar”, con escalamiento, fractura, etc. (Etcheberry DPJ II, 483). El problema es determinar cuándo ese lugar puede calificarse como habitado o destinado a la habitación, para distinguirlo de los otros robos con fuerza. Al respecto, la doctrina nacional se encuentra dividida. Así, para Labatut/Zenteno II, 207, lugar habitado sería aquel en que se encuentra a lo menos una persona en el momento de cometerse el delito, aunque su función no sea servir de vivienda, como p. ej. un teatro; lugar destinado a la habitación, el que no está habitado en el momento del robo, “pero cuya finalidad normal es servir de morada”, como “una casa de veraneo”. En cambio, Etcheberry III, 319, niega que habitar sea meramente “estar presente” y que un lugar destinado a la habitación sea un lugar destinado a ser morada, pero deshabitado al momento del robo. En su lugar, afirma que un lugar habitado es un “hogar doméstico” o “morada” y uno destinado a la habitación el que, no siendo construido al efecto, se destina de hecho a ese uso. De este modo, no sería un lugar habitado un teatro lleno de público y una casa de veraneo sin moradores sería un “lugar no habitado”, en el sentido del Art. 442. El Diccionario presta poca utilidad en esta materia, pues allí se define lugar como “porción de espacio”, “sitio o paraje”, “ciudad, villa o aldea”, etc.; habitar, como “vivir, morar”; y “morar” como “residir habitualmente en un lugar”, conceptos todos que impiden una diferenciación fina. Tampoco existen antecedentes en las *Actas* que permitan discernir el sentido exacto de los términos empleados ni tampoco los conceptos civiles de bienes nacionales de uso público y bienes fiscales permiten hacer las distinciones necesarias para una adecuada subsunción de los casos. Y mientras lleva razón Etcheberry al sostener que el Código distingue en algunos casos entre habitar y morar, como en los Arts. 475 N° 1° y 476 N°s 1 y 2, también es cierto que el Código emplea la voz habitante para las personas que se encuentran físicamente en Chile en su Art. 5° y en el Art 10 N° 6, habla de “casa, departamento u oficina habitados”, lugares que distingue de los establecimientos industriales y comerciales. Por otra parte, si un lugar destinado a la habitación fuera el de facto habitado, entonces todo robo en un lugar que no tenga moradores al momento de su comisión debería considerarse “robo en lugar no habitado”, sea que se trate de una ausencia momentánea o temporal.

Estas incertidumbres acerca del sentido de la literalidad del texto legal conducen a que ella debe ser complementada con su finalidad o *telos*, en este caso, la protección de los moradores y su intimidad doméstica ante el riesgo de una entrada en su morada para cometer un delito. Por ello, nosotros entenderemos por lugar habitado precisamente aquel que cumple con lo señalado por Etcheberry, esto es, un lugar en el que viven o moran personas, donde se tiene hogar doméstico, o como lo señala Pacheco III, 331, donde tienen “su cama, su hogar, sus vestidos, sus muebles, su domicilio, su habitual residencia”. La misma razón nos lleva, en

cambio, a seguir el criterio de Labatut respecto del concepto de lugar destinado a la habitación, incluyendo en él tanto la ausencia transitoria de moradores en el momento del robo, como la temporal, propia de los lugares habitables pero que no se encuentran actualmente habitados, como sucede típicamente con las casas de veraneo, concepto que coincide con la actual jurisprudencia, que afirma es el “riesgo para la seguridad de los moradores” lo que justifica la penalidad de este delito. Luego, la distinción entre un lugar destinado a la habitación y uno no habitado, tiene que efectuarse sobre una base valorativa, pues requiere evaluar hasta qué punto cabe temer las posibilidades de un encuentro entre el hechor y terceros cuya vida e integridad corporal está sujeta al peligro de un ataque por parte de aquél” posibilidad “más bien alta” en las actuales casas de veraneo, atendidas las costumbres actuales que admiten un uso cada vez más intensivo de las ahora llamadas segundas viviendas, facilitada por la existencia de vías de comunicación expeditas y vigilancia permanente(SCS 15.5.2006, *Repertorio*, 412).

Si la seguridad de los moradores es el interés que la ley protege con la agravación prevista para este delito, su protección física ha de ser el criterio para determinar el concepto de dependencias. Por ello, parece apropiado admitir el propuesto por Labatut/Zenteno II, 207, entendiendo por tales “los patios, jardines, garajes y demás sitios o edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella y con la cual forman un solo todo”, idéntico al que hoy se recoge en el Art. 241.3 CP español 1995, donde se consideran dependencias de casa habitada “sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física” (Muñoz Conde, 328). Contra esta interpretación, sin embargo, y atendiendo a la elevada pena de esta figura, alguna jurisprudencia ha optado por extender el concepto de dependencia propuesto por Etcheberry III, 320, que interpreta la expresión “formar un todo” no en sentido físico sino “funcional”, exigiendo, además de la comunicación directa entre la dependencia y el lugar habitado, una relación de subordinación, existiendo no pocos casos en que, en virtud de esta supuesta falta de “dependencia funcional”, se ha excluido de tal consideración los establecimientos comerciales de los moradores que se ubican en las piezas de las casas que dan a la calle, aunque estén directamente comunicadas con el resto del lugar (SCA San Miguel 25.9.2002, GJ 267, 149). A ello se agregan algunos fallos que parecen entender que, al menos los patios y estacionamientos son “lugares no habitados” del Art. 442 (SCA Santiago 19.1.2004, GJ 283, 192), o “sitios no destinados a la habitación” del Art. 443, por carecer de aptitud para la habitación, reduciendo la idea de dependencia a departamento interior del lugar habitado (SCA Santiago 16.3.200, GJ 249, 140), concepto que no tiene defensores en la doctrina nacional. Con todo, se debe reconocer que, tratándose de estacionamientos y patios de edificios en copropiedad, la cuestión es más compleja, pues en la mayoría de ellos no existe comunicación directa (física) con cada

una de las moradas que conforman el condominio y, por lo mismo, el riesgo para las personas se encuentra muy reducido, comunicación que sí existe en pequeños espacios en copropiedad (tres o cuatro casas que comparten un patio común, p. ej.), lo que podría explicar los diversos y contradictorios fallos citados en (*Reperitorio* II., 412).

### C) *Conducta*

Este delito, atendida la protección indirecta de la seguridad de las personas, el legislador se ha construido como uno perfecto en dos actos, compuesto por las conductas de entrar al lugar por alguno de los medios que la ley señala y sustraer especies del mismo. La sustracción ya ha sido abordada a propósito del hurto, por lo que ahora nos remitiremos al estudio de los medios que la ley ha señalado como constitutivos de la fuerza en las cosas para entrar al lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias.

Según el Diccionario entrar es “ir o pasar de fuera adentro”. La jurisprudencia agrega que es tal siempre que sea totalmente o al menos con la mayor parte del cuerpo. De acuerdo con lo anterior, se ha declarado por nuestros tribunales que no habrá escalamiento en la fractura de puertas o ventanas para salir del lugar del hurto o únicamente para introducir la mano y sustraer cosas sin pasar de fuera adentro (Etcheberry DPJ II, 487s.). Por extensión, tampoco lo constituirá el utilizar artificios destinados a recoger cosas que estén dentro de una casa o sus dependencias (garfios, etc.).

La entrada, para ser con fuerza, debe realizarse mediante alguno de los medios que señalan los números 1º a 3º del Art. 440. Estos medios, objetivamente considerados, deben vincularse subjetivamente al delito. Esta vinculación es un elemento subjetivo del delito y, por tanto, no habría robo con fuerza en lugar habitado cuando el medio utilizado no tiene como finalidad la apropiación, sino otra conducta, v. gr., el bombero que entra por la ventana a apagar el incendio y de paso toma para sí unas joyas que encontró en la habitación (en tal caso se configuraría un hurto simple), o el amante furtivo al que la trabajadora de casa particular deja entrar por la ventana y toma cosas de la casa en que esta sirve al salir (Etcheberry DPJ IV, 379).

Los medios que constituyen la fuerza, en su sentido material de rompimiento o burla de barreras de protección física, son el escalamiento exterior (Art. 440 N° 1), y el uso de llaves falsas o verdaderas sustraídas o ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados a la comisión del robo (Art. 440 N° 2), cuyas particularidades ya hemos estudiado a propósito del robo en lugar no habitado, lugar al que nos remitimos. Por tanto, sólo cabe destacar que, para la ley, por la importancia que se da a la violación de la intimidad y privacidad del hogar, no se



considera como medio de comisión de este delito el escalamiento interior, que si es utilizado por trabajadores en el hogar podría constituir famulato del Art. 447 N° 2, pero no robo con fuerza en lugar habitado, ya que no hay un ingreso no autorizado en éste. Esto suscita problemas de interpretación y de aplicación de la ley, ya que en la mayor parte de las casas existen cierros externos (al patio) e internos (la casa). Debemos señalar al respecto que el lugar al que la ley se refiere es aquel donde se ejerce la fuerza para llegar a la cosa, y que bien se puede entrar con fuerza a la dependencia, pero sin ella al lugar habitado propiamente tal y viceversa. Generalmente, el lugar habitado va a ser la casa y el patio, la dependencia. Por lo tanto, si se entra a un jardín por la reja entreabierta, pero a la casa por una ventana, de todos modos, habrá robo con fuerza en las cosas, como lo habrá si se escala la reja y se entra por la puerta entreabierta.

Además, por la presumible la presencia de personas en estos lugares, el legislador ha recogido tres casos especiales de fuerza (ficta) en el N° 3 del Art. 440, donde el engaño a dichas personas es el medio de comisión del delito:

- i) *Seducción de trabajador de casa particular*: El Diccionario define la acción de seducir como “engañar con arte; persuadir suavemente al mal”, o “embargar o cautivar el ánimo”. Según Etcheberry III, 329, esta seducción consistiría en “conquistar la voluntad de un doméstico para lograr acceso al lugar del robo”. Por lo tanto, la connotación sexual que vulgarmente se le asigna a la voz seducir vulgarmente no se aplica necesariamente a estos supuestos. Como el trabajador es quien deja entrar al autor del robo, su participación en el mismo no es punible siempre que el engaño exista como tal, p. ej., cuando el trabajador de casa particular deja entrar a su amante, en la creencia que es para consumir sus propósitos amorosos. Pero si lo deja entrar, conociendo su propósito de robar, no hay seducción (y tampoco robo con fuerza), sino coautoría del hurto que resulte, agravado según el Art. 447 N° 2, a menos que el trabajador facilite al autor la entrada por una vía no destinada al efecto o con llaves supernumerarias, caso en el cual estaríamos ante una coautoría en el robo del Art. 440 N° 1 o N° 2, según el caso.
- ii) *Entrar a favor de nombre supuesto*: Según el Diccionario, actuar a favor de alguien o algo es tanto hacerlo en su “beneficio o utilidad” como con su ayuda. Luego, se trataría de entrar aparentando el beneficio o utilidad de alguien o con la ayuda de un nombre supuesto, esto es “considerado real o verdadero sin la seguridad que lo sea”. Además, según la RAE, el uso de un nombre puede tomar diferentes formas: nombre propio (“por oposición al común, nombre sin rasgos semánticos inherentes que designa un único ser, ser de diferente, p. ej. Javier); nombre apelativo o sobrenombre; nombre artístico o pseudónimo; nombre de pila (el “que se da a la criatura cuando se bautiza o el que se le adjudica por elección para identificarla junto a los apellidos”); nombre postizo o apodo; la persona en representación de quien



o para quien se hace algo (en nombre o a nombre de alguien), etc. De allí que lleva razón Etcheberry III, 330, cuando afirma que esta clase de engaño (que puede o no recaer en el trabajador de casa particular), no impone exigir el empleo de un nombre propiamente tal, bastando que se diga, p. ej., “soy el primo del dueño”, “soy el gasfiter”, pues lo relevante aquí es la atribución de una identidad que permite al autor entrar al lugar que se trata, no limitada al nombre inscrito en el Registro Civil.

iii) *Entrar con simulación de autoridad*: Etcheberry III, 330, exige que se trate de simular a una autoridad habilitada para entrar a una casa, revestida de apariencias externas como un uniforme, documentación, etc. De este modo, asimila esta clase de engaño con su concepto de estafa, particularmente con su interpretación de la variante de “atribuirse poder” del Art. 468, entendiendo que ello necesita una cierta “puesta en escena”, que vendría a ser usar documentación falsa, vestir un uniforme, etc., haciéndolo extensivo al Art. 440 N° 3. A nuestro juicio dicho requisito no es exigido por la ley, pues simular no impone el uso de una puesta en escena, sino únicamente “representar algo, fingiendo o imitando lo que no es”, lo cual puede hacerse mediante la actuación del agente y el empleo de palabras engañosas, como en los frecuentes “cuentos del tío”. Lo importante es que mediante la simulación se logre el ingreso a la morada, pues pocas diferencias se pueden apreciar entre quien dice “soy el médico de su papá” y quien afirma “soy un receptor judicial y vengo a embargar y retirar las cosas de su hogar”. Lo mismo valdría cuando se dice “déjeme entrar, que el dueño me envió a buscar tal cosa”, pues se usa tanto una identidad supuesta (hacerse pasar por alguien de confianza del dueño), como una simulación de autoridad (esto es, la “potestad”, “facultad” o “legitimidad” que le confiere la ley al dueño de las cosas para disponer de ellas).

## §11. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN. FIGURA BÁSICA (ARTS. 432 Y 436 INC. 1°)

### A) *Bienes jurídicos protegidos*

El Art. 432 define el robo como la apropiación de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, usando de violencia o intimidación en las personas. Por su parte, los Arts. 433 a 439 tratan bajo el epígrafe “del robo con violencia o intimidación en las personas” los delitos más graves del Tít. IX, precisamente por incorporarse a ellos un elemento de daño o peligro concreto para la seguridad y la integridad de las personas, lo que les otorga una independencia fundamental respecto del hurto y los robos con fuerza, que sólo afectan a la propiedad de cosas

muebles; y aún respecto del robo con fuerza en lugar habitado, donde el peligro que pretende evitar la ley es de carácter abstracto. Allí se castiga con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, a quienes “fuera de los casos previstos en los artículos precedentes” (robos con violencia calificados del Art. 433 y piratería del Art. 434) ejecutaren robos con violencia o intimidación en las personas, “cualquiera sea el valor de las especies sustraídas”. La redacción actual de esta disposición fue incorporada al Código por la Ley N° 11.625, de 4.10.1954, alterando sustancialmente su régimen original, que graduaba la penalidad atendiendo al valor de lo apropiado. Por eso se puede afirmar que se trata de un delito pluriofensivo en donde lo esencial es la protección brindada a la vida, integridad física y psíquica y seguridad de las víctimas, amenazadas o violentadas por la finalidad de apropiarse de sus bienes (el atentado contra la propiedad), de modo que también puede verse más como una figura agravada de homicidios, lesiones, amenazas y violación que como un delito contra la propiedad.

En contra de esta concepción del robo como delito pluriofensivo contra la vida, la integridad física y psíquica, la seguridad personal y la propiedad, Bascuñán R. afirma que el carácter pluriofensivo del robo con violencia o intimidación estaría dado únicamente porque “se compone —al menos en su núcleo— de dos tipos de injusto diferentes, el del hurto y el de la coacción (coacciones violentas y amenazas condicionales)”, particular concepto que le obliga a considerar que no son robos los que la ley estima como tal, como la obtención forzada de la entrega de la cosa de que habla el Art. 439, los supuestos de violencia o intimidación ejercidas “con posterioridad” a la apropiación, todos los supuestos de violencias directas sin coacción, incluyendo el robo con homicidio y con violación, etc., aparte de hacer indistinguible el robo de las amenazas condicionales del Art. 296 N° 1. Este concepto, que podría ser útil para una propuesta de reforma legal, al rechazar las categorías y conceptos de la ley vigente es, sin embargo, inútil para su interpretación en atención a lo previsto en los Arts. 19 a 24 CC y a la garantía de legalidad del Art. 19 N° 3 CPR (Bascuñán R., Antonio (2002), “El robo como coacción”, *Revista De Estudios de la Justicia*, N° 1 55-125).

## **B) Tipicidad**

El robo exige el uso de violencia o intimidación para lograr la apropiación de las cosas ajenas. Esta vinculación entre el móvil y las violencias ejercidas no exige planificación ni concierto previo, sino, como la propia ley lo explicita en el encabezado del Art. 433, al que se remite el Art. 436, puede darse tanto si la violencia o intimidación se ejercen para facilitar la apropiación, en el acto de cometerla o después de realizada, para favorecer su impunidad. De allí que, si la apropiación se produce en un momento posterior o anterior al ejercicio de las violencias, completamente desvinculada de las mismas, como sucede con las apropiaciones cosas

que portan las víctimas, una vez finalizada una agresión originada por otro motivo, p. ej., tras un homicidio o riña pasionales, se estima un concurso real entre el homicidio o las lesiones y el posterior hurto y no un delito de robo con violencia (SCA San Miguel 4.7.2002, en GJ 265, 154).

Por otra parte, el encabezado del Art. 433, aplicable al robo simple por remisión del Art. 436, inc. 1º, dispone que tres son los momentos en que el uso de violencia o intimidación pueden configurar un robo: “antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad”. Sin embargo, los términos de la ley son tautológicos, pues no puede cometerse el robo sin usar violencia o intimidación, según la definición del Art. 432, de manera que las expresiones “antes”, “durante” o “después” “del robo”, han de entenderse como “antes”, “durante” o “después” de “la apropiación” que, en estos casos, sólo requiere la aprehensión material de las cosas obtenidas usando la violencia o intimidación.

La apropiación en el robo se constituye con la desposesión que sufre la víctima al entregar o manifestar las cosas que el autor aprehende para sí, gracias del uso de la violencia o intimidación, constituyendo sobre ellas una nueva esfera de resguardo. Luego, por regla general, la esfera de resguardo previa al robo es el cuerpo de las víctimas, como es evidente en los robos callejeros. En los casos que las cosas se encuentran en lugares cerrados, la desposesión no se produce hasta que el responsable no sale de ese lugar con ellas. El lugar cerrado constituye así el límite espacial del momento en que la violencia o la intimidación es relevante para que su uso constituya este delito, permitiéndonos distinguir un robo de una resistencia a la autoridad posterior a su consumación. Así, constituye robo la violencia o intimidación usadas para entrar al lugar cerrado, antes de la apropiación; las ejercidas “en el acto de cometerlo”, para impedir que se quiten las cosas aprehendidas o se interrumpa su aprehensión, dentro del lugar que se trate; y las realizadas “para favorecer su impunidad”, que permiten salir del lugar con las cosas aprehendidas, incluso las usadas para repeler a quienes concurren en auxilio de las víctimas antes del escape y las empleadas “inmediatamente después de producida la sustracción, con el objeto de favorecer la impunidad” (SCS 13.3.2001, GJ 249, 122). Pero no constituyen el delito la violencia o intimidación que se ejecutan posteriormente, como en el caso que la víctima o terceros fuesen amenazados al descubrir al autor de un hurto o robo con fuerza cometidos anteriormente.

### a) Modalidades de la conducta: violencia o intimidación

La violencia es la energía o fuerza física empleada sobre la víctima, los “malos tratos” para hacer que se manifiesten o entreguen las cosas o para impedir la resistencia a que se quiten, según dispone el inc. primero del Art. 439. La primera cuestión que se plantea es determinar si toda fuerza física es idónea para consti-

tuir la violencia que requiere este tipo penal. En opinión de Etcheberry III, 335, la respuesta es afirmativa. Esta opinión es válida en general, teniendo presente la extensa definición del citado Art. 439, que se refiere a malos tratos, incorporando así todo ataque físico a las personas, deje o no lesiones. Sin embargo, a efectos de calificación del delito, cuando la violencia que se trata en el caso concreto sea de aquellas de muy leve entidad constitutivas del delito privilegiado de robo por sorpresa del inc. 2º del Art. 436, habrá que estarse a la aplicación de dicha figura y no del robo común, por su propia especialidad. Dicha disposición contempla como formas de ejecución, en primer lugar, el arrebato sorpresivo de las cosas que la víctima lleva consigo, el “robo del tirón” o lanzazo, que cuando solo deja leves equimosis o heridas en el cuello, manos u orejas de los ofendidos no puede calificarse de robo violento (Künsemüller, Carlos (1996), “Delito de robo por sorpresa. Delimitación del robo con violencia”, *Temas de derecho*, U. Gabriela Mistral, Año XI, 217s.). En segundo término, se estima como robo por sorpresa el cometido aparentando riña o tumulto, siendo la primera una forma de violencia en sí misma. Aquí, la transformación de la riña aparente en violencias reales constituiría robo con violencia e intimidación, siendo únicamente las amenazas que la hacen aparente lo que configuraría el robo por sorpresa. Así lo ha entendido correctamente la SCA Santiago 11.11.2006 (*Repertorio*, 406), donde se afirma como contrario a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, calificar un hecho como robo por sorpresa cuando se está frente a lesiones derivadas de una riña. Además, si a la sorpresa le sigue una inesperada reacción defensiva de la víctima o ésta se percata de la sustracción en la aparente riña y procura evitarla, enfrentándose por esa razón con el hechor, a las violencias o amenazas originalmente no consideradas como propias del robo podrían seguir perfectamente malos tratos o amenazas para hacer que la víctima entregue o manifieste las cosas que pretende no le sean arrebatadas o para impedir que recupere las se le han quitado, de modo que al intento de robo por sorpresa le seguiría un robo violento simple, cuya pena absorbería al primero.

En cuanto a la intimidación, su concepto no es diferente al expuesto respecto del delito de violación (Ver Capítulo 5§2.B) a), y de allí que, en términos de nuestra jurisprudencia, pueda definirse como una amenaza seria y real de ocasionar a otro un mal inmediato en su integridad física, consistente en el anuncio de un inminente ataque grave a bienes relevantes como la vida o la integridad personal como modo de obtener la apropiación (SCS 22.10.2012, *Repertorio*, 402): a) tiene que existir, pues una amenaza inexistente objetivamente, dicha en broma o chanza, banal o absurda, o que sólo es imaginada por la víctima (debido a las ropas, gestos o aspectos del supuesto agresor) es impune (SCA San Miguel 23.1.2001); b) tiene que ser grave, esto es, referirse a un mal que importe un ataque a la vida, salud o integridad del amenazado o de otra persona relacionada que se encuentre presente (y al alcance del hechor), o una privación de libertad superior al tiempo

de la que importa la amenaza; c) debe ser verosímil, en el sentido que aunque no siendo verdadero, el mal amenazado parezca posible de realizarse a ojos del ofendido, conforme a un juicio *ex ante* de un tercero puesto en la concreta situación fáctica de que se trate, como cuando se amenaza con un arma de fuego o fantasía que a ojos de la víctima es indistinguible de una verdadera, o si varios amenazan a una única víctima, o si quien esgrime un cuchillo de fantasía tiene un porte suficiente para agredir sin dificultad con sus manos a la víctima, o si el objeto que le presenta es lo suficientemente contundente como para herirla, aunque no sea un arma propiamente tal; etc.; y d) debe ser concreta, en el sentido que la ejecución del mal amenazado aparece en sus propios términos como inmediata o inminente. No obstante, es necesario hacer referencia al hecho que en estos delitos el Art. 439 define lo que se entiende por intimidación. En principio, tal definición sólo comprende, literalmente, las amenazas que son necesarias para facilitar la ejecución del delito o la ejercida durante su perpetración. Pero del juego del Art. 436 (“fuera de los casos previstos etc.”) y de lo dispuesto en el Art. 433 inc. primero, que señala los tres momentos en que se ejerce la violencia o la intimidación (antes, de la apropiación, para facilitar su ejecución; “en el acto” de apropiación; o después de ejecutada, “para favorecer su impunidad”), sólo cabe concluir que tal definición de intimidación es aplicable a cualquiera de esos momentos (SCA Santiago 11.11.2006). Además, hay que destacar que el carácter amplio de la definición de intimidación contemplada en el Art. 439 no se contrapone al concepto expuesto al tratar la violación, sino que lo complementa. En efecto, cuando dicha disposición habla de “amenazas” y “cualquier acto” que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega, debe hacerse la referencia al concepto del Diccionario, según el cual la intimidación es tanto la “acción” como el “efecto” de “intimidar”, “causar o infundir miedo” (SCS 9.8.1999, Rol N° 1.718-99). Al igual que en la violación, no es necesario que el temor infundido por la amenaza provoque la paralización del ofendido o su resistencia enérgica, de donde repeler la amenaza no importa que la intimidación no exista, sino que, ante la conciencia de ésta, se reacciona (SCS 9.8.1999, Rol N° 1.718-99). De hecho, el Art. 439 se pone en el caso de esta resistencia al considerar propias del robo las violencias ejercidas “para impedir la resistencia u oposición”.

No obstante, con el loable propósito de reducir la reacción penal en situaciones dudosas, Mera (1994, 134), exige que el mal con que se amenaza sea verdadero y no solo verosímil, proponiendo que, en casos de un mal no verdadero, los hechos se califiquen de hurto, idea adelantada por la SCA Santiago 24.10.1988 (RDJ LXXXV). Generalizando, la SCA Santiago 3.11.2003 (GJ 281, 205), establece que, al no acreditarse la intimidación, debe rebajarse la calificación del delito a hurto. Otra corriente jurisprudencial afirma que, a falta de “utilización de medios de ataques capaces de afectar seriamente bienes jurídicos de especial valor”, debe apreciarse el delito de robo por sorpresa (SCA Pedro Aguirre Cerda 9.10.1996,

RDJ XCIII). Sin embargo, existe una contradicción al afirmar la inexistencia de la intimidación y la simultánea existencia de un hurto o un robo por sorpresa, ya que en los casos citados, si se estima que la entrega de las cosas se ha hecho voluntariamente o con una voluntad no viciada por el temor (al no existir intimidación o no ser ésta suficientemente grave para viciar la voluntad), tal entrega constituye una tradición lícita y mal podría entenderse constitutiva de hurto o robo por sorpresa, a menos que la calificación de tal se emplee únicamente como una forma de rebajar la pena, por considerar menos grave el hecho, pero no lícito. A nuestro juicio, en cambio, si la amenaza no existe o es inverosímil, el robo tampoco. Pero si la intimidación no es grave o no es concreta, el delito no se transforma en hurto o robo por sorpresa, pues no hay desposesión, sino en amenazas condicionales del Art. 206 N° 1 o 2, según el caso, y eventualmente, en la falta de coacciones.

### **b) Intimidación por engaño: violencia ficta**

Se encuentra regulada en la parte final del Art. 439, que dispone: “hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”. La ley reconoce acá que una amenaza intimidatoria puede fundarse en un engaño (la orden falsa de autoridad), con tal que sea verosímil. Pero, atendido que el engaño, en la forma de orden falsa de autoridad es también parte de la descripción del robo con fuerza en lugar habitado del Art. 443 N° 3 (simulación de autoridad) y la estafa de los Art. 468ss. (atribuirse poder), se entiende que para guardar la debida correspondencia y armonía entre todas estas disposiciones, es necesario limitar el gaño intimidatorio al que efectivamente produzca tal efecto, esto es, a las órdenes falsas de autoridad que contengan el anuncio explícito o implícito de causar un mal grave e inmediato a quien la recibe o a una persona relacionada presente, lo que sucede típicamente en los casos en que se esgrimen órdenes de detención falsas (SCS 11.4.1995, *Repertorio*, 402).

## **§12. EL DELITO DE EXTORSIÓN COMO FORMA DE ENTREGA O MANIFESTACIÓN FICTA DE LA COSA (ART. 438)**

El Art. 438 castiga, “como culpable de robo”, “al que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero”. Según el grado de violencia o intimidación concurrente, se aplicará la pena de robo con violencia o intimidación simple o calificado. Pero deben concurrir precisamente esas violencias o intimidación, como cuando se exige suscribir un documento con la amenaza de hacer efectivas órdenes de detención en contra del extorsionado

(Etcheberry DPJ IV, 386). Cuando la violencia o la intimidación no sean constitutivas de robo, se aplicarán las penas del delito de amenazas condicionales o de estafa que correspondan, según la naturaleza del medio empleado para apropiarse del instrumento.

Decimos que en este caso la entrega o manifestación de la cosa a que se obliga la víctima es ficta, porque la voz defraudación importa aquí un elemento subjetivo del tipo, que no requiere la producción efectiva del perjuicio en su patrimonio, sino que se basta con la intención de causarlo mediante la futura liquidación de la obligación de entregar algo constituida con violencia o intimidación. De allí que este delito pueda verse propiamente como una figura imperfecta en dos actos, donde el legislador castiga ya con las penas del robo a quien ha ejecutado sólo una parte de sus propósitos criminales (obtener la entrega o suscripción de un documento), teniendo en mente otro (su liquidación futura, la defraudación propiamente tal), cuya realización es indiferente. Se pone así de manifiesto el interés fundamental de la ley en proteger la integridad y seguridad del ofendido más que su patrimonio, el que, si bien se disminuye con la suscripción del documento al constituirse un pasivo contra la víctima, la defraudación como tal (el perjuicio producido por la entrega efectiva de la cosa o dinero a que se obliga) bien podría, eventualmente, no producirse, atendidos los resguardos que la legislación civil y mercantil establecen para negar el pago de una obligación suscrita de esta forma.

### §13. ROBOS CALIFICADOS (ART. 433)

El Art. 433 castiga con las penas más graves de esta clase de delitos diversas formas de cometer el robo violento: como delitos complejos, donde la violencia del robo es indistinguible del delito que la constituye y se comete con su motivo: lesiones u homicidio, principalmente, Arts. 433 N°s 1 y 2; o como delitos compuestos, donde las violencias concurren en un mismo espacio temporal con la apropiación, con ocasión de ésta: muertes, lesiones, violación y retención de personas del Art. 433 N°s 1,2 y 3; distinción sutil y que ha generado numerosa jurisprudencia contradictoria y no del todo afortunada conceptualmente (*Reperitorio*, 395s.). Su redacción actual es fruto de una incesante actividad legislativa que ha pretendido adecuar su contenido a la sensibilidad de cada período histórico, comenzando con la Ley de 3.8.1876 que reintrodujo para esta clase de delitos la pena de azotes —derogada definitivamente sólo por la Ley N° 9.347, de 21.7.1949—, y terminando con la Ley N° 20.931, de 5.7. 2016, que reformuló la redacción y alcance de sus últimos dos numerales.



### A) *Robo con homicidio (Art. 433 N° 1)*

La ley establece este delito expresando que se ejecuta “cuando con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio”. Sin embargo, la figura típica no está construida exclusivamente como un concurso de un delito de robo más un homicidio (como el que se comete con ocasión del mismo), sino como una apropiación usando violencia (robo), donde el medio violento es precisamente el homicidio (cometido con motivo del robo), y de allí su carácter complejo. En consecuencia, la referencia al robo, en el caso de la figura compleja, es, al igual que el Art. 436, una simple “impropiedad” del léxico del legislador (Vivanco, Jaime (2000), *El delito de robo con homicidio*, 2<sup>a</sup> ed., Santiago, 50).

Por homicidio cometido con motivo del robo se entiende aquí el homicidio doloso, siquiera con dolo eventual, ya que, al ser un delito complejo, las violencias ejercidas deben estar vinculadas subjetivamente con la apropiación, lo que excluye su concurrencia fortuita o culposa. El que se apropia de las cosas víctima de un atropello culposo no comete este delito, por más que lo haga inmediatamente de causado, al constatar su muerte. Tampoco lo comete si la víctima del robo muere durante su ejecución por una causa no controlable por el autor (p. ej., alguna enfermedad preexistente). Pero si durante el robo el autor conoce la existencia de la enfermedad y pueden preverse sus consecuencias fatales, entonces el homicidio le es imputable.

En cambio, cometido con ocasión del robo, para que se configure el delito no es necesario que la muerte esté vinculada con las violencias usadas para la apropiación. Como señala Etcheberry III, 342, puede ser el caso en que el hechor lo comete como una manera de asegurarse u obtener la impunidad. Pero también podría ser el de quien, en un arranque de sadismo o descontrol, mata a una persona reducida durante un robo ya iniciado, p. ej., con retención de personas. Incluso podría darse el caso de quien dispusiera un aparato explosivo o incendiasse el lugar del robo con alguna víctima dentro, después de salir del mismo, para borrar todo rastro del delito (en una variante del robo con homicidio y posterior incendio de la Embajada alemana, cometido en 1909 por el entonces embajador Beckert, relatado por Benadava, Santiago (1986), en *El Crimen de la Legación Alemana*, Santiago). Lo importante es que con la voz “ocasión” se destaca que no se requiere el designio anticipado (una suerte de premeditación) de matar cuando se ha planeado cometer el delito (SCA San Miguel 9.5.2003, *Repertorio*, 397). Pero si, p. ej., tras una riña pasional, a la muerte de uno de los contendientes sigue la apropiación de sus pertenencias, no habrá robo calificado, sino homicidio seguido de hurto, cuya determinación es de carácter netamente probatorio (SSCS 4.12.1953 y 18.1.2000, *Repertorio*, 398).

El carácter complejo de esta figura determina su culpabilidad: ha de tratarse de un homicidio doloso, aunque sea en su forma eventual. Luego, se excluyen los



casos en que la muerte se produce fortuitamente o por imprudencia. Tratándose del caso del delito compuesto, aunque es posible imaginar la muerte culposa o preterintencional de una víctima, la ley no se refiere al hecho de causar la muerte para configurar el delito, sino a cometer otro delito, en este caso el homicidio, cuya denominación sin otro añadido es referida en el Código únicamente a los casos de muertes dolosas. En estos casos, si concurren otras violencias, debiera sancionarse el robo simple o calificado según las violencias que concurren, en concurso con un cuasidelito de homicidio.

#### a) *Iter criminis*, participación y concursos

EL carácter a la vez complejo y compuesto del delito genera dudas acerca del momento de su consumación, pues en uno y otro caso la muerte o el intento de matar se pueden producir antes de la apropiación o de la salida del autor del lugar cerrado donde se encuentran las cosas sustraídas. En tales casos, el Art. 450 soluciona las perplejidades ordenando que se castigue el robo como consumado desde que se encuentren en grado de tentativa, no existiendo duda que ella se presenta al menos desde que se causa la muerte de la víctima, con independencia de si el autor fue sorprendido en el acto de apropiarse de sus pertenencias o impedido por la autoridad de salir con las cosas del lugar cerrado donde se encontraban. En consecuencia, habrá tentativa de robo con homicidio en el caso que el agente mate al querer robar, aunque no alcance a dar comienzo al principio de ejecución de la apropiación (SCA Santiago 17.10.2000, *Repertorio*, 398). Además, nuestra jurisprudencia entiende que existe tentativa de robo con homicidio, desde que existe principio de ejecución de la apropiación, si se comprueba la existencia de la intención homicida, aunque ésta no se haya ejecutado (SCS 23.6.2005, *Repertorio*, 398). En contra, Vivanco (2000, 84) excluye de la tentativa de robo con homicidio, “todos los actos preparatorios, de los que no puede decirse que importen principiar a matar un hombre”.

Respecto de la participación, en su forma compleja, lo decisivo será el dolo de los partícipes (Vivanco, 2000, 94s.). Según nuestra jurisprudencia, en todos los casos se exige dolo común en el robo y al menos eventual respecto de la muerte (SCS 10.6.2003, *Repertorio*, 398), aunque no tengan concierto para matar (SCA Santiago 31.1.2002, *Repertorio*, 398). Con relación a los encubridores, se requiere la comprobación del conocimiento de la muerte (SCA Rancagua 3.7.2007, *Repertorio*, 398). Según Etcheberry, III, 342, los partícipes en quienes no concurre ni siquiera dolo eventual con respecto al homicidio responderán sólo por robo simple. A nuestro juicio, a menos que estén concertados para matar, caso del delito complejo, respecto de los partícipes la situación en que se encuentran será siempre la del homicidio cometido con ocasión del robo y, a su respecto, bastará con el conocimiento del uso de la violencia para comunicarles la calificación del hecho,

de conformidad con lo dispuesto en el Art. 64, pues su presencia en el mismo vale, desde en principio, como la de quien impide o procura impedir que el hecho se evite del Art. 15 N<sup>o</sup> 1, al asegurar con ella su comisión.

En cuanto a los concursos la actual pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado es suficiente para absorber la gravedad de todas las formas especiales de homicidio y, al mismo tiempo, permite considerar como agravantes las eventuales circunstancias concurrentes de parentesco, alevosía, premio, veneno, ensañamiento o premeditación conocida, según sea el caso, como se reconoce explícitamente en el Art. 456 bis. Por otra parte, para la doctrina dominante, si se cometen varios homicidios habría un único delito de robo con homicidio, teniendo a su respecto plena aplicación lo dispuesto en el Art. 69 (Labatut/Zenteno II, 203). Sin embargo, esta solución parece dejar de lado el hecho de que el bien jurídico principal protegido en esta figura es la vida de las personas y no la propiedad, por lo que parece más razonable admitir la existencia de un robo calificado y otros tantos homicidios (simples o calificados, según las circunstancias) como personas muertas. La regla del Art. 453 parece solo aplicable, entonces, cuando los ataques a una misma persona se encuentran en distintos estadios o casos del Art. 433, para considerar esos distintos estadios en la medida de la pena y con la eventual agravación que allí se dispone.

### ***B) Robo con violación (Art. 433 n<sup>o</sup> 1)***

Aquí no hay duda de que se trata de un delito compuesto, pues la agresión sexual de los Arts. 361 y 362 (violación propia e impropia) no parece que pueda ser usada como violencia para obtener la apropiación de cosas, aunque es imaginable que unas mismas violencias o intimidación, un contexto dado, se usen para obtener tanto el acceso carnal como la entrega o manifestación de cosas. En consecuencia, si la apropiación se da en forma clandestina o no violenta, antes o después del acceso carnal, habría violación en concurso con un hurto. Si a la cópula se llega sin emplear violencia o intimidación, no hay delito de violación ni robo, sino a lo más un hurto simple. Pero si de alguna manera durante la agresión sexual el autor arranca objetos que la víctima porta consigo (joyas, etc.) y los hace suyos usando la misma violencia o intimidación, habrá robo calificado de este Art. 433 N<sup>o</sup> 1.

Además, debe tenerse presente que en una situación relacional compleja las víctimas de la violación y de la apropiación pueden ser distintas, p. ej., la trabajadora de casa particular y el dueño de casa, respectivamente. Aquí también habrá robo con violación si dentro de esa casa se viola a la primera y de allí se sustraen especies del segundo. De la misma forma que el cúmulo de homicidios no altera la calificación del delito, pero tampoco hace desaparecer cada homicidio cometido en particular, el cúmulo de violaciones no produce un cúmulo de robos, pero sí

un concurso entre el robo con violación y el resto de los ataques a la integridad sexual que otras personas sufren durante su ejecución.

En cuanto a la participación criminal, cabe destacar que, tratándose de varios autores concurrentes en un mismo lugar, la calificación se comunicará a todos quienes participan en la ejecución de la violación como a quienes, teniendo conocimiento de la misma, la presencian o no la evitan, impidiendo o procurando con ello impedir que se evite.

### ***C) Robo con castración, mutilaciones y lesiones (Art. 433 N° 2)***

El legislador de 2016 consideró necesario separar el delito de robo con mutilaciones (Art. 396) o lesiones graves del Art. 397 N° 1, atendido el hecho de que el aumento penológico que prevé respecto de la redacción anterior es un poco menor que el previsto para el robo con homicidio o violación, llegando su grado máximo sólo al presidio perpetuo (simple), aunque aumentando el mínimo a presidio mayor en su grado máximo.

Dado que aquí las violencias se presentan, al igual que en el robo con homicidio, tanto como un delito complejo como uno compuesto, valen para ellas todas las consideraciones hechas respecto de aquél. Sólo hay que destacar la particularidad del dolo en las figuras que aquí se trata, pues ya hemos expuesto que las mutilaciones requieren ser realizadas con dolo directo, en tanto que para las lesiones gravísimas basta el eventual. En cambio, el robo con castración del Art. 395 comparte principalmente las características del robo con violación, como figura concursal especialmente penada (delito compuesto), dado que el dolo directo de la castración parece exceder las violencias usadas para obtener la manifestación o entrega de cosas.

### ***D) Robo con retención de personas bajo rescate o por más del tiempo necesario para el robo (Art. 433 N° 3)***

Esta disposición, modificada también por la Ley N° 20.931, castiga con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo al autor del robo con violencia o intimidación “cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito”, o “se cometieren” lesiones simplemente graves del Art. 397 N° 2. Este último caso comparte todas las peculiaridades de los delitos de robo con homicidio, mutilaciones y lesiones graves del Art. 397 N° 1, por lo que a ellos nos remitimos.

Como por retención hay que entender una situación de privación de libertad personal, esta hipótesis entra claramente en conflictos concursales con las figuras de secuestro y sustracción de menores, ya que la sola retención de personas cons-

tituye en sí misma uno de esos delitos. Esa es la razón de la modificación introducida el año 2016, cuyo propósito fue ofrecer una solución práctica al tratamiento de los robos que derivaban en retenciones más o menos prolongadas de personas que no alcanzaban las 24 horas señaladas en el antiguo Art. 433 y algunas veces se ejecutaban llevando a las personas retenidas a lugares ajenos o fuera del lugar del robo.

Sin embargo, la regla soluciona solo en parte los problemas que pretendía evitar. Desde luego, es eficaz para no convertir un robo que se prolonga en secuestro en un delito menos grave que el simple secuestro (Art. 141, inc. 1) o sustracción de menores (Art. 142 N° 2), pudiéndose imponer una pena igual o más grave a las allí previstas. En cambio, tratándose de la retención bajo rescate, si bien la pena del Art. 433 N° 3 es mayor que la del secuestro bajo rescate del Art. 141, inc. 2°, es inferior a la que el Art. 142 N° 1 reserva para la sustracción de menores bajo rescate (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo). Cabe en este caso, entender aplicable el principio de subsidiariedad, para no infringir el *non bis in idem*, y, al mismo tiempo, no llegar a la absurda conclusión de que por cometer algo más que una sustracción de menores bajo rescate (hacerlo para, además, robar) resulte aplicable una pena inferior a la que por ella correspondería.

## §14. ROBO POR SORPRESA COMO FORMA PRIVILEGIDA (ART. 436 INC. 2°)

### A) *Bien jurídico y naturaleza*

El inc. 2° del Art. 436 dispone que “se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”. El actual sistema de determinación de las penas en los delitos de robo y hurto, que impide las rebajas antes frecuentes por concurso de atenuantes, permite ahora ver con claridad el carácter privilegiado del robo por sorpresa frente al robo simple y aún el que se comete en lugar habitado, pues se trata de la única figura de robo con peligro para las personas con pena de simple delito que habilita su sustitución por alguna de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, en las condiciones que se expresarán más adelante. La figura adquiere así una importancia radical y es de suponer que buena parte de las negociaciones entre la acusación y las defensas girarán en torno a la calificación o recalificación de acusaciones por robo violento para transformarlas en robos por sorpresa.

El reclamo de Mera (1994, 96s.), en orden a suprimir esta figura por considerar su pena excesiva frente a las del hurto debe tomarse con cuidado, pues podría conducir a un resultado opuesto, esto es, a que a hechos hoy considerados robos por sorpresa se les estime robos violentos simples, por la violencia ínsita en su comisión y con la pena significativamente mayor que se dispone para ellos, tal como se entendía en la redacción original del Código, donde actuar “arrebataando por sorpresa ropa, alhajas u otros objetos a la persona que los lleva consigo, o aparentando riñas en lugar de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento i confusión, a fin de robar por este medio o proporcionar ocasión para que roben los compañeros”, se consideraba una circunstancia agravante del robo violento, como en el típico caso del tirón de joyas en la calle (SCA Valparaíso 17.7.1912, GT 1912-I, 1030).

## ***B) Tipicidad***

La ley castiga esta figura cuando los objetos apropiados son “dineros o especies que los ofendidos lleven consigo”, esto es, los que se llevan sobrepuestos (ropas o alhajas fáciles de arrebatar), dentro de las ropas (en bolsillos, etc.), asidos o cogidos de las manos u otra parte del cuerpo (bolsos, carteras, mochilas, y las cosas que se encuentren dentro de las mismas, aunque no se arrebaten aquéllas); o al alcance de las manos (como la maleta que se deja momentáneamente en el suelo).

En cuanto a la conducta, la ley contempla dos modalidades. La primera de ellas es que para la apropiación de las cosas que se llevan consigo, se proceda por sorpresa. Según el Diccionario, sorpresiva es la conducta que “conmueve, suspende o maravilla con algo imprevisto, raro o incomprensible”. En consecuencia, podemos entender como robo por sorpresa el arrebato repentino, súbito e imprevisto de una cosa que lleva la víctima consigo, cuya propia rapidez suspende su reacción de la víctima y le priva toda posibilidad de repelerlo. Esta es la forma violenta del robo por sorpresa. No se trata aquí de una conducta necesariamente clandestina, ni del debilitamiento de las defensas distintas a la propia persona del afectado, ni tampoco de intimidación dirigida a doblegar la voluntad del afectado, pero sí se requiere del despliegue de cierto grado de violencia sobre el mismo, para hacer efectivo el arrebato. La sorpresa, “carrera” o “lanzazo”, como se conoce en la jerga callejera, puede producir un daño en la víctima, derivado de los efectos previsibles del arrebato (caídas, moretones y equimosis sin excesiva significación en la integridad física de la víctima, que en ningún caso podrían sobrepasar la idea de lesiones clínicamente leves), pero cuando al intento de arrebato siguen actos que denotan un adicional peligro para la vida, integridad y seguridad personal de la víctima, como cuando tras su fracaso se exige bajo amenaza la entrega o manifestación de una cosa a la víctima que ya no está sorprendida o, siendo exitoso, se

impide con violencia o amenazas la resistencia a que se quiten, el hecho se transforma en robo violento o “cogoteo”, en la expresión de la calle.

La segunda modalidad del robo por sorpresa es apropiarse de las cosas que llevan las víctimas consigo aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión. Aquí la apropiación parece ser furtiva y, por tanto, más cercana al hurto, pues no es necesario que la víctima se percate de ello. Sin embargo, subyace el peligro de la reacción violenta de quienes participan en la producción de la riña, agolpamiento o confusión, en el evento que la víctima se percate de la situación y pretenda proteger sus especies. En caso de que tal reacción violenta se manifieste o que la riña no sea aparente sino real, aplicada contra la víctima, habrá robo simple o calificado, según la naturaleza de las violencias empleadas.

Es importante señalar que el mero aprovechamiento de agolpamientos o confusiones no provocadas por el agente, como sucede con las aglomeraciones en los medios de transporte público modernos, no constituye las maniobras a que se refiere este delito, que precisa un actuar positivo previo del delincuente para causar agolpamiento o confusión. Por ello se puede afirmar que el llamado carterista parece cometer más bien un hurto que este delito.

## §15. ROBO AGRAVADO POR COMETERSE MEDIANTE ACTOS DE PIRATERÍA (ART. 434)

La piratería se castiga en el Art. 434 con las penas de presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo no como un estado (“los piratas” en la redacción original del Código), sino a consecuencia de la ejecución de “actos de piratería”, según la redacción dada por la Ley N<sup>o</sup> 13.303, de 31.3.1959, cuya constitucionalidad ha sido afirmada por la STC 30.3.2007 (*Repertorio*, 399).

Por actos de piratería ha de entenderse una forma de apropiación de cosas ajena producida en el mar, con violencia o intimidación, esto es, mediante el abordaje de naves en el mar, sin que medie estado de guerra (SCA Concepción 29.6.2007, *Repertorio*, 399s.). Aunque para la ley pareciera ser indiferente el número de “actos de piratería” que se cometan para calificar el delito, lo cierto es que de ello se seguiría un beneficio punitivo intolerable: dos asaltos a embarcaciones diferentes podrían dar origen a un solo delito, en circunstancias que, sin la existencia de este delito, serían castigados como dos robos con violencia o intimidación en personas y lugares diferentes.

Por otra parte, resulta más o menos claro que no por ejecutarse “actos de piratería”, al robo con homicidio cometido a bordo de una embarcación le corresponda una pena inferior de la aplicable al cometido en tierra firme, como parece

desprenderse de alguna sentencia aislada (Etcheberry DPJ II, 535). Por lo tanto, la disposición del Art. 434 sólo es aplicable como una figura agravada a esta especie de “robo cometido en el mar, atacando sin que medie un estado regular de guerra” (*Actas*, Sesión 164, 298), por el mayor estado de indefensión y peligro para las personas atacadas. En caso de cometerse hechos susceptibles de calificarse como robos calificados más graves del Art. 433 N°s 1 o 2, preferirán esas figuras, en virtud del principio de subsidiariedad. Pero si los hechos pueden calificarse tanto de robos del Art. 433 N° 3 como de piratería del Art. 434, debe aplicarse la pena más grave que resulte en concreto, en virtud del principio de alternatividad ya que, si bien la pena inferior del Art. 433 N° 3 es superior a la respectiva del Art. 434, la pena máxima de éste es, a su vez, superior a la de aquél.

### §16. ABIGEATO (ART. 448 BIS A SEXIES)

El abigeato o “hurto de ganado”, según el Diccionario y la *Partida* 7, Tít. 14, L. 19 (“abigei en latin son llamados una manera de ladrones que se trabajan mas en furtar bestias et ganados que otras cosas”), no es, según nuestra legislación actual, exclusivamente una forma de hurto, tampoco recae sólo sobre ganado, ni se pena con la muerte como en *Las Partidas* y en el antiguo *common law*, donde su particular gravedad ha quedado reflejado en el insulto que expresa la frase *horse thief*, indicativa del carácter especialmente malvado del insultado (Samaha, 1993, 461)

Tras la completa la reforma de las disposiciones originales del antiguo Art. 449, primero por la Ley N° 20.090, de 11.1.2006, y luego por la Ley N° 20.596, de 6.2.2012, la regulación del abigeato se ha transformado en un especial estatuto punitivo que agrava obligatoriamente la sustracción y beneficio de animales o partes de los mismos que sirven normalmente a un predio y establece otras reglas especiales que contribuyen a facilitar la prueba del delito, imponer penas agravadas a quienes participan en él en cualquier momento, y medidas de control para su prevención, modificaciones todas que parecen dar ahora razón a quienes afirmaban de antiguo su carácter de delito autónomo (Labatut/Zenteno II, 212). Además, su traslado como nuevo § 4 bis antecedente al que establece propiamente las disposiciones comunes a los delitos de hurto y robo, permite sin discusión la aplicación de éstas a los casos de abigeato contemplados en este nuevo párrafo. Sin embargo, el fundamento de todas estas modificaciones es difícil de compartir y de constitucionalidad dudosa, en relación con la garantía de igualdad ante la ley del Art. 19 N° 2 CPR (Oliver, Guillermo, 2013, *Delitos contra la propiedad*, Santiago, 404), puesto que abiertamente se presentan para enfrentar “una problemática que se ha ido incrementando en los últimos años, afectando a miles de propietarios de ganado de nuestro país” (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.596*, 4), con lo que parece tratarse de una especial regulación pensada en



la protección de los intereses de un determinado grupo social: los propietarios de animales. No obstante, lo cierto es que sí puede verse una justificación en el castigo especial del hurto y robo de animales (y especialmente en las reglas procesales especiales dispuestas al efecto), por la particular desprotección en que ellos se encuentran, en campos abiertos y sin la protección de lugares cerrados propiamente tales y, en la actualidad, por el reconocimiento del carácter organizado y lucrativo de su sustracción, lo cual permite entender no sólo la imposición de penas que van más allá del simple valor de lo sustraído (como medida de disuasión), sino particularmente las formas especiales de cometer el delito que se expresan en este nuevo § 4 bis del Tít. IX y las también especiales medidas de prevención, fiscalización y sanciones que se contemplan, incluyendo las llamadas entregas vigiladas, Art. 448 quáter, inc. final, y el comiso ampliado del Art. 448 sexies —que abarca los vehículos motorizados en que se desplazan los autores—, aunque el carácter profesional del abigeato no es un fenómeno reciente, sino que ha sido documentado incluso respecto del abigeato de principios del siglo XIX (Rojas, Mauricio (2008), “Abigeato y economía en la provincia de Concepción 1820-1850”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 20, 115-131). En este sentido, no es casualidad que la Ley N° 20.596 también haya introducido una modificación a la Ley N° 11.564 para hacer más efectiva la fiscalización por parte de Carabineros de la operación de mataderos clandestinos —destino frecuente de los animales hurtados o robados—, considerados como “todo local o establecimiento en que se realice el beneficio habitual de animales vacunos, equinos, ovejunos, caprinos y porcinos, y cuya instalación se hubiere efectuado sin las autorizaciones legales correspondientes”. De este modo, la regulación de estos establecimientos va más allá de los aspectos sanitarios y se entra de lleno a su consideración como parte de un ciclo de actividades ilícitas alrededor de objetos de también ilícita procedencia, lo que aparece con claridad en la descripción de los hechos que el Art. 3° Ley N° 11.564 sanciona con penas de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de once a quince UTM: instalar o regentar un matadero clandestino, a sabiendas enviar o llevar animales para su beneficio a un matadero clandestino, intervenir en cualquier forma en el beneficio clandestino, o intervenir en cualquier forma en el transporte o comercio o expendio de carne provenientes del beneficio clandestino, sabiendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo. Para despejar toda duda sobre el carácter de la nueva regulación del delito de abigeato como uno de emprendimiento con objeto ilícito, la misma Ley N° 20.596 modificó el Art. 456 bis-A, para agravar las multas impuestas a los receptadores de especies procedentes del abigeato, imponiéndoles una de setenta y cinco a cien UTM y posibilitando al juez decretar la clausura del establecimiento como pena adicional. Además, muy ilustrativa es a este respecto la alocución en la Sala de la Cámara del Diputado Sr. René García, quien se refirió al carácter organizado, lucrativo y con ribetes de mafia de quienes se dedican al abigeato, comparándolo con las



características de quienes se dedican al tráfico ilícito de estupefacientes (*Historia de la Ley N° 20.596, 193s.*).

Un efecto importante de la consideración de estos hechos como delito de emprendimiento con objeto ilícito es que, al igual que en los casos de tráfico de estupefacientes, la realización de diferentes formas de aparición de las conductas que pueden englobarse en el concepto de abigeato, cometidas por una misma persona que participa una y otra vez en una misma actividad o empresa criminal, han de considerarse tendencialmente como un único delito, si se presentan en un mismo contexto situacional. La cantidad de animales sustraídos o beneficiados en un mismo hecho no alterará la calificación del delito, sino que se deberá tener en cuenta en la determinación de la pena. Del mismo modo, quien comete abigeato y traslada animales a un matadero clandestino, comete un solo delito. Pero si existen varias actividades más o menos diferenciadas, puede considerarse cada una por separado para su sanción, como sucedería con un empresario de mataderos clandestinos que recibe animales de sus propios dueños y también recepta otros objetos de abigeato. Además, dado que la conformación de este especial delito de emprendimiento con objetos ilícitos se ha ido estableciendo mediante sucesivas y no siempre bien coordinadas reformas legales a diferentes regulaciones, ha de tenerse en cuenta que, aunque en algún caso particular se estime la existencia de un único delito, ello no puede llevar a configurar un inesperado privilegio y, por tanto, ha de imponerse la pena mayor que en cada caso corresponde. Sólo si existe la seguridad de no estar infringiendo el *non bis in idem*, esto es, cuando no exista claramente la doble apreciación de una misma circunstancia fáctica jurídico-penalmente relevante, podría, en algún caso extremadamente grave, traerse a colación la aplicación de las reglas concursales comunes.

### *A) Abigeato como hurto o robo agravado (Art. 448 bis)*

El inc. primero del Art. 448 bis señala que comete abigeato “el que hurte o robe uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, o menor”. No parece ofrecer problemas la comprensión de los términos caballo y bestia de silla o carga y en cuanto a las expresiones ganado mayor o menor, el Diccionario aporta conceptos operativos al respecto: ganado mayor es “el que se compone de cabezas o reses mayores, como bueyes, mulas, yeguas, etc.”; y ganado menor “el que se compone de reses o cabezas menores, como ovejas, cabras, etc.”. La cuestión que se discute son las propiedades que han de cumplir estos animales para considerarse objeto del delito. Según Oliver (2013, 403 y 405s.) han de ser animales vivos y destinados al trabajo, la alimentación o la industria. Argumenta que sólo de esta manera se hace posible compatibilizar la agravación prevista para estos casos con la existencia del delito especial de beneficio de animales del inc. final del Art. 448 ter y con su discutible fundamento en la protección especial de la

actividad productiva ganadera. Sin embargo, en cuanto a la primera exigencia de que los animales estén vivos, ella es admisible (no existe abigeato de cadáveres de animales), pero no su fundamento, ya que el Art. 448 bis inc. 4°, no establece un delito especial de beneficio de animales, sino una especificación de los modos de apropiación del hurto o robo que se trate, que en todo caso supone que el animal esté vivo antes de su beneficio. Y en cuanto a la segunda limitación propuesta, esto es, la supuesta destinación de los animales a ciertos usos productivos, tampoco se trata de una exigencia del texto legal y parece más respetuoso con el principio de igualdad ante la ley hacer caso omiso a esa supuesta especial protección de una actividad productiva determinada como fundamento de este delito. En cambio, si se atiende a la idea subyacente de la persecución de una especial forma de delito de emprendimiento con objeto ilícito, se puede admitir que resulta indiferente el servicio que los animales presten para la configuración del delito y el lugar donde se encuentren, requisitos no exigidos por la ley, y que el propio Oliver (2013, 403) rechaza, al admitir que “da lo mismo que el delito se cometa en el campo o en la ciudad —aunque es cierto que normalmente se perpetra en el campo—, y que los animales se encuentren bajo vigilancia o no”. Tampoco es necesario que se trate de sustracción de ganado, como conjunto de especies animales: la agravación se puede aplicar aun tratándose de un solo animal el apropiado, como de manera expresa lo señala ahora el texto legal, reafirmando con ello que la atención se pone más en la actividad criminal empresarial antes que en la actividad productiva afectada, sin desconocer los graves daños a ésta.

En cuanto a las aves de corral, antes expresamente mencionadas en la ley como objeto de abigeato, es claro que ellas no pueden ser objeto de este delito, pues difícilmente se les puede considerar caballos, bestias de carga o silla o ganado. Diferente es la cuestión relativa al ganado porcino, que tampoco menciona ahora la ley de forma expresa, pues el N° 23 del Párrafo II del Título I de las Normas de inspección de las reses de abasto y sus carnes y criterios para la calificación de aptitud para el consumo humano del Servicio Nacional Agrícola y Ganadero, define las reses de abasto como “animales cuadrúpedos, tales como, el ganado bovino, ovino, caprino, suino, equino, camélidos, etc.”; y en las ciencias veterinarias se suele denominar a un conjunto de estos animales como ganado, junto al de las especies bovinas, caprinas, equinas y camélicas (Morales, M<sup>a</sup> Angélica; Luengo, Juan y Vásquez, Julia (2000), “Distribution and tendency of fasciolosis in meat animals in Chile, 1989-1995”, en *Parasitología al día*, Vol. 24, 115-118). La cuestión acerca del llamado ganado porcino quedaría entonces limitada, en principio, a su cabida en alguna de las clasificaciones que menciona el Código: ganado mayor y ganado menor. Luego, la supresión de su expresa mención en el texto legal no produciría otro efecto que la necesaria consideración del ganado porcino como una especie de ganado menor, tal como expresamente se señaló en

la Comisión de Agricultura de la Cámara de Diputados al suprimirse su mención en el nuevo Art. 448 bis (*Historia de la Ley N° 20.596*, 34).

**a) Conducta: formas especiales de apropiación (Arts. 448 bis, inc. 2° y 448 ter, inc. 4°)**

Las complejidades probatorias de esta clase de delitos, la especial naturaleza de los objetos sobre que recaen y las perplejidades que la estricta interpretación de la ley produce frente a su fenomenología criminológica, han llevado al legislador a extender la penalidad a título de autoría consumada de ciertas manifestaciones de la apropiación cuando recae sobre animales, para evitar toda duda acerca de su naturaleza y sanción teniendo en cuenta las estrictas y significativas rebajas penológicas que existen para los responsables de delitos tentados y frustrados. Así, el Art. 448 bis, inc. 2°, señala que se “considerará autor del delito de abigeato al que sin el consentimiento de quienes pueden disponer del ganado: 1° Altere o elimine marcas o señales en animales ajenos. 2° Marque, señale, contramarque o contraseñale animales ajenos. 3° Expida o porte certificados falsos para obtener guías o formularios o haga conducir animales ajenos sin estar debidamente autorizado”. Tiene razón Oliver (2013, 408s.) cuando sostiene que, si con estas expresiones lingüísticas se hubiese pretendido constituir una figura especial, ello habría redundado en un “esfuerzo estéril”, ya que no se establece la sanción aplicable y sin una sanción principal establecida, no sería posible aplicar las agravaciones y penas accesorias del Art. 448 bis. Sin embargo, no parece ser ese el sentido del texto analizado, a pesar de las impropiedades con que se expresaron los legisladores al momento de discutir y aprobar su incorporación (*Historia de la Ley N° 20.596*, 35). En efecto, lo que el texto dice es que “se considerará autor del delito de abigeato” al que desarrolle las conductas que allí se indican. Y dado que el inc. 1° define el abigeato como hurto o robo de los animales que señala, a esa definición hay que remitirse para establecer el verdadero sentido y alcance de la disposición en análisis, que no sería otro que individualizar conductas que manifiestan formas de apropiación animales sin la voluntad de su dueño, supuesto su hurto o robo.

Algo similar cabe decir del Art. 448 ter, inc. 4°, que considera autor del delito de abigeato al “que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes”. El legislador pretende aquí evitar la discusión doctrinal acerca de si el ánimo de beneficiar el animal, que importa generalmente su destrucción en el lugar donde se encuentran, excluye o no el ánimo de lucro del hurto y robo o la apropiación por sustracción de las especies. Por ello, atendiendo al sentido natural y obvio de la expresión beneficio de animales (hacerlos aprovechables mediante su descuartizamiento y posterior venta al menudeo, acepciones 4 y 9 del Diccionario) estima que tal conducta es representativa de un acto de

apropiación, esto es, aprehensión material de una cosa con ánimo de señor y dueño (o constitución de una nueva esfera de resguardo con ánimo de lucro).

### **b) Penalidad: agravación obligatoria de las penas corporales, multa adicional como pena accesoria y comiso ampliado**

En cuanto a las penas corporales, el Art. 448 ter establece una agravación obligatoria de un grado, una vez determinada la pena que correspondería al hurto o robo cometido, aplicando las reglas de los Arts. 50 a 69, sin atención al hecho de tratarse las especies sustraídas de animales. Como la ley impone practicar esta agravación considerando las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal concurrentes, ello ha de hacerse a partir de un grado determinado de pena y no desde el marco penal. En consecuencia, p. ej., si el delito imputado es robo simple de ganado, en calidad de consumado y con el grado de participación de autor, con la atenuante de irreprochable conducta anterior, el juez debe primero determinar el grado dentro del marco penal correspondiente a aplicar, y luego realizar el aumento previsto. En este caso, podría decir que, dentro del marco del Art. 436 (presidio mayor en su grado mínimo a máximo), por concurrir una atenuante y ninguna agravante no se aplicará el máximo de la pena, estimando el tribunal imponer sólo su mínimo (presidio mayor en su grado mínimo). En consecuencia, al aumentar la pena en un grado, como dispone el Art. 448 ter, ésta resultaría fijada en la de presidio mayor en su grado medio. Sobre esta pena podrá practicarse una rebaja adicional de un grado, de aceptar el acusado responsabilidad, según dispone el Art. 409 CPP, volviendo al presidio mayor en su grado mínimo.

Respecto de la multa, con independencia de la modalidad de comisión del abigeato, el inc. segundo del Art. 448 ter contempla la imposición, como pena accesoria, de una de 75 a 100 UTM. Esta multa es aplicable a todos los casos de abigeato-robo y de abigeato-hurto, cuando el valor del animal que se trate excede de 5 UTM. Como en los delitos de hurto también se imponen multas (aunque bastante más bajas) Oliver (2013, 407s.) propone que sólo se apliquen las de este Art. 448 ter, en caso de valer el animal sustraído más de 5 UTM. Esta solución es correcta sólo si no implica dejar de aplicar las multas previstas en el Art. 446 para la sustracción de animales que valgan menos de 5 UTM, pues no puede aceptarse que la agravación de la multa prevista para el delito de abigeato de animales que valen más de 5 UTM suponga no expresada en la ley para la sustracción de animales cuyo valor sea inferior.

En cuanto al comiso, el Art. 448 ter hace hincapié en el hecho de que en la sentencia condenatoria por esta clase de delitos debe, conjuntamente con la agravación prevista, imponerse “la pena de comiso en los términos del artículo 31 de este Código”, el cual dispone que “toda pena que se imponga por un crimen o simple delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los

instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del delito”. La mención sería, como se lee, superflua (Oliver, 2013, 420), si no fuera por el hecho de que el Art. 448 sexies aclara que en esta clase de delitos “caerán en comiso” “los vehículos motorizados o de otra clase, las herramientas y los instrumentos utilizados”. Si bien se aprecia, se trata de establecer un comiso ampliado que abarque especialmente el de “los vehículos motorizados o de otra clase” que se emplean para la comisión de estos delitos, los cuales no siempre pueden considerarse con facilidad efectos del delito o instrumentos con que se ejecutan (imagínese el caso de quien sustrae un animal de un predio para, una vez en la vía pública, subirlo a un vehículo para facilitar su transporte al lugar donde será vendido o beneficiado).

### c) Abigeato como hurto de hallazgo impropio (Art. 448 ter, inc. final)

Esta hipótesis presenta dificultades teóricas de carácter normativo para su configuración, atendida la regulación civil de la propiedad de los animales domésticos o domesticados. En efecto, para el Art. 624 CC, la invención o hallazgo sólo es posible respecto de cosas inanimadas, siguiendo los animales las reglas de sus Arts. 606 a 623 CC, que distinguen entre animales bravíos, objeto de caza y ocupación en tierras propias o ajenas con permiso, y los animales domésticos y domesticados, que nunca pueden ser ocupados por medio de su caza ya que se encuentran siempre en dominio de su dueño, quien lo conserva sobre los animales fugados “aun cuando hayan entrado en tierras ajenas”. Por tanto, dado que el objeto material del abigeato son animales domésticos o domesticados (caballos, bestias de carga o silla, ganado), civilmente es difícil hablar de un hallazgo o invención a su respecto, puesto que esta clase de semovientes, por tener “la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre”, independientemente del lugar donde se encuentren difícilmente pueden considerarse “al parecer perdidos”.

Sin embargo, el Art. 448 ter inc. final estima que también es posible el hurto de hallazgo de animales que, por lo anterior, denominaremos impropio. Éste correspondería al de animales abandonados que huyen de un naufragio, accidente de ferrocarril u otra calamidad y, quizás, también, de aquéllos que se encuentran fugados en la vía pública, sectores urbanos o sitios donde no suelen transitar o alimentarse, siempre que no sea posible reconocer el predio del que provienen y al que debieran volver. Pero los animales claramente marcados que se encuentran en sitios delimitados, en aquellos donde frecuentemente se les lleva para alimentarlos o en la vía pública junto al o en las cercanías del predio del cual claramente provienen y al que van a volver, no pueden considerarse al parecer perdidos. En tales casos su apropiación mediante la constitución de una nueva esfera de resguardo sobre ellos siempre debería reconducirse a una forma de abigeato por hurto del Art. 448 bis.

No obstante, el diferente juego de penalidades entre el Art. 448 y el 446, que en algunos casos producirá una agravación y en otros una atenuación, atendido el potencial valor de las especies animales que se traten, podría dar lugar a emplear la calificación de hurto de hallazgo impropio como defensa de concurso aparente por especialidad (asumiendo que no puede negarse la comisión el hecho). La delimitación es importante, además, porque el texto del Art. 448 ter, inc. final, remite la penalidad del abigeato-hurto de hallazgo únicamente al inc. 1º de la disposición en que se encuentra, no imponiéndose, por tanto, la pena especial de multa prevista en su inc. 2º, aunque sí el comiso ampliado del Art. 448 sexies.

#### **d) Abigeato como hurto de pelos, plumas, crines o cerdas (Art. 448 quinquies)**

La regulación de esta conducta se encuentra en el Art. 448 quinquies, que castiga con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio al que “se apropie de las plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, por cualquier medio que ello se realice”. La especialidad de esta clase de apropiación está dada por el objeto material sobre el cual recae y su actual redacción ya no hace referencia a los modos de la conducta como la anterior, que expresaba que el delito se cometía esquilando y cortando los elementos del pelaje de los animales. Según Oliver (2013, 413), de esta manera no se establece una limitación a las formas de conducta, incorporándose una “cláusula general para sancionar la apropiación que se realice por cualquier medio”.

En cuanto al objeto material éste consiste en pelos, plumas, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos. La expresión elemento del pelaje fue introducida en la tramitación legislativa sin hacer especial mención de su propósito, ya que no se comprendía en la redacción del antiguo inc. final del Art. 449 (Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 20.090*, 119s). En efecto, de conformidad con el texto anterior, se afirmaba que no podían comprenderse en este delito las pieles de los animales como tales, pues el retiro de las mismas supone la muerte del animal y por eso debería considerarse como abigeato por beneficio. Según Oliver (2013, 415), nada habría cambiado con la nueva regulación, pues por elementos del pelaje habría que entenderse, p. ej., la lana (no mencionada en el antiguo Art. 449), pero siempre el animal debe quedar vivo. El Art. 448 quinquies al hacer referencia a las plumas, hace también referencia a las aves que, como dijimos, no están comprendidas en el concepto de ganado general al que se refiere el abigeato propiamente tal. Respecto de las plumas, pelos, crines, cerdas y demás elementos del pelaje de los animales domésticos que no cumplen funciones productivas, las mascotas o animales de compañía del Art. 2º, N° 1), Ley 21.020, la limitación propuesta por Oliver (2013, 414), basada en que a su respecto no existe la necesidad de protección de la producción ganadera, puede aceptarse ahora por cuanto tanto las modificaciones al Art. 291 bis, donde la ex-

tracción de dichos elementos puede estimarse maltrato; como la introducción del delito del Art. 11 Ley N° 20.962, que al implementar la Convención CITES considera contrabando tanto el tráfico como la tenencia no autorizadas de partes y especímenes de especies protegidas objeto material del mismo; parecen considerar excluidos tales animales de las disposiciones del abigeato, aunque la literalidad del Art. 448 quinquies no conduce a esa conclusión.

En cuanto al número y naturaleza de animales afectados por esta clase de sustracción, a nuestro juicio, ocurriendo los hechos en un mismo contexto, serían irrelevantes para la configuración del delito, aunque bien podrían tomarse en cuenta a la hora de la concreta determinación de la pena, puesto que aquí no se aplica Art. 451. De otra manera se puede caer en situaciones desproporcionadas como, p. ej., considerar un solo delito de hurto el caso de quien esquila cincuenta ovejas de un mismo dueño, y dos delitos el de quien le corta las plumas a un ganso y esquila una oveja (habiendo un único propietario afectado).

Finalmente, es importante mencionar que no se aplican a este delito las especiales reglas de determinación de la pena del nuevo Art. 449.

## §17. RECEPCIÓN (ART. 456 BIS A)

El Art. 456 bis A, así como el párrafo que lo contiene (§5 bis. De la recepción) fue agregado por la Ley N° 19.413, de 20.9.1995. Antes de esta modificación legal la recepción se entendía como una forma de encubrimiento por aprovechamiento del Art. 17 N° 1, y también como una extraña forma de participación, asimilada a la complicidad, contenida en la redacción del antiguo Art. 454, pero con importantes limitaciones que el legislador moderno ha procurado superar a través de numerosas modificaciones posteriores. La Ley N° 20.253, de 14.3.2008, incorporó como objeto de este delito las cosas objeto de abigeato y de la propia recepción (recepción en cadena). Luego, la Ley N° 20.273, de 28.6.2008, estableció la actual figura agravada para la reiteración o reincidencia de este delito de su actual Art. 4°. Más tarde, la Ley N° 20.596, de 4.7.2012, agregó la pena especial de multa de 75 a 100 UTM para la recepción de cosas provenientes del abigeato y, la Ley N° 20.639, de 11.12.2012, incorporó la figura especial de recepción de vehículos motorizados y cosas que forman parte de redes de servicios públicos, incluyendo su comiso ampliado y la pena de clausura de establecimientos comerciales. Finalmente, la Ley N° 20.931 estableció para este delito un especial régimen de determinación de la pena (Art. 449) y una nueva agravante por la cuantía de lo receptado. Actualmente, la recepción es una figura específica, autónoma e independiente de aquel delito del cual provienen las especies.



Como señala Guzmán, el autor de este delito puede ser cualquiera, menos el dueño de las cosas hurtadas o robadas u objeto de abigeato o receptación (Guzmán, José Luis (1996), “Luz y sombras en la ‘nueva’ disciplina de la receptación en el Código Penal chileno”, *Anuario de la Facultad de Cs. Jurídicas de la U. de Antofagasta*, 172s.)

Su objeto material ha sufrido diversas alteraciones para aumentar el ámbito de aplicación de la norma, que no sólo alcanza a los objetos robados o hurtados o producto de un abigeato, sino también a los objetos de apropiación indebida y receptación y a los objetos en que tales cosas se han transformado. Esta extensión de los objetos parece permitir ahora la llamada receptación en cadena, esto es, la receptación de objetos de receptación (típicamente, la venta minorista de objetos robados que un receptor “mayorista” ha recibido previamente), e incluso la receptación sustitutiva, claramente en el caso de la apropiación indebida, cuando recae sobre dinero, y en los restantes casos, cuando las cosas se han transformado en partes o piezas de otras (como suele suceder al desguzarse vehículos sustraídos). Es discutible, sin embargo, que dicha transformación se refiera al dinero que se obtiene de la venta de las cosas objeto del delito. Aunque el valor de las especies receptadas no es relevante para la punibilidad del hecho, éste adquiere relevancia para distinguir la conducta profesional de la ocasional en esta clase de delitos, estimando el legislador más grave la receptación de cosas cuyo valor (conjunto) excediere de 400 UTM, ordenando en tal caso la imposición del grado máximo de la pena y, en caso de ser el responsable reincidente o reiterante o recaer la receptación sobre vehículos motorizados u objetos que forman parte de una red de suministro, del máximo del mismo (Art. 456 bis- A, inc. final).

Por lo que respecta a la conducta, la principal innovación que expresan todas las reformas estos años es la paulatina transformación del delito en uno emprendimiento con objeto ilícito, esto es, una actividad lucrativa más o menos permanente, iniciada o no por quien es sancionado y en la que se participa una y otra vez, que en su forma externa se diferencia poco de los delitos del Art. 445, tráfico ilícito de estupefacientes de la Ley N° 20.000, y lavado de activos del Art. 27 de la Ley N° 19.913, salvo por el hecho de recaer en objetos ilícitos diferentes. Así se castiga tanto al que vende, compra, transforma, comercializa “en cualquier forma”, como al que simplemente tiene en su poder especies hurtadas, robadas, objeto de abigeato y de la propia receptación. La nueva agravación por la cuantía de lo receptado apunta también a esta pretensión legislativa de hacerse cargo más de un comercio ilícito que de un hecho aislado. Con todo, nuestra jurisprudencia ha limitado la aplicación de este delito a los casos de verdadera tenencia material, exigiendo un “tiempo mínimo indispensable para constituir una tenencia idónea para generar un posterior aprovechamiento”, lo que no sucedería si al recibirse materialmente las especies, el hecho es interrumpido por la aparición de la Policía



que se encontraba persiguiendo a los autores de la sustracción (SCA San Miguel 14.12.2000, GJ 247, 1719).

En cuanto a la culpabilidad, hay que distinguir entre las exigencias del conocimiento y la voluntad exigidos para la tenencia, compra, venta, transformación y comercialización de las cosas objeto del delito —donde el aspecto lucrativo del mismo parece indicar la necesidad de acreditar dolo directo—, de las referidas a la circunstancia de proceder los objetos del delito de un hurto, robo, abigeato o una receptación anterior. Respecto de esta circunstancia, la ley se conforma con un simple conocimiento potencia al emplear las expresiones “conociendo o no pudiendo menos que conocer su origen”, el cual podría considerarse equivalente al dolo eventual (SCA San Miguel 3.4.1988, GJ 214, 150). No se requiere, por tanto, que se conozca la clase ni naturaleza del delito concreto del cual proceden las especies receptadas, sino sólo que cualquier persona, atendidas las circunstancias del hecho (como el precio en que se ofrecen las cosas, la falta de cumplimiento de las disposiciones tributarias, su venta fuera del comercio formal u otras por el estilo), pueda sospechar aplicando un mínimo de inteligencia que las especies no tienen un origen lícito. Pero si el agente ni siquiera se ha representado dicho origen ilícito porque, p. ej., las compra a precio de mercado en un local establecido recibiendo boleta o factura por ello (y pagando en consecuencia el impuesto respectivo), entonces no habrá delito.

El carácter autónomo de esta figura permite, además, teóricamente su potencial castigo a título de tentativa y frustración, así como a título de complicidad y encubrimiento.

En relación con los concursos, tratándose de un delito de emprendimiento, en principio, es irrelevante el número de las especies receptadas para determinar la penalidad, pudiendo constituirse la participación a cualquier título en esta actividad en un único delito. Esta conclusión se ve reforzada por lo dispuesto en el Art. 456 bis, inc. 4º, que hace inútil la distinción entre reiteración y reincidencia, estableciendo para tales casos una agravación especial consistente en imponer la pena de presidio menor en su grado máximo.

Para la determinación de la pena en esta clase de delitos, y especialmente en la figura general que tiene una compuesta de los tres grados de presidio menor, el inc. segundo del Art. 456 bis A establece que el tribunal tenga “especialmente en cuenta el valor de las especies, así como la gravedad del delito de que se obtuvieron, si éste era conocido del autor”. La regla refuerza la idea de que lo único que la ley parece exigir para la sanción de la receptación, a nivel subjetivo, es que el autor conozca que las cosas son hurtadas o robadas, pero no los detalles sobre la clase de hurto o robo que se trate.

Finalmente, es necesario señalar que, en un hecho de gran trascendencia para el futuro de nuestra legislación penal, la Ley N° 20.391 contempló una pequeña,

pero muy importante modificación a la Ley N° 20.393, que establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, agregando la receptación a los delitos por los cuales ésta se puede perseguir, permitiendo incluso, en caso de reincidencia, aplicar la pena de disolución (Arts. 1° y 15 de la Ley N° 30.393). Ello se complementa con el sistema de registro de bienes nuevos y usados establecido en el Art. 13 Ley 20.931, que se espera permita una mejor fiscalización de los establecimientos de comercio donde se presume son “lavados” los activos procedentes de este negocio ilícito.

La actual configuración del Art. 456 bis A contempla, además, dos figuras agravadas:

- i) *Receptación de vehículos motorizados y objetos parte de redes de suministro público, (Art. 456 bis A, inc. 3°)*: se impone la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 5 a 20 UTM, agregando la pena facultativa de clausura de los establecimientos de comercio donde, con conocimiento del dueño o administrador, se almacenen, oculten o transformen los objetos receptados, y la obligatoria de comiso ampliado a los “instrumentos, herramientas o medios empleados” para su comisión o para “transformar o transportar los elementos sustraídos”. En caso de reiteración o reincidencia, la pena prevista es la de presidio mayor en grado mínimo (Art. 456 bis A, inc. 4°).
- ii) *Receptación de bienes procedentes del delito de abigeato (Art. 456 bis A, inc. final)*: se sustituye la multa originalmente prevista para este delito por la de 75 a 100 UTM y se agrega la pena facultativa de clausura definitiva del establecimiento donde se mantengan las especies receptadas.

## §18. PORTE DE UTENSILIOS CONOCIDAMENTE DESTINADOS A COMETER DELITOS ROBO Y ABIGEATO (ARTS. 445 Y 448 QUÁTER)

El Art. 445 castiga con la pena de presidio menor en su grado mínimo “al que fabricare, expendiere o tuvieren en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expedición, adquisición o conservación”. Similar disposición contempla la segunda frase del inc. primero del Art. 448, donde se dispone aplicar las mismas penas al “porte de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamamiento de animales por quien no diere descargo suficiente de su tenencia”.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Art. 445 es un delito autónomo que, por no estar vinculado a un robo específico, no puede considerarse acto preparatorio

de éste, sino más bien un delito de peligro común. Otra particularidad es que se trata de un delito de emprendimiento (en el sentido de la expresión que se usa en este texto), donde lo que se castiga es una actividad criminal que tiene varias etapas, cada una de las cuales se puede castigar en forma aislada, pero si se establece que todas ellas han sido realizadas por el agente, sólo se estima cometido un único delito. El Art. 448 quáter, limitado a castigar el porte de objetos conocidamente destinados a faenar animales objeto de abigeato, es un complemento de la disposición del Art. 445, aplicable también al porte de objetos “destinados conocidamente” a la comisión del delito de abigeato como robo y beneficio de animales. Su delimitación está dada únicamente por la naturaleza del objeto que se porte, tratándose los del Art. 448 quáter de aquellos exclusivamente destinados “para el faenamiento de animales”. La redacción de esta última disposición, con todo, puede generar algún problema al dejar fuera de la descripción la fabricación o expendio de tales objetos exclusivamente destinados al faenamiento de animales, de difícil ocurrencia práctica, en todo caso, por el castigo de su porte.

Sin embargo, el carácter autónomo de estas figuras no excluye su valoración, en términos concursales, como especiales actos anteriores copenados, cuando los utensilios que se trata son efectivamente empleados en un robo o abigeato concreto. En estos casos, según el principio de la consunción, su punibilidad queda absorbida por la del delito de robo con fuerza en las cosas o abigeato más grave que se cometa. Así, el que fabrica una ganzúa y entra a un lugar habitado a robar comete únicamente el respectivo delito de robo, lo mismo que quien beneficia a un animal comete sólo abigeato. Pero si este mismo sujeto se desiste y sale de dichos lugares portando la ganzúa o los objetos para faenar los animales, siendo luego aprehendido por la policía cargando tales objetos, resurge la punibilidad por el Art. 445 o 448 quáter, respectivamente, que no puede considerarse ya copenado por una tentativa desistida impune.

#### *A) Tipicidad del delito de porte de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados al robo (Art. 445)*

Objeto material de este delito son las llaves falsas, ganzúas, u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo. A partir de esta circunstancia Etcheberry III, 333, deduce que se trata de un delito de peligro concreto. Admitimos tal calificación, siempre que se entienda que lo concreto aquí no es un robo futuro determinado, sino la idoneidad de éstos para cometer el delito de robo en general, esto es, el peligro común que su porte o tenencia representa.

En cuanto a la conducta, este delito contempla tres modalidades que pueden realizarse o no simultáneamente o durante un período de tiempo determinado: a) fabricar, esto es, según el Diccionario, producir objetos en serie, generalmente por

medios mecánicos, aunque no se excluye su manufactura artesanal; b) expender, lo que, de acuerdo con el Diccionario, importa vender, en especial, al menudeo o por menor; y c) tener, que consiste en la aprehensión material de un objeto, materializada en las ideas de llevar consigo o portar.

La ley exige, además, de la tenencia, porte o fabricación, que “no se den descargos suficientes sobre la fabricación o expendio de que se trata”. De acuerdo con la interpretación de Etcheberry III, 333, estos descargos se refieren a la exculpación personal del sujeto sospechoso y pone como ejemplo los casos de error o coacción. De ser así la alusión del legislador no sólo sería superflua y redundante, sino que importaría, además, el necesario inicio de una investigación criminal contra el portador. Por eso estimamos que el requisito señalado debe entenderse como un elemento normativo del tipo, que puede desde ya evitar la persecución penal, llamando la atención al fiscal (y sobre todo de la policía), acerca de la posibilidad real de que el porte de dichos instrumentos esté justificado, operando la exclusión de la punibilidad ya a nivel de tipicidad. Piénsese, p. ej., en el caso de un cerrajero que va por la calle con sus instrumentos de trabajo y es detenido por la policía: no es necesario un juicio criminal para decir que el hecho es atípico e inhibir la actuación policial si el cerrajero puede en el acto dar los “descargos suficientes” a que se refiere la ley.

### ***B) Tipicidad del delito de tenencia de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales (Art. 448 quáter, inc. 1º)***

Como complemento de la figura anterior, el objeto material en ésta se limita a las armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales. La expresión armas no puede, por tanto, entenderse en el sentido del Art. 132 ni excluye su eventual sanción según lo previsto en la Ley de Control de Armas, cuando su porte sea prohibido, sino que ha de considerarse como aquel objeto que se toma para matar un animal. En cuanto a las conductas, el Art. 448 quáter limita su ámbito de aplicación frente a la del Art. 445 al castigo exclusivo del porte, esto es la tenencia material consigo de los objetos que se trata. Sin embargo, hay que insistir en que esta limitación no alcanza a los objetos que se trata, en la medida que puedan ser también considerados como aquellos “destinados comúnmente” al robo de animales, caso en el cual se aplica la disposición del Art. 445. Y al igual que en el caso anterior, el descargo insuficiente ha de entenderse como elemento normativo de esta figura, que posibilita la apreciación policial de su concurrencia o no, sin necesidad de iniciar un proceso formal de investigación criminal. Esto es muy importante dado el uso habitual de navajas o cuchillas para el trabajo en el campo, que pueden o no emplearse en el faenamiento de animales, aunque no sean de aquellas especiales que se usan comúnmente para ello.

## §19. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE HURTO, ROBO, ABIGEATO Y RECEPCIÓN DEL CP (ARTS. 449 A 456 BIS)

Comprendidas en el §5 del Tít. IX del Libro II, y sus sucesivas modificaciones, que culminaron con las introducidas por la Ley N° 20.931, estas disposiciones han llevado a configurar un completo régimen diferenciado de determinación legal e individualización de la pena, estableciendo, además, reglas especiales para imponer la pena del delito consumando a ciertos casos tentados; presumir cuándo considerar un hecho tentado o la autoría del mismo; especificar el delito cometido en caso de concursos entre varias formas de robo y hurto; conceder la posibilidad de rebajar la pena por devolución voluntaria de las cosas o acuerdo entre acusación y defensa; y otorgar un efecto especial a la agravante de reincidencia, excluyendo el mínimo o *mínimum* de la pena. El conjunto de estas disposiciones demuestra la valoración que la comunidad política otorga a los delitos estudiados, directamente proporcional a su frecuencia criminológica y, también, a las críticas de la doctrina, que ve en ellas una exagerada protección del derecho de propiedad frente a otros intereses vitales. La crítica es válida, pero sólo si hacemos abstracción del hecho que estas disposiciones también regulan los casos más frecuentes de lesiones y homicidios, cometidos con el reprochable propósito de apropiarse de lo ajeno.

### *A) Reglas que modifican el sistema de determinación legal de la pena*

#### **a) Castigo como consumados ciertos delitos tentados (Arts. 450 inc. primero, 444 y 448 quáter)**

El Art. 450, inc. 1°, castiga “como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa” los delitos de robo con violencia e intimidación en las personas simple (Art. 436 inc. 1°) y calificado (Art. 433), los actos de piratería (Art. 434), la extorsión (Art. 438), el robo por sorpresa (Art. 436 inc. 2°) y el robo con fuerza en lugar habitado (Art. 440).

Esta regla —que pretende hacerse cargo del hecho criminológicamente comprobado de que las comparativamente pocas veces que se descubre a los autores de estos delitos ello ocurre precisamente cuando se encuentran cometiéndolo y no una vez consumados—, no ha de entenderse como una modificación de los conceptos generales del *iter criminis*, sino sólo de una regla especial frente a las de los Arts. 50 y ss., que fijan su penalidad, tal como expresamente lo permite su Art. 55. Por tanto, sin perjuicio de sus reprochables efectos en el aumento de la penalidad, no se trata de una regla inconstitucional (en el sentido de establecer una pena sin describir la conducta que se sanciona, pues la tentativa y la frustración está expresamente descritas en el Art. 7° para todos los delitos en que ellas

son concebibles) como alguna jurisprudencia de Cortes de Apelaciones ha pretendido (SCA Santiago 10.10.2001, GJ 256, p. 182), sentencias contradictorias con lo sostenido correctamente por nuestra Corte Suprema (SCS 25.08.2003, GJ 278, p. 193), el Tribunal Constitucional (STC 06.03.2008, Rol 825-07) y la doctrina que se ha ocupado de la materia (Weezel, Alex v. (2001), “¿Es inconstitucional el artículo 450, inciso primero, del Código Penal?, comentario a la SC Santiago 15.11.2000”, RChD, Vol. 28, N°1 pp. 191-194; y Bascuñán R., Antonio (2004), “Nota a la SCS 25.08.2003”, *Rev. de Derecho de la U. Adolfo Ibáñez*, N° 1, pp. 317ss.).

Respecto a su aplicación práctica, hay que estarse también a lo dispuesto en el Art. 444, donde se presume legalmente que hay tentativa de robo con fuerza en lugar habitado, cuando el inculpado “se introdujere por forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera que hubiere sido substraída o de ganzúa en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o sus dependencias. Por su parte, el Art. 448 quáter, aplicable exclusivamente el delito de abigeato, impone la sanción como autor de dicho delito en grado de consumado a quien “sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas” a las especies animales objeto de dicho delito.

Estas disposiciones tampoco son contrarias al sistema procesal acusatorio como un todo, pues no imponen la imposición de la pena del delito consumado a casos de tentativa, sino que únicamente permiten fundar la inferencia que describen. En este carácter, no sólo admiten prueba en contrario —como sería la presentación de testigos que acrediten la razón por la cual una persona se encuentra en tales situaciones en una propiedad o predio ajeno— sino que, además, si bien permiten fundar legalmente una condena o absolución, no imponen al Tribunal ni una ni otra cosa. En efecto, ellas no alteran las disposiciones de los Arts. 297 y 340 CPP acerca de la libertad de apreciación de la prueba y la exigencia de la convicción del Tribunal acerca de la culpabilidad del imputado, mediante las pruebas recibidas en juicio, por lo que un tribunal puede desestimar la presunción incluso sin elementos probatorios contrarios, si los propios que se aportan para fundarla permiten una inferencia diferente, como sería en el caso que se probase que en la noche de un día de invierno un mendigo trepa una pandereta para refugiarse del frío en un patio de servicios techado, sin que existan pruebas de una intención clara de apropiación de las cosas que allí se encontrasen.

## **b) Presunciones simplemente legales de autoría (Arts. 454 y 448 quáter)**

Según esta disposición, se presume autor del hurto o robo “aquel en cuyo poder se encuentre” la cosa hurtada o robada, “salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario”. Se trata de una presunción simplemente legal que re-

coge una máxima de la experiencia según la cual, por una parte, si se encuentra debidamente probada la existencia de un robo o un hurto y la tenencia de la cosa hurtada o robada en poder de un tercero que tiene antecedentes por delitos similares, puede deducirse que ese tercero es el autor del delito; y por otra, que si ese tercero prueba la legítima adquisición de las especies, esto es, su buena fe, o tiene irreprochable conducta anterior, puede deducirse que no es el autor del delito. Es decir, se trata de una presunción tanto en contra como a favor del imputado. En un sentido similar, la frase primera del Art. 448 quáter, inc. 1º, dispone que “se castigará como autor de abigeato a aquel en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos” y, “del mismo modo”, “al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales”.

De nuevo hay que decir que como presunciones simplemente legales estas reglas no sólo admiten prueba en contrario —como sería la presentación de testigos que acrediten la legítima adquisición— sino que, tampoco imponen concluir en el sentido que propone, si las pruebas aportadas permiten inferir algo diferente. Y, al igual que las presunciones de tentativa, no pueden considerarse incompatibles *per se* con el actual sistema procesal o contraria a la Constitución (SCA Concepción 26.5.2011, Rol N° 72-2011). Así, si el tribunal estima que los antecedentes criminales del acusado se limitan a anotaciones por el delito de manejo en estado de ebriedad irrelevantes frente al delito que se persigue, no está obligado a considerar al imputado responsable del delito que se trata. Y, al mismo tiempo, según las circunstancias en que se sorprendió al imputado con las cosas (p. ej., a altas horas de la noche en los alrededores de una casa recién robada), puede fundamentar legalmente la sentencia condenatoria en esa prueba (no en una simple fórmula legal). Es más, Oliver (2013, 427s.) y la corriente doctrinal que aboga por considerar esta clase de presunciones contrarias *per se* a la presunción de inocencia y al sistema de libertad probatoria del Art. 297 CPP, parecen omitir el significativo antecedente que, precisamente respecto de una regla similar, nos entrega el *common law*, sistema jurídico en el cual en buena parte se inspiró nuestro actual sistema procesal, donde se afirma que puede instruirse legítimamente al jurado que “*unexplained posesión of stolen goods permits an inference that the possessor is a thief*” (Wright, Charles, Federal Practice and Procedure, Vol. 2ª, 43ª ed., St. Paul 2000, 24).

Con todo, la práctica de los tribunales (y, sobre todo, de los acuerdos entre fiscales y defensores) ha resuelto las dudas acerca de la aplicación de esta presunción por la indirecta vía de considerar por defecto la tenencia de los objetos robados o hurtados como un delito de receptación, cuya prueba es casi la misma que la de esta presunción. Ello demuestra que la presunción, para ser operativa, requiere además la valoración de otras pruebas que apunten a las circunstancias en que el autor es sorprendido con las especies robadas o hurtados, pues a falta de una



indicación adicional de que las acaba de robar o hurtar, la exclusiva prueba de su posesión sin justificar y con conocimiento del origen ilícito desviará la imputación al delito de receptación.

### c) Aplicación exclusiva de la pena del delito más grave en caso de concurso en unidad de hecho de diferentes formas hurtos o robos (Art. 453)

El Art. 453 dispone —siguiendo la tradición proveniente desde la época de Carlos V (Art. 163 *Constitutio Criminalis Carolina*)—, que “cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos precedentes, se aplicará la de las circunstancias que en aquel caso particular la merezcan más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado”. El efecto de esta regla es excluir la aplicación de las reglas concursales comunes, Arts. 74 y 75 CP y 351 CPP y las discusiones acerca de su pertinencia y efectos en los casos que regula.

Para su aplicación se plantean dos problemas: a) cuándo estamos ante “un hecho” para la aplicación de esta norma; y b) qué se entiende por “producir”, para el caso particular el “efecto más grave”. Respecto del primero, para resolver la cuestión de cuándo estaríamos ante un mismo hecho sólo nos queda recurrir a las estructuras típicas de las figuras en juego, cuya realización determina la unidad espacio-temporal que podemos denominar un hecho. Así, p. ej., el hecho que comienza como un robo con fuerza por haber ingresado el autor por vía no destinada al efecto y tomado ya la cosa de que pretende apropiarse, pero que antes de consumarse la apropiación deriva en un hecho violento (p. ej., el ataque al guardia que lo sorprende) pasa a constituir un único hecho que ahora llamamos robo con violencia cuya penalidad dependerá del grado de violencia ejercido. En cuanto al segundo, a nuestro juicio, cuando el Código utiliza la expresión “en el caso particular” quiere decir, claramente, que no se compararán las penalidades en abstracto, sino las que resulten de aplicar todas las reglas relativas a la determinación de la pena, prefiriéndose en definitiva la que resulte más gravemente punible en el caso concreto.

### d) Rebaja de la pena en un grado por arrepentimiento eficaz (Art. 456)

El Art. 456 dispone que “si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviera voluntariamente la cosa robada o hurtada”, “se le aplicará la pena inmediatamente inferior en un grado a la señalada para el delito”. Esto significa que, una vez determinado el delito por cual se hace responsable al acusado (aplicando eventualmente la regla del Art. 453), su grado de desarrollo (aplicando eventualmente el Art. 450) y la forma de participación atribuida (aplicando



eventualmente el Art. 454), debe rebajarse la pena en un grado al que voluntariamente devuelve lo robado. Así, al responsable de un delito que empieza como robo por sorpresa pero deriva en robo violento por resistencia de la víctima que, antes de ser perseguido, voluntariamente devuelve lo robado, se le aplica primero el Art. 453, fijándose como única pena a aplicar la del Art. 436 inc. 1° (presidio mayor en su grado mínimo a máximo) y, si el tribunal no hace uso de su facultad de aumentar en un grado la pena, debe enseguida rebajarla en un grado, esto es, reducirla desde su mínimo hasta la de presidio menor en su grado máximo.

Como se aprecia en el ejemplo, la importancia de esta rebaja es fundamental, pues permite al condenado no reincidente solicitar la sustitución de la pena por una de las previstas en la Ley N° 18.216, para ser cumplidas en libertad, una vez individualizada la pena sobre el marco resultante, de conformidad con el Art. 449. La ley sólo excluye del beneficio a los condenados por los delitos de robo calificado (Art. 433) y piratería (Art. 434).

Para invocar esta importante defensa, debe acreditarse la devolución efectiva de la cosa; que la devolución fue voluntaria; y que fue oportuna. En cuanto a la devolución efectiva, debe devolverse la misma cosa o su equivalente, en caso de tratarse de bienes fungibles, como el dinero. No interesa la forma, ni el lugar de la devolución con tal que ésta se practique efectivamente: así, puede hacerse ante la autoridad, dejándola en el domicilio de donde la sustrajo, depositándola en algún lugar que sea fácil de encontrar y entregar a su dueño —portales de las casas, etc.—, pareciéndonos incluso posible la devolución por vía postal y a través de terceros. El carácter voluntario de la devolución significa que ha de ser querida por el agente, en el mismo sentido como se estiman voluntarios los delitos, esto es, con conocimiento e intención, pero con independencia de la motivación. Así, quien es sorprendido por su padre u otro familiar que le “obliga” a restituir lo hurtado y lo hace motivado por el temor reverencial, puede ser beneficiado por la atenuación. Distinta es la situación de quien es sorprendido por la policía o la víctima y “restituye” las especies abandonándolas en el acto, pues en tal caso no habrá verdadera voluntariedad, al faltar reales posibilidades de actuación del agente. Por último, la restitución, para producir el efecto atenuante, ha de ser oportuna, esto es, producirse en el momento señalado por la ley, cual es “antes de perseguir al procesado” o “antes de decretar su prisión”, esto es, según el Art. 7 CPP, esto es, antes de la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra.

#### **e) Rebaja de la pena en un grado por reconocimiento en procedimientos negociados (Arts. 395 y 407 CPP)**

La Ley N° 20.931, teniendo en cuenta el carácter acusatorio de nuestro sistema procesal, ha regulado los efectos del reconocimiento de la responsabilidad o de los

hechos por parte de los acusados en procedimientos simplificados o abreviados, respectivamente, permitiendo la rebaja en un grado de la pena determinada legalmente según las reglas generales y las especiales recién explicadas, estableciendo como requisito procesal para la obtención de la rebaja, la solicitud expresa de la misma por parte del fiscal o el querellante en su caso. En consecuencia, existiendo acuerdo entre las partes, la rebaja opera automáticamente si el acusado reconoce su responsabilidad o los hechos de la acusación, según se trate de un procedimiento simplificado o abreviado, Arts. 395 y 406 CPP, respectivamente. La importancia práctica de esta rebaja radica en que, en la gran mayoría de los casos de hurto, robo, abigeato o receptación en que intervienen primerizos, ella permite la sustitución de la pena corporal por una de las previstas en la Ley N° 18.216, salvo que se trate de un delito de robo calificado de los Arts. 433 N°1 y N° 2, donde sólo disminuye la duración de la pena. En el caso del robo calificado del Art. 433 N° 3, la rebaja permite al primerizo acceder a la pena mixta del Art. 33 Ley N° 18.216.

Según el texto legal, la rebaja se permite “respecto de los delitos señalados en el artículo 449”. Esta literalidad plantea una cierta dificultad práctica, ya que allí se señalan como delitos a los que se aplica el hurto, robo, abigeato y receptación de los §§ 1 a 4 bis y 5 bis, respecto de los que no hay duda puede operar esta rebaja adicional. Sin embargo, también se señalan los delitos de hurto de hallazgo del Art. 448 inc. 1° y hurto de plumas, crines, etc., del Art. 448 quinquies, pero para expresar que a ellos no se aplican sus especiales reglas de individualización de la pena ¿Se podrá aplicar la rebaja por reconocimiento de responsabilidad o de los hechos en estos últimos casos? A nuestro juicio sí, por dos razones: primero, porque la literalidad de las disposiciones procesales indicadas así lo permite; y segundo, porque la razón tenida en vista para no aplicar las reglas del Art. 449 a tales delitos es la misma que existe para aplicarles la rebaja en cuestión, esto es, no hacer más severa su pena, permitiendo las rebajas judiciales de concurrir atenuantes; y eso es precisamente lo que aquí se propone: rebajar la pena por concurrir una atenuante especial que, aceptada para delitos más graves, no se ve por qué se rechazaría en casos que la propia ley parece considerar de menor gravedad.

Tratándose de reincidentes, la regla 2° del Art. 449 ordena imponer el máximo del grado resultante de la rebaja, lo que tendrá efectos para la duración de la pena impuesta y su eventual sustitución, si se cumplen los requisitos para acceder a la reclusión parcial (por una sola vez, Art. 8° Ley 18.216), o a los trabajos en beneficio de la comunidad. Además, tratándose de los autores de delitos consumados del robo calificado del Art. 433 N° 3 y simple del 436, inc. 1°, la reincidencia excluirá toda posibilidad de sustitución, por quedar la pena sobre los cinco años y un día, en el primer caso, y por expresa disposición del Art. 1°, inc. 4° Ley N° 18.216, en el segundo.

**f) Exclusión del grado mínimo de la pena o su *mínimum*, en caso de reincidencia (Art. 449, N° 2)**

El Art. 449, regla 2ª, contiene una de determinación legal de la pena, no susceptible de alteración por el juez, según la cual, tratándose de condenados por delitos de hurto, robo, abigeato y receptación (salvo en los casos de acusados por hurto de hallazgo del Art. 448 inc. 1º y hallazgo de animales del 448 quinquies), que sean “reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá [...] excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el *mínimum* si consta de un solo grado”.

En consecuencia, en esta clase de delitos la reincidencia se transforma en una agravante especial, no pudiendo ser considerada en la individualización judicial de la pena, ni para fundamentar la que en definitiva impondrá ni para compensarla con las eventuales circunstancias atenuantes concurrentes.

**g) Imposición al reincidente la pena facultativa de sujeción a la vigilancia de la autoridad (Art. 452)**

La Ley N° 20.931 mantuvo la regla del Art. 452, según la cual el reincidente en el delito de robo o hurto, podrá ser condenado, además de la pena que merezca por el robo o hurto, a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de la autoridad, dentro de los límites fijados por el Art. 25 (61 días a cinco años). Sin embargo, como es de aplicación es facultativa, su valor práctico es más que escaso.

***B) Reglas que modifican el sistema de individualización judicial de la pena***

**a) Individualización de la pena exclusivamente dentro del grado o grados legalmente determinados (Art. 449, 1ª)**

La regla 1ª del nuevo Art. 449 dispone que, una vez aplicadas las reglas generales y las especiales de determinación legal de la pena que expusimos en los párrafos anteriores, tratándose de los delitos de hurto, robo, abigeato y receptación, “dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia”. Esta determinación de la cuantía exacta de la pena o individualización judicial ha de hacerse, según el texto expreso de la ley, sin considerar las facultades de aumentar o rebajar la pena de los Arts. 65 a 69, salvo en los casos de acusados por hurto de hallazgo del Art. 448 inc. 1º y hallazgo de animales del 448 quinquies, supuestos excluidos de esta regla especial. Su constitucionalidad, como régimen

excepcional de individualización judicial de las penas ha sido afirmada por la STC 15.11.2017, Rol N° 3399-17.

La regla es similar a la del actual Art. 69, con la diferencia de que, en vez de aplicarse después de valorar por primera vez las circunstancias concurrentes, se aplica directamente sobre el grado o grados determinados legalmente. Por eso, los criterios para su operatividad no pueden ser muy diferentes. Ello justifica ciertas aprehensiones acerca de su aplicación mecánica, que haga caso omiso de tales factores y, fundamentándose en la falta de acreditación de atenuantes y agravantes o en su compensación, termine por imponer exclusiva o mayormente el mínimo de la pena legalmente determinada, dada la tradición judicial de imponer por regla general el mínimo de las penas. A ello se suma que, siendo las penas legalmente determinadas de marcos más bien estrechos y graves en casos de robos con violencia o en lugar habitados, probablemente los fiscales se sientan tentados de no esforzarse en acreditar las agravantes genéricas y específicas aplicables; y, por su parte, los defensores tiendan a no acreditar atenuantes, si su efecto no será diferente al de hacerlo.

#### **b) Limitación del efecto del Art. 11 N° 7 (Art. 450 bis y 456 bis inc. final)**

Respecto de los robos y hurtos en general, el Art. 456 bis, inc. final, establece que la sola restitución de las especies no constituye por sí misma un intento de reparar con celo el mal causado del N° 7 del Art. 11, sino que es necesario, además, una reparación civil (consignaciones), la que debe ser calificada especialmente por el juez, quien debe justificar en la sentencia el celo con que ha actuado el delincuente. Sin embargo, nuestros Tribunales han tomado con bastante laxitud esta disposición, atendiendo para justificar el celo la situación económica del delincuente y no al daño efectivamente producido. Ello explica en parte la reacción del legislativo consiste en limitar el valor de las atenuantes en el régimen del Art. 449, 1<sup>a</sup>, lo que podría hacerla caer en desuso, pues si en verdad se quisiera que los acusados reparasen a la víctima, la medida apropiada sería otorgar al delincuente una expectativa razonable de que su actividad producirá un efecto positivo, cuya virtualidad atenuante aumente en la medida que la reparación sea más efectiva, y no limitar absolutamente la posibilidad de dicha reparación.

Respecto de los robos con violencia e intimidación, el nuevo Art. 450 bis dispone que no procede la circunstancia atenuante de reparar con celo el mal causado mediante la restitución de las especies hurtadas o el pago de la indemnización civil por anticipado (consignaciones). Por la misma razón expresada en el párrafo anterior, esta decisión es discutible, pues le priva al culpable de todo interés por restituir las especies o reparar civilmente el daño, ya que ello no le reportará ningún beneficio.

**c) Agravantes específicas de los delitos de hurto, robo y receptación (Arts. 449 bis y 456 bis)**

El Art. 449 bis establece la agravante especial de formar parte de una organización o agrupación. Esta disposición se agregó por la Ley N° 20.931, derogándose al mismo tiempo la discutida agravante específica de ser dos o más los malhechores, del Art. 456 bis N° 3, que ahora quedó sin contenido. La ley exige para configurar la agravación “el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dichos hechos punibles, siempre que ésta o aquélla no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo”.

Luego, es claro que no basta la sola concurrencia de partícipes en el hecho ni que la agrupación u organización no llegue a constituir una asociación ilícita para configurar la agravación. Sin embargo, no hay claridad acerca de cuándo una agrupación u organización de dos o más personas pasaría a ser algo más que su reunión con un propósito determinado. Quizás lo más seguro sea suponer por el momento que el caso al que se refiere es el de quienes suelen cometer habitualmente esta clase de delitos con otros compinches, pero sin que entre ellos exista una clara jerarquía ni reglas preestablecidas que seguir para tomar parte en los delitos de la agrupación.

(1)

Por su parte, el Art. 456 bis establece en sus cinco numerales diversas agravaciones específicas, cuyo contenido es el siguiente:

- i) *Cometer el delito en lugar que favorezca la impunidad (Art. 456 bis N° 1).* Se trata de sitios oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o sin vigilancia policial. Luego, esta agravante, aunque aplicable en general a los delitos de hurto simple y robo con violencia o intimidación en las personas, por la forma en que se actúa en estos casos, no lo será por regla general en los restantes delitos del título. En efecto, en el robo por sorpresa (Art. 436 inc. 2°), sólo parece aplicable en principio a la modalidad de ataque por sorpresa, cuando éste se realice en sitios eriazos o en callejones oscuros, posibilidad criminológica reducida, en atención a que el “lanzazo” o la “carrera” son propios de la zona céntrica de las ciudades. En el robo con fuerza en lugar habitado (Art. 440), la circunstancia de cometerse este delito en lugar habitado o destinado a la habitación hace parecer en principio como inaplicable esta circunstancia, y al menos así lo será en todos los casos de robo con fuerza dentro de las zonas urbanas permanentemente pobladas. Sin embargo, es evidente que esta agravante puede aplicarse aún al robo en lugares habitados o destinados a la habitación, pero solitarios, como serían las casas de campo o veraneo aisladas y sin mayor protección. En el resto de los robos con fuerza, no resulta aplicable en virtud del Art. 63, pues ella está ínsita en la descripción del delito —sitio no destinado a la habitación (Art.

- 443)— o parece de tal manera inherente al mismo que sin ella no se hubiera cometido (lugar no habitado, Art. 442), ya que aquí la “desprotección” que importa la falta de vigilancia, lo que favorece la impunidad, es uno de los presupuestos de la existencia de las figuras agravadas que tratamos. Este mismo razonamiento ha sido utilizado por alguna jurisprudencia para excluir también en esta clase de delitos la apreciación de la agravante de nocturnidad del N<sup>o</sup> 12 del Art. 12 (SCA Santiago 2.1.2001 (GJ 247, 166). Finalmente, cabe decir que esta agravante no puede ser aplicable en casos de hurto simple, ya que la descripción de los hechos supone no tratarse de lugares que favorezcan la impunidad.
- ii) *Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física (Art. 456 bis N<sup>o</sup> 2).* Se trata sólo de una especificación de la agravante genérica 6<sup>a</sup> del Art. 12, cuya aplicación simultánea resulta por tanto imposible, en virtud del principio *non bis in ídem*.
  - iii) *Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito (Art. 456 bis N<sup>o</sup> 4).* Se trata de otra circunstancia de difícil apreciación práctica, pues el propio Código considera el ejercicio de la violencia para favorecer la impunidad del ejecutor de la sustracción una de las formas de comisión del robo con violencia, que conforme a lo dispuesto en el Art. 453, desplazará a las figuras menos graves de hurto iniciales.
  - iv) *Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el N<sup>o</sup> 1 del Art. 10 (Art. 456 bis N<sup>o</sup> 5).* Se trata de aplicar un rigor similar al que el Art. 72 reserva para el que actúa con menores de edad en la comisión de un delito. Según Etcheberry, III, 365 este sería un caso de “autoría mediata”. Pero no siempre es así, porque la voz “con” significa no sólo a través de o por medio de, sino también “junto a”, de modo que la agravante se aplicaría tanto en el caso de la autoría mediata, donde el incapaz actúa por quien lo utiliza, como aquellos en que se actúa con ellos para, p. ej., aparentar una riña o causar el agolpamiento o la confusión del Art. 436 inc. 2<sup>o</sup>, sin que realicen la apropiación del delito que se trata. El caso del hipnotizador que se vale de otro sometido a su voluntad solo sería posible de admitir si se estima que la existencia de una privación temporal de la razón en el hipnotizado, prueba no siempre fácil.
  - v) *Actuar con alevosía o premeditación conocida, cuando se ejerciere violencia contra las personas (Art. 456 bis, inc. 2<sup>o</sup>).* Para el eventual caso que estas circunstancias no sean tomadas en cuenta al momento de determinar la naturaleza del delito que se trata (p. ej., robo con homicidio y homicidio calificado, lesiones), la ley previene su aplicación en los robos con violencia, atendido que su enumeración en el Art. 12 las limita a los cometidos “contra las personas”, en el sentido de los comprendidos en el Tít. VIII del Libro II.

## §20. PIRATERÍA AÉREA O SECUESTRO DE AERONAVES (ART. 2 N° 2 LEY 18.314)

En los actos que se comprenden bajo la equívoca y periodística denominación “piratería aérea” (tomar el control de una aeronave bajo la amenaza de hacerla caer o de dar muerte a sus ocupantes, exigiendo alguna condición), el bien jurídico que aparece lesionado es, según Etcheberry IV, 331, la seguridad de las personas y su libertad de autodeterminación, junto con el orden público, la seguridad interior y la administración de justicia. Se trata, por tanto, de un delito en que ni siquiera residualmente aparece la propiedad como interés afectado, como sí ocurre en los verdaderos “actos de piratería”, del Art. 434.

Aunque Chile ha suscrito el Convenio para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, de 1970, y el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil, de 1971, lo cierto es que no existe en nuestra legislación ninguna figura penal que sancione específicamente la conducta habitualmente conocida como piratería aérea, siguiendo los mandatos de dichas convenciones (véase al respecto Awner, Harry y Rivas, Ramón (1988), *La llamada “piratería aérea” en el Derecho Internacional*, Santiago). No obstante, el Art. 2° N° 2 de la Ley N° 18.314, sobre Conductas Terroristas, castiga el “apoderarse o atentar en contra de una nave, aeronave, ferrocarril, bus u otro medio de transporte público en servicio, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes”, aplicable a la mayor parte de los supuestos de la mal llamada piratería aérea, siempre que pueda probarse su elemento subjetivo, esto es, que “el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Sin embargo, existiendo hipótesis no cubiertas por la Ley N° 18.314, como el secuestro de aviones particulares o sin exigir condiciones a la autoridad, ha de recurrirse para su sanción necesariamente a las figuras tradicionales del Código, particularmente, la de los delitos de coacciones, amenazas o secuestro del Art. 141, según la gravedad del caso (esto es, según si se trata sólo de alterar el curso de la nave o de privar de la libertad a los pasajeros, respectivamente), y eventualmente, la de robo con violencia o intimidación del Art. 436 inc. 1°, si de ello resulta la efectiva apropiación de la aeronave. Por lo que respecta a los más graves resultados producidos, ha de estarse a las agravaciones de las respectivas figuras aplicables (Arts. 141 y 433).



## §21. ROBO DE USO DE MEDIOS DE TRANSPORTE PÚBLICO (ART. 268 SEXIES)

La Ley N° 20.844, de 10.6.2015, introdujo el Art. 268 sexies, que considera responsables de un crimen contra el orden y la seguridad pública los que con violencia o intimidación retuvieron o tomaron el control de un vehículo de transporte público de pasajeros. Su inc. 2° establece expresamente que, si dicha retención consiste en la apropiación del vehículo, se impondrán exclusivamente las penas más graves de los Arts. 433 y 436, según las circunstancias concurrentes. Por su parte, el inc. 3° establece una regla de subsidiariedad expresa para afirmar que, en todo caso, cuando el hecho constituya un delito más grave, se aplicará la pena que a este último corresponda, en indirecta alusión a la posibilidad de castigarse como conducta terrorista por la Ley N° 18.314.

La incorporación al Código de esta figura tuvo lugar a raíz de las reformas introducidas a la popularmente denominada *Ley de Violencia en los Estadios*, Ley N° 19.327 y sus supuestos criminológicos en vista no tenían que ver con conductas eventualmente terroristas, sino con las llamadas tomas de buses por turbas de hinchas de clubes, antes o al finalizar ciertos partidos de fútbol. Con todo, su propia naturaleza de atentado contra el orden y la seguridad llevo al legislador a incorporar la figura al Título VI del libro Segundo del Código, debiendo incorporar una regla concursal especial para el caso que dichos hechos constituyeran apropiación de los vehículos “tomados”. Es importante destacar que, de este modo, el legislador ha considerado expresamente la violencia tumultuaria como un medio de apropiación de vehículos, lo que permite resolver las eventuales dudas respecto del fenómeno denominado turbazo, consistente en turbas violentas que atacan y saquean establecimientos de autoservicio: se trata acá, también, de casos especiales de robos con violencia e intimidación, que han de calificarse según las circunstancias concurrentes. No obstante, teniendo presente las características sociológicas que encierran los ataques tumultuarios —carentes, generalmente, de una mínima organización previa— y su carácter de medio objetivo para la comisión del hecho, la participación en una de ellas no requiere concierto, sino únicamente el conocimiento de que se toma parte en el ataque tumultuario.

Otro efecto dogmático relevante que deriva del establecimiento de esta figura es el reforzamiento de la exigencia del ánimo de lucro en los delitos de apropiación. En efecto, el ánimo de usar por un tiempo y dirección determinada los vehículos o de destruirlos, excluye según la ley la apropiación, aún en el caso de empelarse para ello violencia tumultuaria.

En cuanto a los concursos, tratándose del robo de uso, la especial regla del inc. 1° del Art. 268 sexies, que establece como régimen concursal único el del Art. 74, excluyendo la aplicación del concurso ideal y de la reiteración del Art. 351 CPP, parece estar dirigida únicamente a la sanción conjunta de la muerte de personas,

lesiones, así como la prolongación de su encierro, y otros atentados contra ellas, como la retención seguida de daños, generalmente, el incendio de los vehículos, cuya pena se fija en el Art. 477, que se cometan con ocasión a la retención sin la intención de apropiarse con ánimo de lucro del vehículo ni producir en la población el temor de ser víctima de delitos de la misma especie. En cambio, si se produce la efectiva apropiación del vehículo, las penas aplicables son las que corresponden a la clase de robo que se cometa.

## §22. OTROS DELITOS DE APROPIACIÓN COMPRENDIDOS EN LEYES ESPECIALES

### A) *Apropiación de monumentos nacionales (Art. 38 bis Ley N° 17.288)*

Aquí se castiga con la pena de multa, además de la privativa de libertad que corresponda, la “apropiación de un monumento nacional, constitutiva de los delitos de usurpación, hurto, robo con fuerza en las cosas, o robo con violencia o intimidación en las personas, así como su receptación”. Tratándose de hurtos, se establece una pena única de multa y presidio menor en cualquiera de sus grados, para el caso que no sea posible determinar su valor.

La Ley N° 17.288, declara que son monumentos nacionales una serie de lugares y objetos que clasifica en atención a sus diferentes características y régimen jurídico como monumentos históricos, monumentos públicos, monumentos arqueológicos, y santuarios de la naturaleza. Monumentos históricos son los “lugares, ruinas, construcciones y objetos de propiedad fiscal, municipal o particular que por su calidad e interés histórico o artístico o por su antigüedad sean declarados como tales por decreto supremo” (Art. 9°). Una declaración similar requiere un lugar para ser considerado santuario de la naturaleza por ofrecer “posibilidades especiales para estudios e investigaciones geológicas, paleontológicas, zoológicas, botánicas o de ecología, o que posean formaciones naturales, cuyas conservaciones sea de interés para la ciencia o para el Estado” (Art. 31). En cambio, tal declaración no es exigida respecto de “las estatuas, columnas, fuentes, pirámides, placas, coronas, inscripciones y, en general, todos los objetos que estuvieren colocados o se colocaren para perpetuar memoria en campos, calles, plazas y paseos o lugares públicos”, considerados monumentos públicos (Art. 17). Tampoco requieren esa declaración respecto de los monumentos arqueológicos, esto es, “los lugares, ruinas, y yacimientos y piezas antropo-arqueológicas que existan sobre o bajo la superficie del territorio nacional” y “también las piezas paleontológicas y los lugares donde se hallaren”

La razón de la indeterminación del valor de los monumentos nacionales sustraídos radicaría en la diversidad de objetos que pueden ser calificados como

tales, y al hecho de que buena parte de los monumentos nacionales no pueden transarse en el mercado formal (este es el caso particular de los monumentos arqueológicos) y, por tanto, su evaluación debiera hacerse conforme a los precios de un mercado ilícito, lo cual parecería algo inapropiado ante los tribunales de justicia. Si ese es el caso, el hurto de monumentos nacionales no se convierte una figura agravada, sino especial y, desgraciadamente, en muchos casos privilegiada por el objeto sobre que recae, dada la amplitud de la pena prevista.

### **B) Apropiación de expedientes (Art. 4° Ley N° 5.507) y drogas (Art. 3° Ley N° 20.000)**

El delito de apropiación de expedientes data de 1934, y en él se castiga con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa —actualmente inaplicable por su cuantía, expresada en escudos— al que sustrae, roba, hurta o destruye un expediente o proceso administrativo o judicial, en tramitación o afinado, con independencia de su cuantía o naturaleza. Por su parte, el Art. 3° Ley N° 20.000 castiga con las penas de presidio mayor en su grado mínimo a medio (y facultativamente, en caso de tratarse de drogas que no causen grave daño a la salud, presidio menor en su grado máximo), al que sustrae drogas estupefacientes o sicotrópicas.

Con independencia de la diferente naturaleza de los objetos sobre que recaen estos delitos especiales, su común particularidad es la posibilidad que ofrecen de que, si sólo se atiende a la naturaleza del objeto, la agravación que se propone respecto de la mayoría de los delitos contra la propiedad termina produciendo un inusitado beneficio penológico, especialmente frente a las figuras más graves de robo con violencia simple o calificado y, en el caso del hurto de expedientes, prácticamente frente a todos los robos con fuerza.

En estos casos, la clara intención del legislador en orden a producir una agravación de la pena de la sustracción de monumentos naturales, expedientes o drogas por sobre la del hurto común, en atención a la especialidad del objeto sobre que recaen, no parece habilitar una conclusión que signifique que dicha agravación produzca un inesperado beneficio, al no tomarse en cuenta los otros factores que la ley considera para calificar las diferentes formas de apropiación punible. Estamos, por tanto, ante supuestos de subsidiariedad tácita donde concurren diferentes formas de agravación de la apropiación, frente a las cuales, a efectos de no transgredir el principio de *non bis in idem*, no puede considerarse dos veces el elemento apropiación y sólo cabe aplicar la disposición concurrente más grave, excluyendo la menos grave, cuyo contenido de ilicitud podrá tomarse en cuenta a la hora de la concreta determinación de la pena, en la forma prevista por el Art. 69.

Esta solución encuentra respaldo dogmático en la constatación de que estamos ante dos agravantes de la apropiación compatibles entre sí y que corren en paralelo, como lo reconoce para los delitos de robo y hurto la disposición del Art. 453. Así, resultaría intolerable que el robo con fuerza de una especie mueble cualquiera de un tribunal tuviese mayor pena que el de un expediente donde se contienen las pretensiones y pruebas de derechos de terceros, cuya evaluación patrimonial puede ser de considerable valor.

Por las mismas razones, tratándose de la sustracción de expedientes, si la sustracción es realizada con el propósito de defraudar, se aplicaría la figura del Art. 470 N° 5, siempre y cuando la pena correspondiente sea mayor que la de esta figura especial, y no se den las circunstancias del robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas. En cambio, si no se produce la sustracción o destrucción del expediente, sino solo su ocultación dentro del despacho de la autoridad, el delito que se configuraría sería el de falsificación por ocultación de un documento oficial (Art. 193 N° 8).



## Capítulo 11

# PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (II): DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR ENGAÑO Y ABUSO DE CONFIANZA

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En el §8 Tít. IX Libro II CP, “Estafas y otros engaños”, se contemplan una serie de figuras penales en que el enriquecimiento a costa de lo ajeno se produce no ya por su apropiación material furtiva o violenta, sino mediante el despliegue de la imagería humana a través del engaño y el abuso de confianza, recogiendo una larga tradición que la codificación decimonónica tomó del Derecho común español que, en esta materia, se remonta al romano. Así, se lee en *Digesto*, L. III, Tít. 20, L. 47: “siempre que el delito carece de nombre particular, decimos que es estelionato: especialmente tiene esto lugar si la cosa que uno tenía obligada a otro, ocultando la obligación, dolosamente la vendiese a otro, la permutase, o la diese en pago de lo debía; porque todo esto es especie de estelionato. Mas si alguno pusiese unas mercancías en lugar de otras, o cambiase las que estaban obligadas, o las viciase, también cometerá estelionato” (traducción de Rodríguez de Fonseca, B., *Digesto teórico-práctico, o recopilación de los derechos comunes, real y canónico, por los libros y títulos del Digesto*, Madrid, 1791, 50 y 262). Por otra parte, según el Diccionario Etimológico de Corominas (1973, 3ª. Ed., Madrid, 254), la palabra estafar provendría de Germania y aparece empleada en el castellano recién en un texto de 1513 (*Agricultura*, de G. A. de Herrera) con el significado de “timar”, lo que se entendía entonces como “pedir dinero con intención de no devolverlo”. Corominas piensa que probablemente provendría de un derivado de la voz italiana *staffare*, que significaba “sacar (el pie) del estribo”, “porque al estafado se le deja económicamente en falso pie como al jinete cuando queda en esta posición”. Por su parte, la L. 8, Tít. 12, Libro IV del *Fuero Juzgo*, disponía que “quien oro ó plata tomare de otro, ó lo falsare, mezclándolo con otro metal pero, haya la pena que es puesta de los furtos”; mientras en *Las Partidas*, se agregaba que “non podría ome contar en quantas maneras fazen los omes engaños los unos á los otros; pero fablaremos de algunos de ellos, según mostraron los sabios antiguos, porque los omes puedan tomar apercebimiento para guardarse, é los judgadores sean sabidores para conocerlos, é escarmentarlos. E dezimos, que engaño faze todo ome que vende, ó empeña alguna cosa a sabiendas, por oro ó por

plata, non lo seyendo: ó otra cualquier cosa que fuese de una natura, é fiziesse creer á aquel que la diesse, que era de otra mejor. Otrosí dezimos, que engaño faria todo ome que mostrase buen oro, ó buena plata ó otra cosa cualquier, para vender, é desque se oviesse avenido con el comprador sobre el precio della, la cambiasse á sabiendas, dándole otra peor que aquella que avia mostrado, ó vendido” (*Séptima Partida*, L. 7, Tít. 16). A partir de la codificación decimonónica, pronto empezó a aparecer necesario profundizar en las distinciones, produciéndose tempranamente en España, primero, una distinción entre el hurto y la apropiación indebida que había sido propuesta por Pacheco III, 364; y, a finales del siglo XX, en el actual CP 1995, una nueva distinción entre el engaño y los abusos de confianza, cuyas principales figuras, la apropiación indebida y la administración desleal, han adquirido autonomía.

En nuestro Código, como se aprecia a simple vista, al seguir el modelo español de 1848, se recogieron en el mismo §8, Tít. IX, Libro II, bajo el epígrafe común de estafas y otros engaños, no sólo las múltiples formas de engaños y abusos de confianza contra particulares de que daba cuenta el derecho común pre codificado hispano, sino también las del francés, austríaco y el de las restantes fuentes de que el dicho texto se sirvió, incluyendo el Código Imperial Brasileño, con un desorden y detalle de casuística que, a veces, puede parecer exasperante. Subsisten así relictos históricos de la asimilación entre el hurto y los engaños, como el propio sistema de penas en atención al monto del perjuicio y el tratamiento en este párrafo del llamado hurto de posesión (Art. 471 N° 1) y de la apropiación indebida de especies corporales (Art. 470 N° 1), así como la agrupación de casos que aparentemente estarían comprendidos en las disposiciones generales y cuya especialidad a veces es difícil dilucidar, como los del Art. 469. También se incorporaron ciertos hechos que no afectan principalmente el patrimonio de particulares víctimas de un engaño o abuso, sino más bien a lo que ahora podemos denominar el orden público económico, un ejemplo de lo cual es el delito de usura del Art. 472, cuyas particularidades exigirían un tratamiento diferenciado, como al menos respecto de las insolvencias punibles y alzamiento de bienes ya lo ofrece el nuevo §7, que ahora se denomina de los delitos concursales y otras defraudaciones. Otros vestigios de la asimilación originaria entre falsedades, hurtos y engaños quedan en nuestro Código al comprobar que, en su Tít. V, Libro II, considera ciertas falsedades groseras de monedas y títulos de crédito como estafas (Arts. 171, 179 y 184), y configura el delito de falsificación de instrumentos privados de manera similar a éstas (Art. 197).

En cuanto al bien jurídico protegido, ya hemos señalado que, en nuestro campo, el derecho de propiedad, en la forma contemplada en el Art. 19 N° 24 CPR se presenta como un interés legítimo de protección que abarca muchos más aspectos que la propiedad quiritaria o relación que se tiene con una cosa con exclusión de terceros. Sobre los derechos existe también una especie de propiedad que se protege constitucionalmente y el conjunto de ellos, cualquiera sea la forma de su



reconocimiento jurídico forman parte del patrimonio de las personas, protegido constitucionalmente. Sólo las relaciones derivadas de la fuerza o el engaño no tienen reconocimiento constitucional ni protección penal, como son las que tienen los que hurtan, roban o estafan con las cosas obtenidas mediante dichos delitos.

Por otra parte, hoy en día, además de la detallada regulación decimonónica, la evolución de la sociedad ha llevado al legislador a establecer especiales formas de defraudación tanto de los intereses particulares como colectivos en diversas leyes especiales, tales como las relativas a los cheques y letras de cambio, las que protegen la propiedad intelectual e industrial, la hacienda pública (delitos tributarios y aduaneros), el buen funcionamiento de ciertos mercados regulados (bancarios, valores, etc.), la circulación de billetes verdaderos (Ley del Banco Central), y la protección de los intereses de los trabajadores (delitos retención indebida de cotizaciones previsionales), delitos todos cuyo tratamiento pormenorizado no podemos abarcar en este lugar. Sin embargo, conviene reflexionar brevemente acerca de la necesidad y utilidad de esta profusa casuística. Al respecto, la principal objeción que se ha planteado es que bastaría un concepto común de estafa para cubrir todas las situaciones que detalladamente se describen en los Arts. 468 a 473 y en las leyes especiales. Sin embargo, esta pretensión no pasa de ser una quimera académica, como demuestra la evolución del derecho español, pues a pesar de la pretensión de generalidad del Art. 248 CP 1995, se han debido establecer varios casos agravados y delitos especiales y específicos de estafa, separando todos ellos de la apropiación indebida y de la administración desleal. Por otra parte, la incorporación de nuevos casos a los N<sup>os</sup> 9<sup>o</sup> y 10<sup>o</sup> del Art. 470 parece confirmar la necesidad de investigar más a fondo las diferencias existentes entre lo que pueda considerarse una figura general de defraudación por engaño o abuso de confianza y las particulares especificaciones. En efecto, se puede constatar que la concepción genérica del delito de estafa, cualquiera que se tenga al respecto, parece imponer exigencias excesivas para sancionar supuestos donde el legislador no cree necesaria la prueba de un engaño (como aquellos donde prima el abuso de confianza) o donde éste se manifiesta con la sola expresión verbal de una falsedad, aprovechando alguna posición de confianza, poder o conocimiento especial (como sucede en los casos de fraudes de seguro, venta en verde irregular y en los llamados fraudes en la entrega). A este respecto, siguen vigentes las palabras de Pacheco III, 350, en el sentido que una “los engaños análogos al hurto, los que caen bajo la idea general de la defraudación, puede decirse que son innumerables. Una legislación que quisiera indicarlos todos, caería en un repugnante y confuso casuismo. Pero también hay otro extremo, cual lo sería el de condensar tanto sus preceptos que resultara una vaguedad, una indeterminación no menos vituperable. Entre ambos escollos ha querido caminar nuestra ley”.

## §2. FIGURA BÁSICA O RESIDUAL (ART. 473)

### A) *Conducta y resultado*

El Art. 473 castiga con la pena de presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multa, al que “defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores”. Como señala Fuenzalida III, 238, esta disposición se justifica porque, a pesar de que “el Código ha tomado en cuenta especial cuantos casos de estafas i engaños ha podido prever, auxiliado en esta materia por la legislación antigua española, por los códigos especiales i por otras lejislaciones; (...) como esta materia es tan inconmensurable como la intelijencia y la perversidad humanas, no ha podido decir su última palabra sobre ella sino en una disposición jeneral que previniese todos los hechos olvidados i mal expresados”. En efecto, las expresiones del Art. 473 comprenden los dos elementos esenciales de la mayor parte de los elementos que se incorporan a los casos especiales de estafas comprendidos desde el Art. 468 al 472: el engaño y el perjuicio.

En la legislación extranjera moderna, el estilo es diferente, prefiriéndose el uso de definiciones generales más comprensivas y menos casuística. Así, el Art. 248 del Código español de 1995, establece que “cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”. Por su parte, el §263 CP alemán castiga “al que con la intención de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial indebida, disminuya el patrimonio de otro, mediante la simulación, alteración u ocultación de un hecho verdadero que mantenga o provoque un error en otro”; y el italiano, en su Art. 640 sanciona penalmente “al que, con artificios o embustes, induciendo a error a otro, procura para sí o para otro un provecho injusto que importa un daño a otro”.

No obstante, como se dijo, la escueta enumeración de los elementos esenciales de la estafa que hace el Art. 473 sirve a similares propósitos. Así, el engaño se refiere, según el Diccionario, a una “acción y efecto de engañar”, y por engañar se entiende, en primer lugar, dar a la mentira apariencia de verdad y, en segundo término, inducir a otro a tener por cierto lo que no lo es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas. Esto es equivalente a decir que el engaño puede consistir en una “simulación”, esto es, “cualquier acción u omisión que pueda crear en otro una falsa representación de la realidad” (Etcheberry III, 392); o en una “disimulación”, esto es, “hacer aparecer como inexistente un hecho real” (Labatut/Zenteno II, 226); o como se afirmaba en España, en la “falta a la verdad en lo que se dice o hace de modo bastante para producir error e inducir al acto de disposición patrimonial” (Bajo Fernández, Miguel y Pérez Manzano (1993), *Manual de Derecho penal, parte especial*, 168); o, en los términos de la doctrina dominante en Alemania, en “cualquier conducta que, influyendo en la representa-

ción intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en ella” (Cramer, Peter; Schönke, Adolf; Schröder, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29<sup>a</sup> Ed., Múnich 2014, §263/3). Este engaño, en términos generales, no requiere un ardid, artificio, maquinación o puesta en escena, exigencia que aparece claramente en la estafa especial del Art. 468, sancionada, por lo mismo, con penas eventualmente más graves que la figura básica o residual de este Art. 473 (Mera, Jorge (1986), *Fraude civil y fraude penal. El delito de entrega fraudulenta*, Santiago, 55). Nótese que la ley chilena no emplea el adjetivo “bastante” del CP español ni otra indicación que excluya del engaño del Art. 473 la posibilidad de que se constituya con las solas palabras expresadas por el autor y creídas por la víctima, tal como ya se reconocía en *Las Partidas*, en atención a la relación comunicacional que entre ellos exista. Es, por tanto, incorrecto sostener que las solas palabras o mentiras no pueden constituir engaño, pues ello depende únicamente de su capacidad de hacer creer a la víctima lo que no es cierto, como ha reconocido en más de una ocasión nuestra jurisprudencia (Etcheberry DPJ IV, 395s.). En la actualidad, el ejemplo más evidente de esta posibilidad son las frecuentes “estafas telefónicas” en que los autores ni siquiera se presentan ante las víctimas, las que realizan disposiciones patrimoniales inducidas únicamente por el contenido y tono de la comunicación. Además, la propia ley ordena castigar como estafa la falsificación de moneda o valores tan mal ejecutada que cualquiera pueda notarla y reconocerla a simple vista y, por tanto, “es indudable que en este caso habrá excesiva credulidad o negligencia por parte de la víctima, pero no se elimina por ello la delictuosidad del hecho” (Etcheberry III, 398). En consecuencia, la única exigencia objetiva del engaño, además de la manifestación externa de la conducta que lo constituye, es que cause un error en la víctima y que éste le conduzca a disponer patrimonialmente. Sólo en casos de errores preexistentes respecto de los cuales no se tiene obligación de despejar y que el supuesto engaño no hace más que reforzar podría hablarse de un engaño insuficiente o no bastante, como en los casos de las visitas a adivinas y curanderas que sólo cobran un precio estándar por la consulta.

Por otra parte, el sentido de defraudar o perjudicar, expresiones que el Código emplea aquí como sinónimas, importa, según el Diccionario, una “ganancia lícita que deja de obtenerse, o deméritos o gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar, a más del daño o detrimento material causado por modo directo”. O, en otras palabras, el perjuicio importa por tanto un hecho positivo que realiza o afecta al perjudicado —una disposición patrimonial activa, entregar algo—, como una omisión que importa perder, o dejar de ganar algo. Según Etcheberry III, 398, esta disposición patrimonial que conduce al perjuicio sería el “acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo provoca, activa o pasivamente, una disminución de su patrimonio”. En todo caso, no se trata aquí necesariamente de una disposición en el sentido civil del término, de un “nego-

cio jurídico”, sino de un hecho material que conduce al perjuicio (Yubero, Julio (1993), *El engaño en el delito de estafa*, Santiago, 53). En este mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que “el perjuicio que requiere la estafa consiste en que la víctima realice un acto de significación patrimonial, en virtud del cual se produzca correlativamente un daño para ella” (SCS Santiago, 02.12.2009, *Reperitorio*, 452). Pero, a diferencia de los hurtos y robos, el resultado del perjuicio patrimonial no se manifiesta necesariamente en una desposesión o traspaso físico de bienes o cantidades al que engaña: el que obtiene con engaño la suscripción de un documento de crédito sin causa no ha obtenido en ese momento otra cosa que un papel que eventualmente podrá hacer circular en el mercado y convertir en efectivo, pero ese solo hecho genera en la víctima la pérdida patrimonial equivalente al crédito suscrito y que tendrá que soportar si un tercero de buena fe lo pretende hacer efectivo. Del mismo modo, si una persona engaña a otra analfabeta o casi para hacerla suscribir un contrato de venta con usufructo por una cantidad determinada de años, haciéndole creer que sólo es un contrato de arrendamiento de parte de la propiedad con usufructo por esa cantidad de años, desde el momento de la inscripción del contrato en el respectivo Conservador de Bienes Raíces se habrá producido el perjuicio (la desposesión jurídica del inmueble), sin que sea necesaria su ocupación material por parte de quien de ese modo se apropia del objeto que quien suponía arrendar estaba, sin saberlo, vendiendo.

Además, entre el engaño y el perjuicio debe existir una relación de causalidad, de donde la sola presencia de ambos, sin vinculación entre sí, no constituye el delito. Por eso, cuando la propia víctima conscientemente se expone al engaño o al perjuicio, no puede decirse que ese error o perjuicio hayan sido causados por el acusado, como sucede en los negocios de riesgo calculado, donde se entregan créditos o tarjetas de crédito sin comprobación del estado patrimonial del solicitante, o se concede una línea de crédito adicional sin el consentimiento del beneficiario, etc. (Choclan, José (2002), *El delito de estafa*, 2002, Barcelona, 123). Nuestra Corte Suprema así también lo ha declarado, al establecer que las operaciones de alteración de libros contables y otros documentos para ocultar una previa disposición patrimonial no podían considerarse engaño del delito de estafa, pues no condujeron causalmente a dicha disposición (SCS 10.10.2013, en RCP, Vol. XLI, No. 1 (2014), 161-164, con nota de Ch. Scheechler, quien, sin negar la necesidad de la relación de causalidad, llama la atención en el sentido de que quizás en el caso concreto nos encontraríamos más bien ante una tentativa de estafa descubierta, consistente en dar por pagadas ciertas deudas mediante maniobras contables posteriormente descubiertas).

En definitiva, de la interpretación de los elementos constitutivos de la figura del Art. 473, es posible concluir que toda estafa o engaño que no esté especialmente regulada en los Arts. 468 a 472 supone la existencia de una acción engañosa (una simulación o disimulación) que causa un error en la víctima (la engaña), producto

del cual ella realiza una disposición que le genera un perjuicio, entregando algo o dejando de percibir lo que le correspondía.

Sin embargo, la complejidad de la materia y el afán del legislador decimonónico de expresar la mayor parte de las defraudaciones contempladas en el derecho pre codificado importa, además, que la especialidad de cada uno de los engaños descritos en el Código no consistirá únicamente en especificar la figura residual, añadiendo características particulares (como el ardid o puesta en escena del Art. 468), sino también, en su mayor parte, en construcciones en que uno o varios de los elementos de los elementos de la figura básica o residual se dan por sobre entendidos, dada la especial relación entre autores y víctimas que se describe (como, por ejemplo, la sustitución del engaño por el abuso de confianza en el abuso de firma en blanco del Art. 470 N° 3).

En cuanto a la posibilidad de un engaño por omisión, ello pueda imaginarse solo en los casos que exista un deber especial de cuidado del patrimonio ajeno, fundamentado en una fuente de garante reconocida, generalmente la ley. Sin embargo, entre nosotros, parece no existir una obligación general de sacar a terceros de sus errores en asuntos patrimoniales, por lo que, en vez de un delito de estafa en comisión por omisión, tenemos, en casos extraordinarios, muy pocas figuras de omisión propia. Así sucede con el Art. 160 de la Ley General de Bancos, que tipifica expresamente como delito obtener un crédito entregando “datos falsos o maliciosamente incompletos” acerca de la identidad, actividades, estados de situación o patrimonio del solicitante; y el nuevo delito de fraude de seguros del Art. 470 N° 10, en la medida que la declaración de circunstancias diferentes a las verdaderas supone la omisión de éstas y la ocultación de la cosa asegurada, omitir declarar su paradero. Por eso afirma Hernández (2003, 116) que la omisión es un supuesto “realmente difícil en la práctica de la estafa”.

No obstante, el engaño en su versión activa puede realizarse no sólo mediante declaraciones falsas y conductas que las respaldan cuando afirman lo que se quiere hacer aparecer como existente o inexistente, esto es, *expressis verbis*; sino también a través de meros actos o conductas concluyentes, sin respaldo en una declaración expresa, pero que produzcan el mismo resultado: error y disposición patrimonial de la víctima.

Finalmente, cabe mencionar que, recogiendo la antigua doctrina de Labatut/Zenteno II, 226, inspirada en la clásica formulación de José Antón Oneca (1957, “Las estafas y otros engaños”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica IX*) alguna jurisprudencia (*Repertorio*, 453) y Hernández agregan a los elementos antes reseñados el ánimo de lucro, aludiendo a la fenomenología de las estafas y a la evolución del derecho comparado (Hernández, Héctor (2003), “Aproximación a la problemática de la estafa”, en A.A.V.V., *Problemas actuales de Derecho Penal*, Temuco, 189s). Sin embargo, esta exigencia no se apoya en la interpretación de los textos

legales chilenos, como sí lo hacen los autores extranjeros respecto de sus propios Códigos. Además, admitir este elemento subjetivo significaría considerar como no responsable del delito de estafa a quien engaña a otro con supercherías para que entregue un donativo de caridad a una institución determinada, a pesar de cumplirse los dos elementos que la ley sí establece: el engaño y el perjuicio (en este mismo sentido, véase Piña R., Juan Ignacio (2004), *Fraude de Seguros*, Santiago, 108).

#### a) El problema de la evaluación en dinero y el llamado perjuicio por “frustración de fines”

En verdad, este no es ningún problema dogmático, sino más bien práctico, una dificultad de prueba, puesto que el perjuicio supone una pérdida patrimonial, en el sentido económico. Sin embargo, a veces es difícil determinar cuándo realmente se ha producido una pérdida patrimonial, si a cambio de determinadas cantidades de dinero se entregan bienes avaluables en el mismo, pero inservibles a los fines para los que se adquieren. De hecho, el Art. 473 no considera la determinación exacta del monto del perjuicio para la imposición de la pena, como sí lo hacen los Arts. 468 a 470.

En base a esta dificultad se ha desarrollado, especialmente en Alemania, la doctrina que identifica el perjuicio con la frustración de los fines de la víctima, independientemente de si el valor de lo recibido es igual o superior a lo esperado. Así lo resolvió el Tribunal Supremo alemán en el caso de la venta de “máquinas ordeñadoras de vacas” donde, con el ardid de tratarse de una suerte de ganga o liquidación, se les vendieron tales artefactos a campesinos que no la necesitaban o para cuyas vacas eran inapropiadas. En este caso, aunque las máquinas se vendieron en su precio de mercado y eran aptas para el fin que en ellas se especificaba, el Tribunal Supremo alemán estimó que de todos modos había un perjuicio ya que, para un observador imparcial, dichas máquinas eran inútiles para los fines de las víctimas en el sentido del contrato suscrito (BGHSt 16.8.1961, 16, 321). A pesar de las críticas planteadas en Alemania contra el subjetivismo de esta doctrina, que hace depender de la opinión de la víctima la averiguación sobre sus fines y su frustración (Kindhäuser, Urs (2002), “Sobre el perjuicio patrimonial en la estafa”, *Actualidad penal*, 17, 415-430), esta teoría ha tenido recepción en Garrido IV, 332, quien afirma que habrá perjuicio patrimonial, aunque no haya una disminución económica, “siempre que subjetivamente haya concurrido un interés especial en recibir exactamente lo convenido”; y en Hernández, quien a pesar de sus reticencias iniciales termina por aceptarla, proponiendo como correctivo procurar contar con filtros objetivos para determinar la medida de la frustración (Hernández, Héctor (2009), “Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el Derecho penal chileno”, en *Revista General de Derecho* 11, 23s.). cuando afirma”.

Por su parte, la importante SCS 23.4.2013 (RChDCP, Vol. II (2013), N° 3, 179) también aceptó que la frustración de los fines de la víctima, en la forma que expone Garrido, pueda considerarse un perjuicio relevante en el delito de estafa. En este caso, se estimó la existencia de estafas reiteradas contra el Banco Central de Chile en la conversión de deuda nacional conforme al entonces vigente Capítulo XIX del Compendio de Cambios Internacionales, sin realizar las inversiones comprometidas, realizándolas por montos muy inferiores a los declarados, o rescindiéndolas luego de efectuadas, sin informar al Banco Central, retornando al extranjero los dineros así obtenidos. Según el Considerando 27° de la sentencia, aunque efectivamente las operaciones permitieron liquidar deuda extranjera, “la pérdida está concebida porque este mecanismo [el del Capítulo XIX] permitía un beneficio concreto y cierto a la economía nacional al atraer inversiones y promover nuevas actividades, tal como se planteó originalmente al Banco Central, nada de lo cual era real” (Con todo, en el fallo puede verse el voto en contra de los Ministros Sres. Brito y Künsemüller quienes afirman que no existe perjuicio en la frustración de los fines, que tendrían solo un carácter de móviles o finalidades subjetivas de la víctima, “que no tienen un efecto patrimonial concreto y preciso”, pues, “lo contrario importa entregar la suerte de la sanción criminal al albedrío del supuesto ofendido”).

## b) ¿Estafa sin relación de causalidad? La posición funcionalista

Actualmente, desde un punto de vista funcionalista, Piña (2004, 47s.) discute, junto con la idea de que un engaño deba constituir en todo caso algo más que una simple mentira, la existencia misma de una relación de causalidad entre engaño y error en el delito de estafa, afirmando que lo injusto de éste radica exclusivamente en la infracción de un deber específico de veracidad por parte del autor, jurídico-penalmente reconocido, cuya existencia dependerá del ámbito específico de relaciones económicas en que se actúe. De este modo, se objetiviza el engaño, que no dependerá de las condiciones personales de la víctima, y se hace a éste responsable de su autoprotección, hasta el punto que le es exigible o, dicho de otro modo, hasta el punto en que no le es exigible verificar la veracidad de lo afirmado por el autor, quien pasa a responder completamente del contenido de la información que proporciona. Así, habrá casos en que la víctima tenga ciertas obligaciones para verificar la veracidad de las afirmaciones del autor (como en el caso general de los seguros: practicar una liquidación); y otros en que tal deber será más o menos exigente o no existirá en modo alguno, lo cual dependerá del ámbito económico en que nos encontremos.

Lamentablemente, Piña no profundiza en el contenido preciso de cada ámbito económico (ni siquiera en el de las relaciones generales entre personas), lo que se explica porque tales ámbitos de relaciones y su contenido, en la teoría funciona-



lista de los sistemas y roles sociales de Luhmann en que se apoya, realmente no son de carácter jurídico sino sociológico. De allí que se trate de una teoría sin sustento jurídico e imposible de confirmar o rebatir a través de la interpretación del Derecho, pues ya no será éste, sino el sociólogo o el académico que conozca esos sistemas y roles quien nos informará de las obligaciones (sociales) existentes en cada ámbito económico.

### ***B) Objeto del engaño***

Puesto que el engaño supone ocultar lo verdadero o hacer creer lo falso, su objeto es una proposición susceptible de un juicio de verdad o falsedad. Esta clase de juicio sólo puede recaer en hechos presentes o pasados y, por tanto, las “afirmaciones sobre hechos futuros no pueden constituir simulación, porque ellas en ningún caso pueden provocar una falsa representación de la realidad, sino una creencia, sin fundamentos, en una posibilidad” (Etcheberry III, 396). Sin embargo, respecto a las promesas, que el citado Etcheberry no entiende objeto de engaño, en ellas sí existe un hecho presente, la voluntad de cumplirla, que puede ser verdadero o no. Por eso, la falsa colecta prometiendo entregar lo recolectado a una institución de caridad y la falsa promesa matrimonial con la que se obtienen los bienes de la cándida prometida se consideran también formas de engaño (Labatut/Zenteno II, 226). También el timo de la “cura milagrosa”, otra promesa, es una forma de estafa, si ella se basa en supuestos conocimientos científicos y capacidades de los estafadores, susceptibles de un juicio de verdad o falsedad. Las predicciones, pronósticos y juicios de valor que se ofrecen sobre la base capacidades o conocimientos supuestos o que, de existir, no conducen a esas conclusiones, también pueden considerarse un engaño, desde que la existencia de esos conocimientos o las conclusiones a que ellos conducen pueden ser objeto de verificación. En resumen, el engaño puede referirse a “todos los sucesos u objetos presentes o pasados del mundo exterior y también a los del mundo interior de los hombres”, susceptibles de un juicio de verdad o falsedad (Cramer/Schönke/Schröder (2014, §263, 8s.). En cambio, no hay engaño en “las simples alabanzas que los comerciantes hacen de las mercaderías que expenden”, la ponderación o dolo bueno del Derecho Civil, sin perjuicio de las responsabilidades por los excesos en que se incurra en la publicidad dirigida al público en general, sancionables de conformidad con la Ley N° 19.496, que prescribe normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

### ***C) Autores y víctimas***

En principio, para la doctrina no parece haber mayor problema en la determinación del sujeto activo o autor, pues al tratarse de un delito común cualquier persona capaz de desplegar el engaño puede ser autor (Garrido IV, 87).



Mayores dificultades presenta la determinación del sujeto pasivo y, por tanto, víctima en el sentido del artículo 108 del Código Procesal Penal. Ello por cuanto la existencia de una cadena causal de elementos constitutivos del delito puede hacer que diferentes personas realicen algún hecho que forma parte de la estafa como conducta total. Así, se puede engañar a un tercero para que disponga a nombre de otro que no ha sido engañado, y también es posible que la persona que materialmente dispone, en ejercicio de un poder de representación, no sea quien soporte el daño patrimonial, como sucede en los casos en que se defrauda a personas jurídicas, que sólo pueden operar a través de personas naturales. Para resolver estas dificultades, es importante recordar que en estos delitos el bien jurídico protegido es el patrimonio de una persona, que puede ser natural o jurídica, de derecho público o privado. En consecuencia, víctima u ofendido por el delito, es quien soporta en su patrimonio el perjuicio generado por la disposición, con independencia de quien realice el acto dispositivo. De esta forma, “se admite generalmente (y la ley española lo prevé, siguiendo el criterio tradicional) que no coincidan en el mismo sujeto la condición de disponente (engañado, víctima del engaño o sujeto que recibe la acción típica) y la de sujeto pasivo del delito (el que sufre el detrimento patrimonial), situación ésta que se conoce como “estafa en triangulo” (Gutiérrez, Mariluz, “Resultado típico en la estafa: la disposición patrimonial lesiva”, *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal Universidad de Los Andes*, N° 2, 2010, 9). En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia ha sostenido que “intrínsecamente el perjuicio no es sino una disminución patrimonial, siendo indiferente que incida en el propio engañado que realiza el acto de disposición o en el de un sujeto distinto” (SCS Santiago, 24.08.2004,

La cuestión acerca de si los incapaces (menores faltos de discernimiento, idiotas, imbeciles, dementes, etc.) pueden ser víctimas de engaño, es resuelta por Labatut/Zenteno II, 226, afirmando que “el provecho injusto obtenido es asimilado en tal evento a la apropiación constitutiva de hurto”. Sin embargo, el engaño es un acto material y no jurídico, por lo que su realización depende tanto de las habilidades del estafador como de las capacidades de la víctima. Además, como el perjuicio recae en el patrimonio, éste puede afectar tanto al del incapaz engañado como al de un tercero. Finalmente, como desde el punto de vista externo tanto el incapaz como el capaz que disponen sufren de un engaño y no saben lo que hacen, la tesis de Labatut conduciría a considerar toda estafa un hurto, extremo que la legislación nacional no permite.

Finalmente, respecto del problema acerca de la posibilidad de engañar a dispositivos automáticos y sus programas de funcionamiento, ésta es negada con razón por Etcheberry III, 396s., pues las máquinas no son personas y, por tanto, no pueden errar. Sin embargo, lo cierto es que tales dispositivos pueden considerarse sistemas de información, por rudimentarios que sean sus mecanismos. En consecuencia, si la defraudación se produce alterando el sistema de información que los

gobierna o incurriendo en cualquiera de las conductas penalizadas en la Ley N° 19.223, deberá arreglarse a ella su sanción, considerándose el perjuicio causado en la medida de la pena que corresponda. En cambio, cuando el funcionamiento del dispositivo no es alterado y lo que se hace es controlarlo con información que permite realizar disposiciones patrimoniales que de otro modo no se habrían realizado, estamos ante figuras comunes de robo o hurto, según el caso. Y así lo resolvió la SCS 08.03.2001 (GJ 249, p. 110 y ss.), donde el uso de una clave falsa y una tarjeta magnética sustraída se consideró robo con fuerza del Art. 440 N° 2. Sólo en los supuestos de menor entidad de alteración de taxímetros o dispositivos de pago podría admitirse una estafa respecto de la persona que cree en la corrección del taxímetro o la operación que realiza a través del dispositivo de pago alterado. Pero tratándose de dispositivos como los medidores de energía eléctrica y otros que regulan el suministro continuo de ciertos servicios, su alteración debe considerarse un mecanismo para la apropiación de tales servicios sin la voluntad de sus proveedores, lo que constituye generalmente delitos especiales de hurto, como el de energía eléctrica.

### a) Estafa procesal

Si se admite que los jueces no son seres omniscientes, inmunes al engaño por la sola aceptación del cargo, se comprenderá rápidamente que no existe objeción alguna en entender como estafa la que se realiza engañando a los tribunales de justicia para obtener un fallo perjudicial para un tercero. Estos son los supuestos de la llamada estafa procesal, que encuadran perfectamente en la tipicidad de este delito: se trata “se engaña al juez y se defrauda así a un tercero” (Etcheberry III, 398). Las posibilidades procesales de este particular engaño se encuentran en todos los procedimientos, aunque en mayor medida en los de carácter dispositivo (civiles y laborales, paradigmáticamente), y son, básicamente, las siguientes: a) se traba una litis aparente para perjudicar a un tercero, p. ej., reconociendo gravámenes o deudas que permitan disminuir el patrimonio del “demandado” o “querellado” en perjuicio de legítimos acreedores; b) se participa en una litis existente mediante la interposición de tercerías fingidas, con similar propósito; o c) se presenta una gestión voluntaria para obtener inscripciones indebidas de bienes sometidos a sistemas registrales. En todos estos supuestos hay autoría mediata con un agente inmediato engañado (en error de tipo), esto es, el juez que dicta la sentencia dispositiva que perjudica al tercero (Grisolía, Francisco (1997), “La estafa procesal en el derecho penal chileno”, RChD, Vol. 24 N° 3, 417-422, 417).

Si, además, en cualquiera de esos casos alguno de los jueces que intervienen en la litis participan conscientemente del engaño, su conducta será además sancionable a alguno de los diversos títulos de prevaricación, según su forma de participación en los hechos. En estos casos, también las partes fingidas responden por

prevaricación, por tratarse de un delito especial propio, en todo caso en concurso medial del Art. 75 con la estafa en perjuicio del tercero inocente.

### **b) Defraudación respecto de máquinas automáticas**

Puesto que el efecto del engaño es un error de otro, la cuestión acerca de las defraudaciones respecto de máquinas automáticas es si se puede o no engañar a éstas, que no son otros. Etcheberry III, 396s. niega esta posibilidad, porque las máquinas no son personas y, por tanto, no pueden errar, admitiendo la estafa sólo cuando la alteración de una máquina produce un error en otra persona (p. ej. alteración de taxímetro, medidores, etc.).

A nuestro juicio, la apropiación de cosas en tales casos más que con el favor de una voluntad viciada, parece hacerse contra la voluntad de sus dueños, que sólo quieren disponer de ellas previo pago real. Luego, los casos de alteración de máquinas automáticas deben resolverse por vía de los delitos de apropiación comunes, hurto y robo, según se emplee o no la fuerza. Y así lo estableció la SCS 8.3.2001 (GJ 249, 110s.), donde el uso de una clave falsa y una tarjeta magnética sustraída para hacer un retiro de la cuenta de otro desde un cajero automático se consideró robo con fuerza del Art. 440 N° 2.

### **D) Culpabilidad**

El dolo en esta clase de delitos comprende el conocimiento y la voluntad de engañar, producir un error, una disposición patrimonial y un perjuicio (económico). Se excluyen el dolo eventual y la culpa, porque así lo exige la descripción de la conducta punible, en la medida que supone emitir información falsa de tal manera disfrazada que parezca verdadera al receptor. En consecuencia, existe un error que excluye el dolo en los supuestos en que la falsa representación de la realidad que transmite el agente a la víctima se fundamenta en la creencia de estar transmitiendo la verdad, como quien vende una cosa que cree tener ciertas propiedades de las que carece. Según Etcheberry III, 405, esta es una situación que comúnmente sucede entre astrólogos, hechiceros, etc., y también en ciertas religiones.

Tampoco es punible quien pretende engañar a otro, pero le transmite una información verdadera. En estos casos, estamos en supuestos de error al revés, donde el error consiste en creer que la representación que se transmite es falsa, siendo verdadera, como en el caso de quien vende a otro un boleto de lotería haciéndole creer que es un boleto premiado, circunstancia que es real, pero desconocida por el agente. Aquí hay una tentativa de estafa punible, siempre y cuando, en el momento de la representación, la acción engañosa fuera capaz de generar el riesgo del error, la disposición patrimonial y el perjuicio correspondiente. Cuando el

único engañado es el agente y el medio es absolutamente inidóneo para engañar o no es capaz de producir perjuicio alguno, en Chile, el hecho es impune: tentativa imposible.

### *E) Iter criminis y participación*

El delito de estafa se consuma con el perjuicio. Mientras éste no se produce, estamos en situación de tentativa o frustración. La tentativa comienza con el principio de ejecución del engaño (con los actos directos conducentes a, o en el momento en que se omitió despejar el error si se tenía la obligación de hacerlo). Hay frustración siempre que la producción del perjuicio ya no dependa del autor, lo que típicamente sucede cuando realizado el engaño, éste es descubierto después por la víctima o un tercero que la pone sobre aviso antes de realizar la disposición patrimonial (Etcheberry III, 401).

En cuanto a la participación, puesto que en esta clase de delitos se puede obtener la colaboración de personas diferentes a la perjudicada, cabe hacerse la pregunta acerca del grado de participación de éstas. La respuesta tiene que ver con el hecho de que opera en estas figuras un engaño que produce error y, por tanto, excluye la culpabilidad de quienes están en ese error. Así, p.ej., sólo el que presenta el documento falso a cobro toma parte en la ejecución del hecho, mientras el agente bancario y el cajero engañados actúan por error, lo mismo que la víctima, si es una persona natural.

Luego, sólo pueden participar de manera punible quienes colaboran con el engaño, con pleno conocimiento de su existencia. Esta participación es posible hasta el momento de la producción del perjuicio, y puede consistir sólo en recibir la cosa o el dinero estafado, aún sin haber tomado parte en el engaño. Así, en el caso del que engaña a otro para que entregue un donativo de caridad, quien recibe el donativo, de estar de acuerdo con el timador, es un partícipe punible de la estafa, conforme a lo dispuesto en los Arts. 15 N° 3.

### **§3. ESTAFA CALIFICADA POR LA CLASE DEL ENGAÑO (ART. 468)**

La figura está descrita como defraudar a otro “usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante”, y se castiga con las penas del Art. 467 (establecidas en relación con el monto de lo defraudado). Es conteste la doctrina que ve en esta disposición la necesidad de crear una apariencia o puesta en escena, como forma o clase de engaño, además de los requisitos de la estafa común antes vistos. En este sentido,

alguna jurisprudencia señala que la diferencia entre la figura del artículo 468 con la del artículo 473 radica en la clase o entidad del engaño, pues “ambas comparten la estructura típica, radicando la aplicación de una u otra norma nada más que en la ponderación de la entidad del engaño, según opinión generalizada de nuestra jurisprudencia y doctrina” (SCA Santiago 10.10.2013, *Repertorio*, 454). Es más, según la interpretación que hemos sostenido estos serían los únicos casos de estafa en que se precisaría un ardid, mientras que en el resto de estafas especiales no: su calificación o especialidad provendría de otros factores como, p. ej., el abuso de confianza, la imposibilidad de evitar el engaño por parte de la víctima, el objeto sobre que recae, etc. Las formas de ardid en este delito son:

- i) *Uso de nombre fingido*: la apariencia de verosimilitud debe llevar en este caso una capacidad de determinar en la víctima una prestación. Puede tratarse de un nombre de fantasía o que pertenezca a otra persona. En este caso el factor del cual proviene el engaño es, precisamente, del uso del nombre fingido y no de otros. La apariencia externa supone un ardid en el que se incluiría también la atribución de una identidad fingida mediante alguna manifestación diferente a la simple auto atribución de tal (empleo de documentos, disfraces, uniformes, etc.);
- ii) *Aparentar bienes, crédito, negociación imaginaria, comisión o empresa*: el elemento común en este punto es el aparentar, o sea hacer aparecer como cierto algo que no lo es, de tal manera que el sujeto pasivo crea la falsa representación sobre su existencia. La víctima decidiría la disposición patrimonial sobre la base de esa apariencia o puesta en escena que generalmente consiste en la presentación de documentos o testafierros que afirman lo dicho por el estafador, tal como se aprecia en el filme *American Hustle*, de David O. Russell, 2013.
- iii) *Atribuirse poder, influencia o créditos supuestos*: según el Diccionario, atribuirse es señalar(se) o asignar(se) una cosa alguien como de su competencia, no exigiéndose con claridad un ardid o maquinación, aunque este requisito se asume por la doctrina dominante. Es importante, al respecto, tomar en cuenta que la ley no distingue la clase de poder que puede aparentarse, y por ello, esta figura entra en aplicación cuando se trata de diferenciar entre la llamada violencia ficta del Art. 439, el robo con fuerza (también ficta) del Art. 440 N° 3, y una entrega de bienes obtenida engañosamente, aparentando el poder de una autoridad pública. No hay esta clase de estafa sino robo cuando con el engaño se logra entrar a un lugar habitado para apropiarse de objetos que allí se encuentran (Art. 440 N° 3) o cuando se trata de un engaño intimidatorio (Art. 439); y

iv) *Usar cualquier otro engaño semejante*: hipótesis semejantes son realizar cualquier ardid o puesta en escena para fingir la edad, título, cualidades personales, etc., más allá de su sola expresión verbal.

#### §4. FRAUDES EN LA ENTREGA (ARTS. 467, 469 N° 1 Y N° 2)

Se conocen también como fraudes en el comercio. Su forma básica consiste en defraudar a otro, “en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio” (Art. 467). Etcheberry III, 411, estima que aquí, al igual que en el Art. 468, se requiere de un ardid, esto es, la creación por parte del autor de una apariencia externa engañosa para que la contraparte se forme una representación falsa de la realidad en relación con la calidad, la cantidad o la sustancia de lo entregado. Sin embargo, no compartimos esta opinión, pues la ley no exige esta maquinación y no emplea en el texto estudiado palabra alguna que lleve a esa conclusión, como sí lo permite el Art. 468, donde se habla expresamente de “aparentar bienes, etc.”. A nuestro juicio, bastaría que por medio de la declaración del sujeto activo se diera lo malo por bueno o lo deficiente por completo, siempre que el sujeto pasivo no esté en condiciones de impedir ese engaño (piénsese un embarque que se transporta en contenedor cerrado de un extremo a otro del país y se entrega directamente al tercero cuya carta de porte o conocimiento de embarque ha sido traspasada en un lugar diferente por el primer comprador). De allí que pueda afirmarse que esta figura no es mero incumplimiento de contrato, sino engaño acerca de la cantidad, calidad o sustancia de la cosa que se entrega, pero no ardid. También Mera (1986, 162s.) impugna la asimilación entre estafa del Art. 468 y entrega fraudulenta, aunque sus soluciones no son siempre coincidentes con lo que aquí se expone.

Como presupuesto para su configuración, el delito de fraude en la entrega requiere para su punibilidad que entre el que entrega y el defraudado exista un título obligatorio previo lícito. Es decir, este título no debe ser fraudulento (no sería “obligatorio”), sino legítimamente extendido: se entiende que es un acto jurídico válido cuyo efecto es la obligación de dar o entregar uno o varios objetos determinados en sus características esenciales (sustancia, calidad o cantidad). Se aprecia así que no se trata de una hipótesis propiamente especial de la figura genérica de este título, sino de un delito *sui generis*. Aquí, la disposición patrimonial reflejada en la celebración del acto que da nacimiento al título obligatorio ha nacido sin mediar error o engaño, encontrándonos más bien ante un engaño en la ejecución de una obligación, aprovechándose de la imposibilidad del sujeto pasivo de evitarlo. Por lo general, se agrega que el título debe ser oneroso, pero hay que hacer reservas en cuanto a la donación, pues nuestra legislación requiere, en casos de

donación, de la aceptación del donatario, quien estaría en la situación de exigir la entrega de lo que se declara donar.

Con todo, debe tenerse presente que los términos de la ley parecen reducir la posibilidad de un engaño de esta clase a los títulos que produzcan la obligación de entregar una cosa corporal, excluyéndose la posibilidad de ampliar la protección penal a los fraudes en las prestaciones de servicios, tan comunes en el actual estadio de la economía. Tales casos sólo podrían reconducirse a la figura genérica de la estafa común, si se cumplen sus requisitos, básicamente, que la disposición patrimonial (la celebración del título obligatorio) se obtenga mediante engaño. Lo mismo ocurre en los casos de ventas de productos al detalle en establecimientos de comercio cuyas características reales difieren de las señaladas al momento de celebrarse la compraventa.

En cuanto a las figuras calificadas de fraude en la entrega, en primer lugar, el Código impone el máximo de las penas previstas en el Art. 467 para el fraude en la entrega “a los plateros y joyeros que cometieren defraudaciones alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio” (Art. 469 N° 1). Aquí aparece evidente que el engaño se contenta sólo con la declaración del platero o joyero, que falta a la buena fe depositada en su arte en la ejecución de un contrato lícito, sin que sea exigible al público una verificación efectiva de lo que recibe, no siendo esto óbice para la agravación, sino al contrario: el abuso de la confianza pública y la indefensión del que recibe parecen ser los fundamentos de la misma, no la realización de maquinación o ardid alguno.

En segundo término, el N° 2 del Art. 369 sanciona también con el máximo de las penas respectivas “a los traficantes que defraudaren usando de pesos o medidas falsas en el despacho de los objetos de su tráfico”. Aquí la situación es aparentemente similar, destacándose el cambio del sujeto que comete la defraudación. Los clientes están en una desventaja frente al traficante, ya que difícilmente pueden verificar por sí mismos la exactitud de lo que se les pesa o mide, debiendo hacer fe de sus solas palabras. Sí se trata en este caso de un supuesto especial de estafa genérica, pues dado que los instrumentos con que se pesa o mide son falsos con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa, quien en tales condiciones lo celebra está engañado al momento de disponer patrimonialmente. Pero podría ser también el caso de un engaño en la ejecución del contrato, si la entrega es diferida en el tiempo. Para prevenir la comisión de este delito, existe además la falta que castiga con multa de 1 UTM al “traficante que tuviere pesos o medidas falsos, aunque con ellos no hubiere defraudado” (Art. 495 N° 16).



### A) *Fraudes en la entrega y derechos de los consumidores*

La Ley N<sup>o</sup>. 19.496, que establece Derechos del Consumidor, establece un régimen infraccional y procesal diferenciado para las relaciones que existen entre consumidores y proveedores, con el propósito de facilitar la restitución de los perjuicios producidos a quienes adquieren bienes y servicios de consumo masivo defectuosos o no acorde con sus especificaciones (calidad, cantidad, sustancia, peso, medida o ley). Estos procedimientos permiten ejercer ciertos derechos de garantía, devolución y restitución dentro de plazos determinados directamente ante los proveedores, estableciéndose el derecho de recurrir a los Juzgados de Policía Local cuando dichos procedimientos no estén disponibles o no se cumpla a través de ellos con las obligaciones de restitución establecidas en la ley.

Según el Art. 1<sup>o</sup> de dicha Ley, son consumidores las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales bienes ofrecidos por un proveedor. Proveedores son, respectivamente, las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o por los que se cobre precio. Para que exista una relación jurídica regulada por esta Ley y no por el CP, la regla general es que los contratos que se suscriban sean mercantiles para el proveedor y civiles para el consumidor, sin perjuicio de los casos especiales que su Art. 2<sup>o</sup> señala.

En la medida que los procedimientos civiles así establecidos permiten una razonable restitución a los particulares, fuera del sistema penal, debe aplaudirse su existencia sin la cual la presión sobre la justicia criminal sería insostenible, atendida la masividad del consumo en la sociedad actual. También es valorable que se proteja a los consumidores de los proveedores de servicios, prestaciones que difícilmente pueden reconducirse al texto del Código. No obstante, aunque en los hechos estas normas civiles operan con preferencia a las penales, lo cierto es que ellas no han derogado los delitos aquí tratados y las infracciones y sanciones impuestas, de carácter gubernativo, de conformidad con el Art. 20, no se reputan penas, por lo que no está vedada su imposición conjunta anterior o posterior a las sanciones penales que correspondan, en caso de activarse la persecución penal por los hechos que se traten.

Del mismo modo, la imposición de estas sanciones y las penales que correspondan no están limitadas por la existencia de la Ley N<sup>o</sup> 20.850, que establece una regulación de responsabilidad civil estricta por los productos farmacéuticos defectuosos, ni por la que, en general, surja del daño que cualquier producto ocasione a las personas (véase al respecto Corral T., Hernán (2011), *Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y Propuestas para el Derecho Civil y del Consumo en Chile*, Santiago).

## §5. ESTAFAS CON CAUSA ILÍCITA (ARTS. 469 N° 5 470 N° 7)

Conforme al Art. 1568 CC, no se puede repetir lo dado o pagado por objeto o causa ilícita a sabiendas. Esto genera el problema de si en verdad hay perjuicio cuando la estafa consiste en la no realización de un acto ilícito por el que se ha pagado un precio, p. ej., la hechicera que, en vez de veneno, entrega una pócima inocua; el que se hace pasar por asesino y no cumple el encargo, el abogado que afirma conocer un método para eludir impuestos inexistentes, etc. Según Carrara, §2357, no se podría castigar como estafador a quien no ha realizado un hecho ilícito, porque de lo contrario sería obligarlo a realizar tal hecho, el que podría ser aún más grave que la estafa, como en el caso del falso sicario. Sin embargo, como lo afirma Etcheberry III, 404, la literalidad de los Arts. 469 N° 5 y 470 N° 7 hace inaplicable esta doctrina en Chile, al menos en los dos casos especiales que allí se sancionan (cuando se solicita una falsa remuneración para un empleado público y cuando se defrauda en el juego). Pero, como la especialidad del Art. 469 N° 5 supone una agravación del caso más genérico del Art. 468, se podría concluir que esta clase de engaños, cuando no se dan los supuestos especiales, pueden considerarse estafas comunes, sea del Art. 468 o del Art. 473, si se reúnen sus requisitos.

El carácter ilícito de las conductas prometidas es manifiesto en el N° 5 del Art. 469, que castiga “a los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda”: si considerásemos la situación suponiendo que la supuesta remuneración fuese verdadera estaríamos ante un delito de cohecho del Art. 250. Por eso se concede al funcionario la posibilidad de recurrir también contra el defraudador por la calumnia implícita en la proposición fraudulenta. El juego y la apuesta no autorizados, por otra parte, tiene objeto ilícito y, según la regulación civil, no da acciones para recuperar lo dado o pagado en ellos. No obstante, el Art. 470 N° 7 castiga como estafadores “a los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte”

## §6. DESTRUCCIÓN DE LA COSA EMBARGADA (ART. 469 N° 6)

Esta disposición sanciona “al dueño de la cosa embargada, o cualquier otro que, teniendo noticia del embargo, hubiere destruido fraudulentamente los objetos en que se ha hecho la traba”. Como lo advierte Etcheberry III, 440, en este delito —junto a otras descripciones típicas— estaríamos en presencia de un tipo impropio de fraude, en la medida que en él no se encuentran presentes ni el engaño ni el abuso de confianza, y ese es precisamente lo que le da un carácter especial.

Por lo que respecta a la tipicidad del hecho, a partir del verbo rector del tipo (destruir) se plantean las dudas respecto del acierto del legislador en la ubicación

sistemática que le dio a este delito, ya que la acción típica en este caso es más propia de los delitos contra la propiedad por destrucción. Sin embargo, el adverbio que acompaña al verbo rector (fraudulentamente) significa que la actividad del agente debe encaminarse precisamente a la destrucción del bien embargado y a la lesión consecencial del patrimonio del acreedor.

Una cosa está embargada, según Etcheberry III, 441, cuando “por la ley o por decisión judicial haya sido afectada, como garantía, al cumplimiento de una obligación a favor de un tercero”; aunque, desde luego, debe precisarse que dicha afectación debe ser específica, ya que no basta para configurar el delito la destrucción de cualquier bien perteneciente al deudor afecto a la seguridad de sus créditos por el derecho de garantía general (Art. 2465 CC).

Debe tenerse en cuenta, además, que en la vida práctica más que esta destrucción de bienes embargados, el delito que aparece frecuentemente es el de depositario alzado del Art. 444 CPC, que castiga con las penas del Art. 470 N° 1 al deudor depositario judicial que sustrajere “el simple menaje de la casa habitación” que, embargado, permanece en su poder. Disposiciones similares para procedimientos especiales se establecen en los siguientes casos: a) Art. 528 CPC, retiro indebido de especies embargadas en otra ejecución; b) Art. 97 N°14 Código Tributario, que castiga la sustracción, ocultación o enajenación de especies que queden retenidas en poder del presunto infractor; y c) Art. 31 Ley N° 18.287, que castiga al depositario alzado en procedimientos ante Juzgados de Policía Local.

## §7. SUSTRACCIÓN FRAUDULENTO DE EXPEDIENTES (ART. 470 N° 5)

Aquí se castiga como autores de una especie de defraudación a quienes la cometieren “sustrayendo, ocultando, destruyendo o inutilizando en todo o parte algún proceso, expediente, documento u otro papel de cualquiera clase”. Esta figura se encuentra en abierto concurso, por una parte, con la de sustracción de expedientes del Art. 4° Ley N° 5.507, y por otra, con la llamada falsificación por ocultación del Art. 193 N° 8 CP. Para solucionar estas dificultades, hay que estarse siempre a la figura que en el caso concreto sea más grave, por la naturaleza del bien o bienes jurídicos afectados y las circunstancias que se reúnan. Se aprecia de este modo que estas disposiciones se encuentran entre sí y con las relativas a la sustracción de cosas muebles (hurtos y robos) en relación, a veces, de subsidiariedad, cuando pueden verse como agravaciones corriendo en paralelo, y otras veces, de alternatividad, cuando, a pesar de aparecer una de ellas como “regla especial” más benigna, su aplicación produciría el contrasentido de atenuar la pena porque también es aplicable una más grave. Pero nunca podrá considerarse la existencia de un concurso ideal, ya que siempre estaremos ante situaciones en la que al menos una de las propiedades fácticas jurídicamente relevantes del hecho debiera

apreciarse dos o más veces (ejemplarmente, la calidad de ser “expedientes” los objetos sobre que recae la acción), lo que es contrario al principio non bis in ídem.

## §8. SUSCRIPCIÓN ENGAÑOSA DE DOCUMENTOS (ART. 470 N°. 4)

Bajo este título castiga la ley “a los que defraudaren haciendo suscribir a otro con engaño algún documento”. El clásico ejemplo es el de la suscripción de una compraventa declarando haberse pagado el precio, sin hacerlo efectivamente (SCS 15.9.1949, *Repertorio*, 462s.). Según Pacheco III, 365, era necesario establecer esta figura especial, pues “no hay otra categoría a que referirle”: “Falsedad no es, siendo la firma verdadera”, pero tampoco “hurto o robo”, “aunque se dirija a algo semejante”, es “engaño, es estafa, es defraudación”. Pacheco destaca, además, que la defraudación no se encuentra delimitada aquí por una maquinación que vaya más allá de las palabras, como en el Art. 468, sino que puede hacerse también por otros medios: “embaucándole, persuadiéndole, sacándole con ardides y seducciones una firma y una obligación”.

Y por ello el mandatario puede ser sujeto activo de este delito y el mandante pasivo, si se ha obtenido la autorización previa para suscribir un determinado contrato o instrumento mediante tales medios, que no constituyen necesariamente un ardid, sino expresiones verbales engañosas o hechas con abuso de la relación de confianza existente entre ambos. Esta es la situación en la que se encuentran también quienes actúan como meros representantes de las decisiones de órganos directivos y administrativos colegiados, como ocurre precisamente con los Gerentes Generales de las Sociedades Anónimas, encargados de la implementación y ejecución de las decisiones de administración adoptadas por el Directorio (quien ejerce la administración de las sociedades anónimas, Art. 31 Ley N° 18.046) y la Junta de Accionistas (en cuanto a sus atribuciones exclusivas, Arts. 56 y 57 Ley N° 18.046), con las atribuciones que les fijen el Directorio (Art. 49 Ley N° 18.046): si el representante legal es quien engaña al mandante o a sus órganos directivos colegiados para que éste adopte una decisión que, de no mediar dicho engaño no se habría adoptado, y luego suscribe un documento a nombre del engañado (que no puede suscribir por sí mismo tal documento, como sucede precisamente en los casos de las Sociedades Anónimas), perjudicándolo con ello, hace suscribir con engaño a su mandante o representada un documento en el cual es la engañada (no su mero representante legal) quien dispone patrimonialmente.

En cuanto al perjuicio, la ley designa especialmente la forma en que se produce la disposición patrimonial causada por el engaño, esto es, la suscripción de un documento, de tal modo que el monto del perjuicio se encuentra especificado en las obligaciones que por medio de dicho contrato se contraen, modifican o extinguen, perjudicando económicamente al engañado, que puede ser el firmante o un terce-

ro (incluyendo el mandante del firmante). Ccontra la opinión de Labatut/Zenteno II, 229, para su consumación no es necesario que se haga uso del documento. Lo que se pague en virtud de tales documentos fraudulentamente obtenidos podría ser tomando en cuenta a la hora de la individualización de la pena o del pago de las indemnizaciones civiles

## §9. FRAUDE EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ALEATORIOS (ART. 470 N° 6)

Aquí se castiga “a los que con datos falsos u ocultando antecedentes que les son conocidos celebraren dolosamente contratos aleatorios basados en dichos datos o antecedentes”. Contrato aleatorio, según el Art. 1441 CC es aquél en que cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa que consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida. El Art. 2258 CC menciona como ejemplos de tales contratos el de seguros, el préstamo a la gruesa ventura, el juego, la apuesta, la constitución de renta vitalicia y la constitución del censo vitalicio. Respecto del juego y del contrato de seguros, el Código establece especiales reglas adicionales de defraudaciones que se cometen en el juego mismo (Art. 470 N° 5) o en la ejecución del contrato de seguros (Art. 470 N° 10), respectivamente.

La especialidad de esta clase de defraudación, respecto del Art. 468, radica tanto en el objeto sobre que recae (la suscripción de un contrato aleatorio), como en las formas o modalidades del engaño que, claramente, no exigen un ardid o maquinación alguna. Se trata, simplemente, de impedir que el error de la víctima acerca del carácter contingente de un determinado contrato no sea creado por el autor (mediante la expresión de datos falsos) o mantenido por éste (mediante la ocultación de algún antecedente verdadero que conozca, omitiendo darlo a conocer), de modo que mientras la víctima cree estar celebrando un contrato en que puede obtener una ganancia o pérdida, el autor sabe de antemano que obtendrá una ganancia a costa de aquél, dado que no existe la incertidumbre propia del *alia* o acaso supuesto en esta clase de contratos.

El carácter doloso de la celebración de esta clase de contratos a que se refiere la disposición no apunta a una mayor exigencia en la subjetividad, como es la regla general en estas menciones, sino al conocimiento que el autor tiene del carácter cierto de la supuesta contingencia sobre que recae el contrato. Esta conclusión se deriva de las disposiciones civiles, donde el Código del ramo señala expresamente en su Art. 2261 que “hay dolo en el que hace la apuesta, si sabe de cierto que se ha de verificar o se ha verificado el hecho de que se trata”.

## §10. FRAUDE EN LA OBTENCIÓN DE SUBVENCIONES (ART. 470 N° 8)

Debido a la creciente importancia de las subvenciones y remuneraciones de todo tipo administradas por el Estado, el N° 3° del D.L. N° 3.443, de 2 de julio de 1980, agregó al Art. 470 este N° 8, que castiga con las mismas penas que el Art. 467, “a los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las cajas de previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas”.

La especialidad de la figura radica en reconocer expresamente las dos formas de disposición patrimonial que se presenta en esta clase de relaciones: la entrega efectiva, en los casos que se obtienen fraudulentamente tales subvenciones, devoluciones, remuneraciones, etc.; y la renuncia al cobro, en los casos en que fraudulentamente se realizan “imputaciones indebidas”.

Además, la permanente insatisfacción del legislador en esta materia se refleja en numerosas leyes especiales, que han pretendido regular fraudes de subvenciones especiales, modificando la regulación de este Art. 470 N° 8 de alguno de los modos siguientes:

- i) *Sustituyendo el engaño exigido para la defraudación por la simple presentación de datos falsos para obtenerlas, su ocultamiento, u otras modalidades semejantes*, entre ellos, los Arts. 9 D.L. N° 869/1975, respecto de las pensiones asistenciales para inválidos y ancianos carentes de recursos; 11 Ley N° 18.020, en relación con el subsidio familiar para personas de escasos recursos; 35 inc. 10, Ley N° 19.420, respecto a los incentivos para el desarrollo de las provincias de Arica y Parinacota; y 5° Ley N° 19.253, sobre las subvenciones que se otorgan para la protección, fomento y desarrollo de los indígenas;
- ii) *Eliminando el requisito del perjuicio*, de manera que el delito consista en la sola presentación de documentos o datos falsos o el ocultamiento de los verdaderos u otros semejantes en la obtención de los subsidios establecidos, sin que sea necesario esperar la producción de un daño en el patrimonio fiscal para entenderlos consumados, como en los Arts. 24 Ley N° 15.720, respecto de los beneficios otorgados por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas; 4° D.L. N° 167/1974, sobre ciertas asignaciones familiares; 3° D.L. N° 1.121/1975, sobre devolución de IVA a los exportadores; 13 D.L. N° 3.500/1980, sobre prestaciones de las AFP; 13 Ley N° 18.450, incs. 1° y 2°, sobre subsidios a la inversión privada en obras de riego y drenaje; 8° inc. 13 Ley N°. 19.532, sobre subvenciones a la jornada escolar completa

diurna; y 8° Ley N° 19.040, sobre ciertos subsidios a la locomoción colectiva de pasajeros; y

iii) *Alterando la penalidad aplicable, desvinculándola del monto defraudado*, como en los Arts. Ley N° 10.343, incs. 6° a 8°, respecto a la asignación familiar de pensionados de la Administración Pública y de las Fuerzas Armadas; 18 y 74 D.F.L. N° 150/1982 (Trabajo), respecto de las asignaciones familiares y subsidios de cesantía; 81 Ley N° 19.518, sobre subvenciones a la capacitación de trabajadores (SENCE); 27 Ley N° 19.728, respecto del seguro de desempleo; y en la figura privilegiada del Art. 6° Ley N° 18.778, con relación al subsidio al pago de consumo de agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas, que castiga el hecho solo como falta.

## §11. FRAUDE DE FALSA PROMESA DE VENTA DE INMUEBLES (ART. 470 N° 9)

Este numeral, agregado por la Ley N° 19.932, de 3.2.2004, castiga “al que, con ánimo de defraudar, con o sin representación de persona natural o jurídica dedicada al rubro inmobiliario o de la construcción, suscribiere o hiciere suscribir contrato de promesa de compraventa de inmueble dedicado a la vivienda, local comercial u oficina, sin cumplir con las exigencias establecidas por el artículo 138 bis de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, siempre que se produzca en perjuicio patrimonial para el promitente comprador”, exigencias que se traducen en la formalidad de su suscripción ante notario y su caución mediante póliza de seguro o garantía. Esta figura recoge por primera vez en nuestro ordenamiento, de manera expresa, un caso de estafa por medio de falsa promesa contractual que se sabe de antemano no se cumplirá, como parecía ser más habitual de lo tolerable socialmente en las llamadas “ventas en verde” de bienes inmuebles de gran valor (Boletín N° 2694-07).

La ley, para evitar en este supuesto la prueba de esa posición psicológica del promitente dispuesto de antemano a incumplir, castiga simplemente el hecho de suscribir la promesa respectiva sin autorizar su otorgamiento ni caucionar su incumplimiento.

Además, reconoce claramente la categoría del autor mediato con agente doloso, al castigar como autores ejecutores tanto al que suscribe como al que ordena suscribir la falsa promesa omitiendo la exigencia legal.



## §12. FRAUDE DE SEGUROS (ART. 470 N° 10)

Esta figura, incorporada por la Ley N°. 20.667, de 9.3. 2013, regula detalladamente diversas infracciones en las que puede incurrir, en la ejecución de un contrato de seguros, el asegurado, recogiendo buena parte de las proposiciones que al respecto hiciera Juan Ignacio Piña (2004, 157-196), pero sin llegar a configurar el delito como sola infracción al deber del asegurado de declarar verdaderamente los siniestros y sus causas, pues la ley exige la producción de un perjuicio especificado (el pago total o parcialmente indebido de un seguro) causado por las modalidades de defraudación o engaño que indica: “simulando la existencia de un siniestro, provocándolo intencionalmente, presentándolo ante el asegurador como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas, ocultando la cosa asegurada o aumentando fraudulentamente las pérdidas efectivamente sufridas”.

No deja de ser un reflejo del estado de nuestra sociedad el que en la redacción de esta figura se considerase como único autor posible de defraudación al asegurado y no al asegurador y los liquidadores a su servicio, pues las infracciones que se describen tienen un claro reverso: desde luego, el perjuicio que define la ley como “obtener el pago total o parcialmente indebido de un siniestro” se puede invertir en la frase “negar indebidamente el pago total o parcial de un siniestro” y lo mismo podría decirse de las formas de engaño o fraude descritas en la ley respecto del asegurado: correlativamente al hecho de simular la existencia de un siniestro o presentarlo como ocurrido por causas o circunstancias diversas a las verdaderas, se podría ver el de negar la existencia de un siniestro o atribuirle causas o circunstancias diversas a las verdaderas; mientras que aumentar fraudulentamente las pérdidas puede verse, al revés, como disminuir fraudulentamente las pérdidas.

La intervención de liquidadores de seguros en la comprobación de los antecedentes presentados, como peritos más o menos independientes de las Compañías de Seguros, ha de ponernos en alerta acerca de la posibilidad del rompimiento del vínculo causal en esta clase de hechos y su influencia en la imputación objetiva del hecho: si el liquidador ha sido negligente o sencillamente la liquidación no se ha practicado, el pago del seguro no puede imputarse objetivamente a la conducta del asegurado, sino que corresponde imputarlo a la esfera de responsabilidad de la Compañía y los liquidadores que a ella informan. Lo mismo debe decirse en caso de que, descubierto el intento de fraude, de todos modos, se pague el seguro por el siniestro: la Compañía incurriría en un perjuicio causado por su propia organización y no imputable al asegurado. La tácita aceptación del intento de defraudación también podría llevar a sostener que en estos casos el consentimiento o perdón del afectado antes de la consumación del hecho excluye toda punibilidad, incluso la de la tentativa.

Por otra parte, la regla del Art. 470 N° 10, inc. 2°, altera las normas del *iter criminis*, suprimiendo las diferencias conceptuales entre tentativa y frustración

del Art. 7° y, además, las rebajas penológicas que para ellas se establecen en los Arts. 51 a 54, estableciendo en su lugar que “si no se verifica el pago indebido por causas independientes de su voluntad, se aplicará el mínimo o, en su caso, el grado mínimo de la pena”. Como ya se ha insinuado, tales “causas independientes de su voluntad” serán generalmente el descubrimiento del engaño en el proceso de liquidación del siniestro. Como en tales casos no se produce un perjuicio propiamente tal, el inc. 3° de dicha disposición establece que se determine la pena en consideración al “monto de lo indebidamente solicitado”. Estas reglas, como se aprecia, parecieran otorgarle al perjuicio definido en la ley sólo un carácter agravante, recogiendo así las propuestas funcionalistas en la materia, que entienden que el delito se configuraría por la sola presentación del denunciado falso. Sin embargo, ello no es así, pues a pesar de que se le otorgue un tan diferente efecto penológico al *iter criminis*, tales reglas especiales están reconocidas en el Art. 55 y existen en otros ámbitos, como en el Art. 450 para los delitos de robo en lugar habitado y robo con violencia e intimidación. Como ya dijimos, la existencia de un perjuicio definido en la ley permite determinar la dirección del vínculo causal y establecer los casos en que no puede imputarse dicho perjuicio al asegurado.

### §13. CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SIMULADOS (ART. 471 N° 2)

El Código castiga también “al que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado”. El bien jurídico que aquí se protege son los derechos patrimoniales, estimables en dinero, que pueden ser defraudados mediante la conducta penalmente sancionada (Rivacoba, Manuel (1992), *El delito de contrato simulado*, Santiago, 18).

En cuanto a los sujetos, en este delito hay una participación necesaria respecto de los autores (quienes celebran el contrato), que se distinguen de la víctima, quien no es parte directa en el mismo y no es necesario siquiera que se nombre en él. Respecto de la conducta, la ley ha especificado que el engaño en este delito consiste únicamente en celebrar un contrato mendaz, cuyo contenido declarado difiere de la verdadera voluntad de los contratantes. No es necesario otro ardid o maquinación diferente que el solo otorgamiento del contrato que se trate. Como no se puede concurrir por omisión a la celebración de un contrato, se excluye la comisión por omisión de este delito. Pero, puesto que en la regulación civil la simulación contractual no es en sí misma ilícita —salvo en el ámbito tributario (Art. 4° de la Ley de Impuesto a la Renta)—, para la configuración del delito no basta que exista el engaño, se requiere hacerlo en perjuicio de otro. Ello significa, según Rivacoba (1992, 91), que el perjuicio ha de estimarse como el momento de la consumación del delito, cuyo comienzo de ejecución o tentativa tendría entonces lugar en el de la celebración del contrato con el dolo de perjudicar a otro.

De allí que, en cuanto a la culpabilidad, la simulación contractual excluya el dolo eventual, exigiéndose en todo caso dolo directo.

El delito se distingue de la celebración de contratos simulados en perjuicio de los acreedores (Art. 466 inc. 2º), por cuanto allí no se castiga el perjuicio a un particular, sino la disminución de la masa que garantiza el pago a los acreedores.

#### §14. FALSIFICACIONES CASTIGADAS COMO ESTAFAS (ARTS. 171, 179, 184 Y 197)

##### *A) Imitación grosera de monedas, documentos de crédito, papel sellado y estampillas (Arts. 171, 179 y 184)*

El Código dispone que en la falsificación tan ostensible que cualquiera pueda notarla o conocerla de ciertos objetos cuyo valor económico se encuentra ínsito o impreso en los mismos y pueden circular y hacerse efectivos contra el Estado o sus supuestos otorgantes, sus responsables podrán ser castigados con las penas de las estafas y otros engaños.

La especialidad de estas figuras se encuentra dada por el hecho de que la ley señala determinadamente que el criterio para determinar la aptitud del engaño es un individualizador y no objetivo, pues se atiende a la concreta relación comunicacional entre el estafador y el estafado: si éste cree la palabra de aquél acerca del valor y naturaleza de los objetos que se le presentan, se comete el delito de estafa y no el de falsificación, a pesar de que cualquiera podría notar la falsedad. La única objetivación adicional que se requiere en la conducta es la confección o el uso del objeto que se trate. Dicho objeto ha de ser una mala imitación de especies representativas o funcionalmente equivalentes al dinero. Así, el Art. 171 se refiere a las monedas, objetos cuyo valor está ínsito en el metal de que están compuestas (y por eso la ley habla de falsificación o cercenamiento); el 179, a los bonos emitidos por el Estado, los cupones de intereses correspondientes, obligaciones al portador de la deuda pública y cupones y billetes de circulación legal extranjeros (el párrafo respectivo menciona también otros títulos, que ya no existen entre nosotros: billetes de bancos de emisión, acciones al portador de sociedades anónimas, títulos emitidos por Municipalidades y otras instituciones públicas, etc.); y el Art. 184, al papel sellado y las estampillas, cuya falsificación, junto con la de los sellos postales, se encuentra especialmente sancionada en los Arts. 84 y 85 de la Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos, respectivamente.

En cuanto a la penalidad, dado que en el §8 del Tít. IX no existe ninguna figura especial que recoja estos hechos, habremos de remitir esta sanción al Art. 473, esto es, la figura residual y básica de la estafa.

### ***B) Falsificación de instrumento privado (Art. 197 inc. 1º)***

La defraudación en este caso se comete causando un perjuicio a otro mediante el empleo de instrumentos privados falsos, esto es, de documentos que aparentemente habrían sido suscritos por particulares donde se daría cuenta del nacimiento, modificación o extinción de obligaciones entre ellos, aunque el autor no haya participado en su falsificación (Art. 198).

La especialidad radica, por tanto, en el objeto sobre el que recae el engaño: se hace creer a otro que un documento es verdadero y, en virtud de las declaraciones que allí se contienen, se provoca una disposición patrimonial que causa un perjuicio. Luego, la conducta engañosa consiste en añadir a las palabras del autor una falsificación. Según la expresa remisión del Art. 197 al Art. 193, un instrumento privado se puede falsificar si en él se contraen o fingen firmas o directamente se supone la intervención de personas que no la han tenido, se le atribuye a los intervinientes declaraciones o manifestaciones diferentes a las que han realizado, se falta a la verdad en la narración de hechos sustanciales, se alteran las fechas verdaderas o se hace cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido, se presenta una copia de un documento supuesto o manifestando cosas diferentes del original verdadero, o simplemente se oculta el instrumento verdadero. En cuanto a la penalidad, el inc. primero del Art. 197 establece una pena única de presidio menor en cualquiera de sus grados y multas, sin atención a la cuantía de lo defraudado.

Por su parte, el inc. 2º del Art. 197 no sólo contempla una agravación de la pena, sino también un delito de falsedad propiamente tal, pues ya no hace exigible que la falsificación de los instrumentos que indica —letras de cambio u otra clase de instrumentos mercantiles— cause un perjuicio a terceros. Ello se explica porque tales instrumentos representan obligaciones incausadas y pueden circular entre terceros de buena fe mediante el mecanismo del endoso, representando un equivalente funcional del dinero.

## **§15. FRAUDES EN LA ADMINISTRACIÓN (ARTS. 469 N° 3 Y N° 4, Y ART. 470 N° 2)**

La confianza depositada en quienes administran patrimonios o bienes ajenos puede verse burlada de diversas maneras, pasando desde la desidia en la administración a la apropiación desembozada de los bienes confiados. En el primer caso estamos ante un simple ilícito civil; en el segundo, ante una forma especial de apropiación, antiguamente denominada hurto impropio, y que hoy se conoce como apropiación indebida. En medio, encontramos el engaño como manifestación del abuso de confianza. El Código reconoce especialmente tres formas de esta clase de engaños:

- i) *El de “los comisionistas que cometieren defraudación alterando en sus cuentas los precios o las condiciones de los contratos, suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho” (Art. 469 N° 3):* la comisión es una especie de mandato comercial que “versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas”, y que “por su naturaleza es asalariada” (Arts. 235 y 239 CCO). Aquí la presentación de cuentas falsas es el medio con que se engaña al comitente, quien dispone entregando dineros para solventar esas cuentas falsas (Art. 274 CCO) o renunciando al ejercicio de las acciones restitutorias que le corresponden (Art. 279 CCO), según el caso. El Art. 280 CCO establece particularmente que la cuenta puede considerarse falsa si no concuerda con los asientos de los libros del comisionista, repitiendo en lo demás los conceptos del Código. Se castiga con el máximo de las penas previstas en el Art. 467 (Art. 469 N° 3);
- ii) *El de “los capitanes de buques que defrauden suponiendo gastos o exagerando los que hubieren hecho o cometiendo cualquier otro fraude en sus cuentas” (Art. 469 N° 4):* se trata de una especificación de la idea anterior, con relación al sujeto activo del delito, quien, según el Art. 907 CCO es el “representante legal del propietario de la nave o del armador, en su caso” y también de los “cargadores para los efectos de la conservación de la carga”, y para efectos de su cometido puede ordenar por sí practicar las “necesarias reparaciones o compras de pertrechos” (Art. 916 CCO) y realizar todos los “actos y contratos relativos a la gestión ordinaria de la nave” (Art. 914 N° 8° CCO). Si la alteración de cuenta queda registrada en el Libro Bitácora (como en el caso del Art. 916 CCO), podría producirse un concurso con la falsificación de instrumentos públicos, dado que el Art. 913 CCO le asigna tal carácter, pero estimamos que aquí en verdad el Libro Bitácora sólo sirve de soporte material a la anotación, no teniendo la cuenta anotada el carácter de instrumento público. También se pena con el máximo de las penas del Art. 467 (Art. 469 N° 4); y
- iii) *El de “los capitanes de buque que, fuera de los casos y sin las solemnidades prevenidas en la ley, vendieren dichos buques, tomaren dinero a la gruesa sobre su casco y quilla, giraren letras a cargo del naviero, enajenaren mercaderías o vituallas o tomaren provisiones pertenecientes a los pasajeros” (Art. 470 N° 2):* esta figura se encuentra a caballo entre un propio fraude por abuso de confianza (en que el engaño se practica haciendo aparecer un crédito de un tercero contra el armador), el hurto agravado del Art. 447 N° 4 (tomar provisiones de los pasajeros), y el delito de apropiación indebida del Art. 470 N° 1 (enajenar las mercaderías o vituallas transportadas). Para resolver estos problemas concursales, ha de estarse siempre a las circunstancias del caso concreto, para determinar según ellas cuál de las figuras concurrentes merece en la situación particular mayor penalidad, aplicándose esa

precisamente, para no llegar a la construcción de absurdos privilegios. En todo caso, deben tenerse presente las urgencias y necesidades de la navegación marítima que podrían configurar aquí una causal de justificación por estado de necesidad. Asumiendo que en estos casos el Capitán no necesariamente recibirá un provecho, y que eventualmente su actuación fuera de los casos y sin las solemnidades permitidas por la ley están motivadas por necesidades de conservación de la nave, del orden o seguridad del viaje, etc., el Art. 470 N° 2, sólo dispone la aplicación a estos casos de las penas del Art. 467, sin la agravación del supuesto anterior.

### §16. APROPIACIÓN INDEBIDA (ART. 470 N° 1)

El Art. 470 N° 1 castiga con las penas del Art. 467, “a los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla”, agregando su inc. 2° que “en cuanto a la prueba del depósito en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone”.

Aunque a esta figura se le aplican las penas de las estafas y defraudaciones, entre éstas y aquélla existen diferencias que es interesante consignar: el medio de comisión en la estafa es el engaño, mientras que en la apropiación indebida puede ser la apropiación posterior a un acto lícito en que se le confía una especie o cuerpo cierto al autor; la distracción cuando al hechor se le han entregado especies como cuerpos ciertos de los que no puede disponer y usa en una forma diferente de la determinada; o la simple omisión de restituir las especies fungibles de las que se le ha hecho tradición, como sucede particularmente con el dinero y otros instrumentos o equivalentes funcionales al mismo que no se entregan en arca cerrada. Cuando lo que se ha entregado en administración es un patrimonio completo o un conjunto tal de bienes que por su naturaleza puedan considerarse una universalidad, la apropiación indebida se configurará cuando al término de la administración de tal universalidad ésta resulte perjudicial para el mandante, en el sentido de sufrir una pérdida efectiva de todo o parte del patrimonio como un conjunto de derechos y obligaciones evaluables en dinero y ese perjuicio provenga de apropiaciones o distracciones del administrador. Sólo en la medida que esa universalidad comprende también bienes inmuebles puede hablarse en tales casos de apropiación indebida, cuando la de dichos inmuebles se realiza por el mandatario, produciendo una pérdida en la universalidad. En cambio, en la administración exclusiva de un inmueble, no puede darse este delito, sino, según las circunstancias, alguna figura de estafa, como la suscripción engañosa de documentos del Art. 470 N° 4 o la genérica del Art. 473. Ello por cuanto según el texto expreso del Art.

470 N° 1, la apropiación indebida ha de recaer sobre una “cosa mueble”, en tanto que en la estafa el objeto de la misma puede ser tanto corporal como incorporeal, mueble como inmueble.

### A) *Bien Jurídico*

El bien jurídico tutelado por el delito de apropiación indebida está constituido “por el derecho subjetivo personal a la restitución o al uso determinado (derecho a que se entregue), correlativo de la obligación del agente de restituir o entregar”, bien jurídico que “es lesionado por el agente al apropiarse de la cosa que debía devolver o entregar (usar determinadamente)” (Politoff, Sergio (1957), *El delito de apropiación indebida*, Santiago, 64 y 70).

Por lo tanto, en caso de no existir este derecho subjetivo a la restitución, no se lesiona el bien jurídico y tampoco se configura el delito, como sucede particularmente cuando sobre las cosas entregadas existe un derecho de retención. Éste “constituye una garantía a favor de un sujeto que detenta una cosa de su deudor, la cual se niega a restituir mientras no se le satisfaga, a su turno, su propio crédito. Se trata de una garantía inmemorial, que podríamos sostener que responde a un sentimiento atávico de negarse a restituir lo que debemos a aquél que, a su turno, no nos paga. No te entrego lo que te debo, mientras no me pagues aquello que me adeudas” (Pizarro, Carlos (2009), “El derecho de retención: una garantía bajo sospecha”, *Ius et Praxis*, Vol.15, N°1, 339-352, 340). Así lo ha declarado también la jurisprudencia, p. ej., en la SCA Valparaíso 19.3.2002, Rol N° 12-2002, donde rechazó un recurso de protección interpuesto contra la retención de hecho por parte de una automotora de un vehículo entregado para reparaciones, alegando el ejercicio del derecho legal de retención del arrendatario de servicios por falta de pago del servicio, declarando el Tribunal de Alzada que “la retención de hecho de las cosas en poder del acreedor produce efecto entre las partes sin necesidad de una declaración judicial previa, de modo que la omisión de ésta no afecta la legalidad intrínseca de lo obrado por la recurrida”. En el mismo sentido, la SCA de Valparaíso de 10.7.2006, Rol N° 302-2006, reconoce la falta de necesidad de declaración judicial previa del derecho legal de retención en un caso establecido por la Ley N° 19.287, que faculta a Tesorería para retener las devoluciones de impuestos por las cantidades adeudadas de crédito universitario. En cambio, la declaración judicial del derecho de retención es exigible cuando la especie retenida no se encuentra en poder del que lo alega, como el derecho que tiene el arrendador de un bien inmueble respecto de los bienes muebles del arrendatario que lo ocupa (SCA Concepción 16.10.2001, Rol N° 444-2001).

Luego, para la configuración del delito la cuestión se reduce a determinar, de conformidad con el título de tenencia de los bienes ajenos, si respecto a las cosas entregadas existe o no tal derecho de retención. Politoff (1957, 163 y 183) nos



dice, p. ej., que “la ‘legitimidad’ del derecho a la restitución aparece legítimamente restringida en el depósito, por la vía del derecho de retención contemplado en el artículo 2.234 del Código civil”, y que lo mismo se puede aplicar a los otros títulos fiduciarios de la ley. De relevancia práctica es a este respecto el mandato. En este caso, la obligación de restitución está limitada por aquellas expensas comprendidas en el derecho de retención del Art. 2162 CC, que dispone: “el mandatario podrá retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las prestaciones a que éste fuere obligado”. Y al respecto, la doctrina civil mayoritaria afirma que en tal derecho se incluyen los “gastos, anticipos, pérdidas y honorarios” (Meza Barros (1976), Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*, T. I, 5<sup>a</sup> ed., Santiago, 361).

## **B) Tipicidad**

En principio, cualquiera puede ser autor de este delito. No obstante, tratándose de fondos o caudales públicos o privados a cargo de empleados públicos, su apropiación será reconducible en la mayor parte de los casos a los delitos especiales propios de malversación contemplados en el §5 del Tít. V del Libro II. Por otro lado, al tratarse de bienes ajenos, el dueño de la cosa que dispone de objetos de su dominio gravados, retenidos o embargados por orden judicial, nunca incurre en el delito de apropiación indebida, aunque podría incriminarse su conducta por alzamiento de bienes del Art. 466, si se trata de disponer de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores; depositario alzado del Art. 444 CPC, si enajena una especie embargada que ha quedado judicialmente a su custodia; destrucción de especies embargadas del Art. 469 N° 6, si las destruye fraudulentamente; o hurto de posesión del Art. 471 N° 1, si simplemente las sustrae de quienes las tienen legítimamente.

El objeto material de este delito es el dinero o cualquier cosa mueble, incluyendo las universalidades jurídicas, que hayan sido entregadas por el título que se trate. La cosa objeto del delito ha debido ser entregada al agente en virtud de un título que produzca obligación de entregarla o devolverla. El legislador menciona como títulos aptos el depósito, la comisión y la administración, pero son referencias simplemente ejemplares. La disposición en cuestión señala también como posible título cualquier otro que produzca la obligación de entregar o devolver la cosa, entre ellos podemos mencionar la prenda con desplazamiento, el comodato o préstamo de uso, a menos que el comodatario deba usar la cosa dentro de la esfera de resguardo del derecho habiente, p. ej., leer un libro sólo en el recinto de la biblioteca; el arrendamiento de cosas muebles y el mandato, civil o comercial, general o especial. Particularmente se ha considerado suficiente mandato el que se da a los factores de establecimientos comerciales (SCA Talca 4.6.1912, GT 1912-I, 577) o industriales (SCA Concepción 3.1.1911, GT 1911-I, 122), e incluso el

mandato consensual para comprar un boleto de lotería y cobrar (eventualmente) el premio (SCS 29.10.1980, RDJ LXXVII, 219).

En cuanto al objeto material, hay que distinguir: tratándose de especies o cuerpos ciertos, son ellas mismas las cosas objeto de apropiación y su no restitución exacta constituye el delito. En cambio, tratándose de cosas fungibles, la entrega lícita originaria sólo puede generar la obligación de devolver otras tantas de la misma especie y calidad, produciéndose necesariamente la tradición a favor del obligado que, de este modo, comete el delito sólo si omite su obligación de restituir las cantidades recibidas, una vez exigida la cuenta correspondiente, como sucede particularmente con la entrega de dinero para una administración o la ejecución de una comisión (SCS 5.1.1984, RDJ LXXXI). Pero si se trata de entregar cosas consumibles con autorización para usar de ellas, como en el mutuo de dinero, no estaremos nunca ante una apropiación indebida, sino siempre ante un mero incumplimiento de contrato (Politoff, 1957, 228). En contra de esta opinión dominante, una antigua SCA Tacna 29.8.1912 (GT 1912-I, 1179), estimó posible la comisión de este delito a partir de un mutuo entregado en virtud de la calidad de la persona: se trataba del presidente de una sociedad de socorros “que recibe del tesorero una suma para restituirla cuando le sea exigida y no la restituye porque la empleó en provecho personal suyo”.

Presupuesto para la comisión de este delito es la existencia previa de una entrega lícita, bajo título fiduciario: depósito, comisión o administración u otro que produzca obligación de restituir. Esta entrega genera en quien la recibe un poder autónomo sobre la cosa, limitado por la obligación de restituir esa cosa u otra equivalente, según el contenido del título. Quien materialmente tiene la cosa, pero sin título fiduciario, si se apropia de ella puede cometer un hurto (probablemente agravado del Art. 447), pero no apropiación indebida, como en el caso del inquilino que se apropió de los animales del fundo, de la antigua SCS 29.3.1912 (GT 1912-I, 188), o el del pañolero (encargado de bodega) de la SCS 1971 (RDJ LXVIII, 123). Es discutible, en cambio, si un cajero sería autor de apropiación indebida o de hurto, aunque la jurisprudencia se inclina por lo primero (así, de antiguo, con relación a la figura de malversación, la SCA Valparaíso 17.12.1904, Revista de Derecho, T. 3, 136; y actualmente, la SCA Santiago 14.9.1983, RDJ LXXX).

### **a) El problema especial de los bienes recibidos en ejecución de un mandato**

En la práctica, de especial importancia es la determinación acerca de si el mandato constituye un título que produzca la obligación de restituir lo recibido, particularmente cuando se ha otorgado uno de carácter general con facultades de disposición. A pesar de alguna doctrina que cree ver en la configuración de este delito “limitaciones estructurales” para castigar los actos de administración desleal y particularmente de disposición que causan perjuicio al mandante (Her-

nández, Héctor, “La administración desleal en el Derecho penal chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVI, Sem. I (2005), 201-258, 202 y 233), lo cierto es que tales limitaciones no existen, si se acepta que una universalidad pueda ser objeto de este delito. En tales casos, el problema no será el título con que se reciben las cosas, ni si se dispone o no de ellas, sino si la administración y esos actos de disposición en particular han producido o no un perjuicio constatable en la universalidad como un todo y no con relación a los actos y bienes particulares de que se trate.

En estos casos, además, la antijuricidad de la conducta se excluye, a pesar del hecho de que eventualmente se perjudique al mandante, si los actos de disposición y administración se han hecho con sujeción a las facultades conferidas y en su interés (jurídico, no en cuanto al resultado económico). En tales casos, Politoff (1957, 170) señala que “mientras el administrador actúe por cuenta y riesgo del mandante, afectando el patrimonio de éste, gastando, comprando y vendiendo por y para éste, es evidente que no excede su condición de mero tenedor de bienes ajenos ni comete apropiación, aunque sea torpe y hasta negligente en la conducción de los negocios”. Y a ello hay que agregar: incluso cuando el mandatario actúe también en su propio interés, como ocurre cuando se paga su remuneración recurriendo a los bienes administrados o realiza actos de auto contratación permitidos por el mandante o la ley.

### (1) *Conducta*

La ley castiga a quienes se apropiaren o distrajeren las especies recibidas mediante el título fiduciario que se trate. En cuanto a la apropiación, su diferencia con la del hurto es que no requiere sustracción. Sólo se exige un elemento material, el apoderamiento, y uno psicológico, el ánimo de comportarse como señor y dueño. Según la naturaleza del objeto sobre el que recaiga, el apoderamiento podrá aparecer como un acto de disposición de la misma (como el cobro personal de cheques que se encargan entregar a otro de la SCA Santiago 15.9.1989, RDJ LXXXVI; o la enajenación de las especies recibidas en comodato de la SCA Talca 4.12.1912, GT 1912-II, 845) o como la negativa a su restitución, tratándose de cosas fungibles. Pero el simple retardo en la devolución de la cosa, reconociendo dominio ajeno, no constituye apropiación (SCA Talca 27.8.1912, GT 1912-II, 45). Tampoco hay apropiación de las cosas fungibles entregadas en esa calidad antes de que se exija la cuenta correspondiente (SCA Tacna 1.6.1910, GT 1910-I, 879).

Respecto a la distracción, la podemos definir, siguiendo a Labatut/Zenteno II, 235, como aplicar la cosa, con ánimo de dueño y con intención de reponer, a usos propios o ajenos, en los términos que la expresión se emplea en el Art. 235. A nuestro juicio, la distracción no cabe respecto de las cosas fungibles, sino

únicamente la apropiación, que se manifiesta en la omisión de devolver otras de igual calidad y cantidad al momento de exigirse la cuenta correspondiente. Sin embargo, la SCA Santiago 19.4.1988, RDJ LXXXV, estima que, si en la entrega de cosas fungibles no se da autorización expresa de usarlas, el delito se comete desde el momento de su disposición, esto es, con su sola distracción.

## **b) Condición objetiva de punibilidad: el perjuicio**

El perjuicio que sufre un tercero (el dueño u otra persona) en este delito no debe estar comprendido por el dolo del autor, el que se contenta con la apropiación de las especies entregadas, sino que opera limitando el ámbito de lo ilícito penalmente, como una condición objetiva de punibilidad. De allí que este delito no se consuma con la apropiación o la distracción (tratándose de cosas fungibles), sino con la negativa de devolver la cosa en el momento cuya devolución se hace exigible, esto es, con una omisión en el momento en que se estaba obligado a restituir, y siempre que se produzca un verdadero perjuicio. Por tanto, se excluyen la tentativa y la frustración (Politoff, 1957, 229s.). Pero, tratándose de cuerpos ciertos, como un caballo de raza determinado, su sola disposición o distracción no autorizada constituye el perjuicio que consume el delito.

En caso de universalidades entregadas con amplios poderes de administración, la determinación del perjuicio eventual no puede hacerse atendiendo a operaciones particulares sobre los bienes administrados, sino al resultado de la administración general como tal: en tanto el valor patrimonial de la universalidad no se disminuya, no habrá perjuicio, con independencia si ciertos actos particulares pueden verse como apropiación-distracción de determinados bienes pertenecientes a la universalidad, pues en tales casos el objeto material del delito es ésta y sobre ésta ha de recaer el perjuicio y no sobre los bienes individuales que la componen. La relación entre tales actos particulares y el perjuicio en estos casos radica en que, si se determina el perjuicio sobre la universalidad, éste debe provenir precisamente de actos particulares de apropiación o distracción.

Para determinar el momento de la restitución, coincidente en la generalidad de los casos con el del perjuicio y la consumación, ha de estarse a lo dispuesto precisamente en el título que impone dicha obligación. Cuando tal momento no está precisado en el título, éste corresponde al de la cuenta que se exija judicialmente, como sucede normalmente tratándose de administradores o mandatarios.

### §17. ABUSO DE FIRMA EN BLANCO (ART. 470 N° 3)

Se castiga también a los que “cometieren alguna defraudación abusando de firma de otro en blanco y extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de tercero”. Firma en blanco es la que se coloca a fin de que se extienda sobre ella un documento, o la que se estampa en un documento que contiene blancos que se deben llenar ulteriormente (Labatut/Zenteno II, 228s.). El delito supone que el papel donde está estampada la firma en blanco se entregó voluntariamente y sin engaño al que abusa de ella (SCS 24.6.1964 (RDJ LXI, 180). El engaño se sustituye aquí por el simple otorgamiento de un documento diferente en su naturaleza o valor al cual se suponía estaba destinada la firma, abusando de la confianza depositada y haciéndolo aparecer como el correspondiente.

Si el documento no fue confiado al culpable, sino que se apoderó de él o cayó en sus manos habría una falsificación documentaria del Art. 193 o 197, según el caso. Si el engaño se produce antes, como cuando se le dice a otro que firme un documento con un sentido y tiene otro (sobre todo cuando que el suscribe se encuentra en condiciones sociales o personales que le hacen difícil comprender el verdadero sentido del acto) o se obtiene por esa vía que el mandante autorice al mandatario a realizar algún acto particular que le perjudica, el delito será el del Art. 470 N° 4.

### §18. USURA (ART. 472)

Comete este delito “el que suministrare valores, de cualquier manera que sea, a un interés que exceda del máximo que la ley permita estipular”. Labatut/Zenteno II, 237, tienen razón cuando señalan que en este delito no hay engaño, pues la propia ley se encarga de prescribir cuáles son los intereses máximos que permite estipular. Estamos en presencia de una ley penal en blanco impropia, en la medida que parte de la conducta típica se encuentra determinada por otra norma legal, diferente de la norma incriminatoria: la Ley N° 18.010, de 27.6.1981, sobre operaciones de crédito de dinero. Según esta legislación, en las operaciones de crédito (y especialmente en el mutuo) los intereses son de su naturaleza. El interés es toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital, en el caso de operaciones no reajustables, o por sobre el capital reajustado, tratándose de operaciones de crédito reajustables (Art. 2° Ley N° 18.010). La libertad contractual en la estipulación de intereses que establece la Ley N° 18.010 está limitada en el Art. 6° al cincuenta por ciento por sobre el interés corriente que rija al tiempo de la convención, es decir, no pueden estipularse intereses que excedan del cincuenta por ciento del interés promedio cobrado por los bancos y las sociedades financieras establecidas en Chile en las operaciones

que realicen en el país. La estipulación de un interés por sobre ese valor constituye delito de usura, siendo éste un delito de mera actividad.

Este delito, que parecía reservado a los libros de historia, encontró súbita aplicación en uno de los casos más bullados de estos últimos años, por su masividad y el carácter abusivo de las relaciones contractuales subyacentes, el llamado *Caso Euralatina*. Los hechos del que múltiples personas fueron víctimas consistían en ofrecer préstamos con garantía hipotecaria a personas que de antemano se sabía no podrían pagarlos, por encontrarse excluidos del sistema financiero formal. Una vez otorgados los préstamos y al momento del esperable primer atraso, los prestamistas ofrecían a los afligidos deudores la posibilidad de repactar sus deudas, incluyendo en la repactación todos los intereses futuros no devengados, sobre los cuales comenzaron nuevamente a devengarse intereses. Según la Corte Suprema, al así proceder, los prestamistas pactaron un interés por sobre el permitido legalmente y los condenó por usura (SCS 30.4.2013, *Repertorio*, 466). Como bien apunta Horvitz, el caso fallado en la sentencia que se cita es especialmente relevante como manifestación del aspecto principal que los Códigos modernos toman en cuenta para la configuración de este delito, a saber, la existencia de una posición de abuso del prestamista frente a su víctima, lo que explica que ésta acceda a un pacto ilegal que, incluso, como sucedió en la causa de marras, era para muchas de ellas ininteligible (Horvitz, M<sup>a</sup> Inés, (2015), “El delito de usura. A propósito del caso Eurolatina”, en *Homenaje a Alfredo Etcheberry*, 917 a 945).

El inc. segundo del Art. 472 establece penas accesorias a las de presidio o reclusión consistentes en la expulsión del país para el extranjero condenado, y la pérdida de la nacionalidad y expulsión, para el nacionalizado reincidente. En ambos casos, la expulsión deberá efectuarse después de cumplida la pena.





## *Capítulo 12*

# PROTECCIÓN PENAL DE LA PROPIEDAD (III): DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR OCUPACIÓN

### §1. USURPACIÓN DE INMUEBLES Y DE DERECHOS REALES CONSTITUIDOS SOBRE ELLOS (ARTS. 457 Y 458)

Las figuras de usurpación protegen el dominio, la posesión y la tenencia legítimas que se ejercen sobre bienes inmuebles o la relación que existe entre el titular del derecho real y el derecho mismo. Su aspecto más discutible es la baja penalidad prevista frente a la de los atentados contra la propiedad mueble, justificada en la idea de que el riesgo real de perder la el bien inmueble para el derechohabiente es ostensiblemente menor que respecto de los bienes muebles, atendido el régimen registral de la posesión de los inmuebles. Sin embargo, se ha denunciado que esta diferencia entre el castigo por la usurpación y el de los hurtos y robos no sería más que un reflejo de clasismo, atendido el grupo social más propenso a cometer unos y otros y el momento histórico en que se estableció el Código.

#### *A) Tipicidad*

Autor del delito puede ser cualquier persona, incluso el dueño de la cosa si éste usurpa derechos reales o el ejercicio de una tenencia legítima constituidos sobre su propio bien. Sin embargo, como dispone el Art. 457, la ley no ampara al tenedor ilegítimo frente al propietario, salvo en cuanto éste pretenda la restitución del bien por medios violentos y aquél detente al menos un título aparente, casos en los cuales nos encontramos más bien ante un delito de realización arbitraria del propio derecho que ante uno de usurpación propiamente tal. Es discutible si los comuneros puedan o no ser sujetos activos de este delito, atendidas las disposiciones civiles existentes, encontrándose dividida la opinión: Labatut/Zenteno II, 220 rechaza esta posibilidad, mientras Garrido IV, 273 la afirma. Por su parte, la jurisprudencia tiende, de antiguo, a rechazarla (SCS 4.11.1918, RDJ XVI, 358). Víctima sólo puede ser el tenedor legítimo o el titular del dominio o un derecho real sobre el inmueble que se trate. La ley no protege al ocupante ilegítimo, que si es expulsado por un tercero diferente al dueño será víctima de los eventuales delitos que se cometan durante la expulsión, pero no de usurpación.

El objeto material del delito son los bienes inmuebles que materialmente se ocupan, concepto que para los efectos penales queda reducido básicamente a las tierras o heredades (Etcheberry III, 367). En cuanto a las minas, las reglas son algo diferente: si la ocupación de minas deriva de mensuras irregulares, tanto el perito mensurador como el que ocupa la parte del pedimento mal mensurada, cometen el delito especial del Art. 73 del Código de Minería. En cambio, el solo aprovechamiento de sustancias minerales no comprendidas en el pedimento, o derivado del internamiento en pedimentos ajenos, sin ocupación permanente, se considera por los Arts. 117, 139, 224 y 225 del Código de Minería como hurto o robo (según las circunstancias).

La conducta consiste alternativamente en ocupar una propiedad mediante “la invasión o entrada en él, seguida de la permanencia” (Etcheberry III, 368); o usurpar un derecho real constituido en ella, esto es, “sustituir al titular del mismo por un tercero que pasa a ejercerlo” (Garrido IV, 272), también de manera permanente. Excepcionalmente, existe una aislada sentencia —SCA Iquique 19.8.1918 (GT 1918, 323)— que castiga como usurpación la venta y transmisión por la vía registral de un bien inmueble ajeno, sólo explicable por un error en el Registro del Conservador de Bienes Raíces respectivo, hecho más bien cercano a la estafa que a esta figura en que se supone al menos no se pierde la posesión inscrita.

Respecto de la apropiación de las cosas que sirven a un predio y pueden ser separadas del mismo, como las plantas y sus frutos, los animales y los muebles que alhajan las edificaciones, adheridos o destinados al inmueble (v. Arts. 569 y 570 CC), en la medida que supongan su sustracción, deben entenderse constitutivas de los delitos de hurto o robo que correspondan. La afirmación de Labatut/Zenteno II, 220, en el sentido de que “si el apoderamiento se realiza conjuntamente con el inmueble a que adhieren o a que están destinados” no debiera castigarse separadamente, puede entenderse únicamente en el sentido que ese “apoderamiento” no sea apropiación, sino mero uso (como cuando los usurpadores hacen de los edificios ocupados su morada). Así, quien entra a cortar madera de un bosque ajeno en beneficio propio no usurpa, porque para ello es insuficiente la sola tala de un bosque, de manera que la conducta es punible a título de hurto (SCS 25.6.1927, GT 1-1927, 324); lo mismo que quien lo hace para “coger frutas y comerlas en el acto”, el que comete sólo la falta del Art. 496 N° 33.

En cuanto a la culpabilidad, tanto la ocupación como la usurpación parecen exigir, por su estructura típica, dolo directo, debido a que se encuentra implícito en la descripción típica un elemento subjetivo consistente en el aprovechamiento de la propiedad ocupada de manera más o menos permanente, que Etcheberry III, 369, califica como una forma de ánimo de señor y dueño.

Para efectos de la penalidad, distingue el legislador entre la usurpación violenta (Art. 457), y la no violenta (Art. 458). El Art. 457 inc. 1° castiga como autor

de un delito de ocupación violenta “al que con violencia en las personas ocupare una cosa inmueble” y al que “hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste, le repeliere”. Este es el típico caso de quien ocupa un inmueble haciendo uso de armas y sacando por la fuerza a las personas que allí se encuentran, o repele al dueño que exige el término de la ocupación iniciada en su ausencia. La violencia que caracteriza a la figura del inc. primero del Art. 457 debe entenderse referencialmente a lo ya explicado a propósito del robo simple, destacando eso sí que respecto a la usurpación sólo es relevante la violencia que se ejerce sobre las personas, según el texto legal, y no sobre las cosas. Los simples empujones, amenazas y aún la intimidación no constituyen la violencia que aquí se exige, sino formas de usurpación no violenta. Para Etcheberry III, 371, en cambio, al menos la intimidación debe considerarse dentro de la expresión “violencia” porque “produce exactamente los mismos efectos que ésta”, supuesto difícil de compartir pues también la fuerza en las cosas, e incluso la astucia y el engaño, pueden emplearse para “producir los mismos efectos”: obtener la ocupación. El argumento de que la equiparación de la violencia con la intimidación es constante en el Código, plausible en los casos en que no existe la figura no violenta (como sucede en el Art. 494 N° 20), no es aplicable en este caso, donde el hecho de todos modos se incrimina a título de usurpación no violenta.

Por su parte, el Art. 458 sanciona la ocupación no violenta, hecha en los mismos términos anteriores. Sin embargo, aquí no basta para configurar el delito la mera ocupación material del inmueble, es necesario también el despojo del derechohabiente, usando intimidación, astucia, engaño, etc., pues la simple ocupación sumada a la ignorancia o mera tolerancia del dueño no es delito, sino que constituye la figura civil del precario (Art. 2.195 inc. final CC).

En ambos casos, la pena de multa se aplica sin perjuicio “de las penas en que incurra por la violencia que causare”, regla concursal que produce el efecto de alterar el régimen concursal aplicable, haciendo obligatorio el del Art. 74, coincidentemente con la doctrina que propone el régimen de acumulación para los casos de concurrir un delito permanente (la usurpación) con uno instantáneo (las violencias). De haberse adoptado un sistema similar para los robos violentos, probablemente las críticas sobre el aspecto clasista de la regulación serían más atenuadas.

## §2. Realización arbitraria del propio derecho (real): usurpación del propietario (Art, 457, inc. 2°)

El inc. segundo del Art. 457 castiga con una multa inferior a la de la usurpación violenta, “sin perjuicio de las que correspondieren por la violencia causada”, al “dueño o poseedor regular” que “con violencia en las personas ocupare una cosa

inmueble o usurpare un derecho real” “contra el que posee o tiene ilegítimamente la cosa, aunque con derecho aparente”. Para dilucidar cuándo esta realización arbitraria es constitutiva de delito y los límites de la auto tutela no punible en estos casos, es necesario sistematizar el tratamiento penal de las situaciones posibles de usurpación del propietario:

- i) *El propietario usurpa un derecho real o su tenencia al legítimo tenedor, con o sin violencia*: en estos casos, no cabe duda de que el propietario comete alguna de las formas de usurpación del Art. 457 inc. primero o 458, pues su derecho como propietario no alcanza para despojar al tercero legítimo tenedor, cuya posición jurídica defiende la ley. Así, la SCS 27.5.1975 (RDJ LXXII, 154) castigó como usurpador del Art. 458 a un poseedor arrendador que reemplazó sin la voluntad del arrendatario los candados del local arrendado, durante la vigencia del contrato.
- ii) *El propietario expulsa al ocupante sin derecho aparente, con o sin violencia*: En estos casos, la ley penal no puede impedir que el propietario o legítimo poseedor ejerzan sus derechos de tales, que no se encuentran limitados por un tenedor ilegítimo, atendido lo cual estas conductas quedan al margen del delito en estudio. Cuando el titular legítimo restablece su derecho por medios no violentos (amenazas, astucia, engaño, etc.), no hace más que ejercerlo legítimamente, pues es un atributo del mismo su exclusividad con respecto de toda persona (Art. 577, inc. 1° CC). Se trata en tales casos de una forma de auto tutela no violenta permisible. La cuestión que se discute es si el despojo violento, y particularmente las lesiones o muertes que de él deriven —que ya no pueden considerarse ejercicio legítimo de un derecho de propiedad—, puede encontrarse o no amparado por la causal de justificación de legítima defensa de este derecho del Art. 10 N° 4, ya que, por regla general, la auto tutela violenta no parece tener cabida en nuestro ordenamiento. No obstante, nuestra doctrina mayoritaria estima que mientras exista la ocupación ilícita (se trata de una agresión permanente), tiene el dueño derecho a defender su propiedad, aun recurriendo a la violencia, cuando los ocupantes se resisten por la fuerza a hacer abandono del predio ajeno.
- iii) *El propietario usurpa un derecho real o su tenencia al ilegítimo tenedor con derecho aparente, sin violencia*: también en estos casos concuerda la doctrina nacional en que la auto tutela no violenta de un derecho, en este caso, la recuperación de una propiedad mediante actuar subrepticio, astucia, engaño, abuso de confianza, incluso amenazas, etc., no es punible, “ya que no hay razón para amparar un derecho que en verdad no existe”, como sería el del ilegítimo tenedor (Etcheberry III, 370). El empleo de amenazas es admisible en este caso, por cuanto ellas no constituyen las violencias de que habla el Art. 457, que son las violencias físicas que causan lesiones. Sin

embargo, ello puede acarrear responsabilidad a título de amenazas, pero no de usurpación, cuando constituya de por sí un delito. Pero la simple amenaza de iniciar acciones legales en contra del ocupante irregular no constituye delito, a menos que vaya acompañada de señalamiento de otros males diferentes a la ordinaria ejecución judicial, imponiendo o no la imposición de condiciones ilegítimas, esto es, diferentes a la simple restitución del bien que se trate. Con todo, subsiste en tal caso para el legítimo poseedor la posibilidad, según las circunstancias del caso, de alegar un estado de necesidad del Art. 10 N° 11, cuando la dilación propia de los procedimientos judiciales le signifique un grave mal que no pueda evitar de otra forma que recuperando su propiedad.

- iv) *El propietario usurpa un derecho real o su tenencia al ilegítimo tenedor con derecho aparente, con violencia*: este es el caso sancionado en el Art. 457 inc. 2°, y la razón de su sanción no es “amparar un derecho que no existe”, sino “impedir el ejercicio arbitrario del propio derecho” (Garrido IV, 273), y por lo mismo se puede considerar un delito más vinculado a la correcta administración de la justicia que a la protección de la propiedad inmueble, y cuyo paralelo puede encontrarse en el Art. 494 N° 20. Lo que aquí se sanciona es el ejercicio de la auto tutela violenta para solucionar un problema que debería resolverse por vías pacíficas o bien recurriendo a los tribunales. Por lo mismo, la ley prevé un castigo separado, conforme a las reglas del concurso real, para las lesiones o muertes que se causen en el ejercicio de la violencia, ya que tales atentados afectan bienes jurídicos no comprendidos en la sanción de este delito. Pero, como queda de manifiesto en la clasificación que hemos planteado, para aplicar esta figura es necesario que el tenedor ilegítimo tenga un derecho aparente, esto es, el que emana de un título cuya vigencia, alcance o validez sea discutible jurídicamente. Si el tenedor tiene un título que le da un derecho indiscutible, estará en la situación del tenedor legítimo, protegido a través de las figuras de los Arts. 457 inc. 1° y 458; y, en cambio, si carece de todo título, entonces lo indiscutible será su calidad de ocupante ilegítimo cuyo desalojo no es, en principio, punible.

### §3. DESTRUCCIÓN O ALTERACIÓN DE TÉRMINOS O LÍMITES (ART. 462)

Según el Art. 462, el “que destruyere o alterare términos o límites de propiedades públicas o particulares con ánimo de lucrarse, será penado con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”. Se trata de una forma especial de ocupar materialmente bienes inmuebles, que operará de manera alternativa a las figuras de los Arts. 457 y 458, atendiendo la

pena concreta a aplicar en el caso particular, de manera que no se produzcan absurdas contradicciones penológicas (hacer aparecer como más grave la ocupación de parte de una propiedad que la de su totalidad). Está manifiesto en el texto el ánimo de lucro y, por tanto, la exclusión del dolo eventual. En caso de concurrir violencias, rigen aquí las reglas generales concursales generales.

Su principal particularidad es que se trata de la única figura aplicable en caso de ocupación material de bienes nacionales de uso público, mediante la alteración de los límites de las propiedades particulares colindantes.

#### §4. USURPACIÓN DE AGUAS (ARTS. 459 A 461)

Los Arts. 459 a 461 sancionan diversas conductas que tienen en común consistir en la apropiación de aguas sobre las que no se tiene derecho alguno o se posee un derecho de contenido menor al que en los hechos ejerce. Lo que justifica el tratamiento en un tipo autónomo de la usurpación de aguas es su naturaleza de fluido (cuando corre por sus cauces, se encuentra en sus depósitos naturales, superficiales o subterráneos o circula en redes de agua potable o alcantarillado), que dificulta su consideración como cosa mueble, en el sentido penal, y su particular regulación constitucional, que las declara bienes de dominio público y sobre los cuales sólo pueden existir derechos de aprovechamiento y no propiedad, no pudiéndose a su respecto configurar el requisito de ser ajena, en el sentido de los Arts. 432 y ss. En efecto, el Art. 5° del Código de Aguas establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a particulares el derecho de aprovechamiento de ellas. La naturaleza de las aguas y el establecimiento de los derechos que los particulares pueden tener sobre ellas está conforme al diseño contenido en el texto constitucional vigente. De modo que el delito de usurpación de aguas debe ser entendido en referencia al concepto de “derecho de aprovechamiento” que es el derecho real que el titular tiene sobre las aguas, protegido a través del derecho de propiedad. La discusión acerca de si ese derecho se extiende a las aguas subterráneas, como objeto de protección penal, fue resuelta afirmativamente por la STC 13.8.2009, Rol N° 1281-08, sosteniendo que el concepto de aguas del CP es normativo y no puede diferir del general de la legislación, que estima las aguas superficiales y subterráneas como bienes nacionales de uso público.

El derecho de aprovechamiento también fija la extensión del derecho a usar de las aguas, lo que es importante, ya que el Art. 461 sanciona también a “los que teniendo derecho para sacarlas o usarlas se hubieren servido fraudulentamente, con tal fin, de orificios, conductos, marcos, compuertas o esclusas de una forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho”.

Según los diversos numerales del Art. 459 la conducta típica de la usurpación de aguas puede consistir en: a) sacar aguas directamente de represas, estanques u otros depósitos; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y apropiárselas para hacer de ellas un uso cualquiera (Nº 1); b) romper o alterar con iguales fines diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos (Nº 2); c) poner embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas (Nº 3); o d) usurpar un derecho cualquiera referente al curso de las aguas o turbar a alguno en su legítima posesión (Nº 4). Al respecto, cabe hacer notar que en el caso del tipo del Art. 459 Nº 2 el legislador ha castigado como delito consumado actos que sólo representarían una tentativa.

La penalidad del delito de usurpación de aguas es, como a de bienes inmuebles, una multa. Pero si la usurpación se hace con violencia en las personas, la pena es de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, si el culpable no mereciere mayor pena por las violencias que causa (Art. 460). Aquí, la voz violencia tiene idéntico significado al señalado respecto del delito de ocupación material de inmuebles: al menos se requiere lesiones menos graves.

Sin embargo, el régimen concursal es diferente: se aplica una regla de subsidiariedad expresa imponiéndose la pena de la usurpación de aguas sólo “si el culpable no mereciere mayor pena por las violencias” (Art. 460), en vez del concurso material de la usurpación de inmuebles.





## Capítulo 13

# PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD (IV): DELITOS DE DESTRUCCIÓN SIN ENRIQUECIMIENTO

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Los delitos de incendios y otros estragos están regulados en el §9 del Tít. IX, dentro de los delitos contra la propiedad. Tal como lo pone de manifiesto Etcheberry III, 461, el “estrago es daño de gran magnitud, causado por un medio de elevado poder destructivo”. A través de este concepto, queda claro que el delito de incendio no es más que una especie de estrago, diferenciada por el medio empleado para causarlo: el fuego. Y aunque en ambos casos el resultado buscado por el autor es la destrucción de objetos materiales —sin que exista enriquecimiento para sí—, existe un relativo acuerdo en la doctrina en que la propiedad, es decir, la relación que existe entre una persona y un bien sobre el cual ejerce las facultades que la ley le entrega, no es el único bien jurídico protegido, siendo esta clase de delitos de aquéllos de carácter pluriofensivo, donde prevalece el daño que sufren o el peligro que corren las personas (Labatut/Zenteno II, 239). Por su parte, Garrido IV, 399, reconoce como bienes protegidos los bienes materiales mismos y el peligro para la seguridad colectiva.

### §2. FIGURA BÁSICA: INCENDIO (ART. 477)

El legislador ha establecido una figura básica de incriminación del delito de incendio, que se encuentra en el Art. 477, donde se sanciona al “incendiario de objetos” no comprendidos en las figuras calificadas que serán analizadas más adelante.

El verbo rector del tipo es incendiar, el que debe ser entendido en su sentido natural, es decir, como la acción de prender fuego a algo que no debería quemarse, como lo define el Diccionario. Pero, para distinguir el simple poner fuego del hecho de causar un incendio, el fuego que se provoca debe ser de tal modo descontrolado que aun retirando o apagando las llamas iniciales puede seguir ardiendo autónomamente. Luego, no consiste en quemar de cualquier manera, sino que en un provocar un fuego que no puede ser apagado con facilidad por cualquiera, sino recurriendo a medios extraordinarios como los cuerpos de bomberos o esperando hasta su extinción autónoma.

Para fijar la penalidad en este caso, la ley atiende al daño que el incendio produce en cosas ajenas, pero ello no significa que el incendio causado en cosas propias sea siempre impune, pues el daño en las cosas ajenas se puede producir también cuando el incendio se ha originado en las propias (Etcheberry III, 471).

### A) *Culpabilidad*

En principio, en todas las figuras de incendio sólo se establece la punibilidad a título doloso (directo o eventual), excluyéndose siempre las hipótesis culposas en lo que concierne a la producción del incendio como tal. Sin embargo, el Art. 495 N° 21, al permitir el castigo como falta de los daños culposos, permite incluir aquí también el de los incendios culposos, en virtud de la remisión de los Arts. 478 y 484. Además, fuera del Código penal el Art. 23 ter de la Ley de Bosques castiga especialmente al que por imprudencia o negligencia en el uso del fuego u otras fuentes de calor en zonas rurales o en terrenos urbanos o semiurbanos destinados al uso público produce un incendio que afecte bosques, mieses, pastos, montes, cierros, plantíos o formaciones xerofíticas de aquellas definidas en la Ley N° 20.283, ganado, construcciones u otros bienes pertenecientes a terceros o afectare gravemente el patrimonio forestal del país.

Además, con relación a los graves resultados que se señalan en el inc. primero del Art. 474, la ley concede que éstos puedan atribuirse a título de culpa y no de dolo, al hacer únicamente exigible que la presencia de las personas afectadas por el fuego sea previsible.

### B) *Iter criminis*

En materia de *iter criminis* el delito de incendio permite apreciar todas las etapas de su desarrollo con relevancia jurídico-penal. Si se parte de la base que el delito de incendio es un delito de peligro concreto debe exigirse una real sensibilización de los bienes jurídicos protegidos, por lo que la sola presencia del fuego no es suficiente para estimar la consumación del delito. El momento consumativo se producirá cuando “el fuego tome cuerpo y se produzca un verdadero abrasamiento que escapa al control del hechor” (Labatut/Zenteno II, 240). Luego, la tentativa en el incendio se refiere a un momento anterior a poner fuego o pegar fuego a la cosa y finaliza cuando el sujeto se dispone a pegar fuego al objeto que desea incendiar. Mientras que el delito será frustrado en la medida que el fuego sea puesto en la cosa, pero por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, éste se extinga (p. ej.: una fuerte lluvia que apague el fuego).

Particular importancia tiene en estos delitos el desistimiento, para cuya operatividad como causa de exclusión personal de la pena basta con que el autor del

fuego lo apague por su propia voluntad antes de su consumación, esto es, antes de que el abrasamiento escape a su control (SCS 18.6.1936, GT 1936-I, 273).

Por su parte, el Art. 481 ha establecido la punibilidad de un acto preparatorio, o más bien, de un hecho previo punible (ya que no consiste en la proposición o en la conspiración para cometer el delito), donde se prescribe que el que “fuere aprehendido con artefactos, implementos o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar alguno de los estragos expresados” será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio; “salvo que pudiendo considerarse el hecho como tentativa de un delito determinado debiera castigarse con mayor pena”. Se trata de uno de esos casos en que ciertos actos que no llegan a constituir tentativa se hacen —por decisión del legislador— punibles, y que luego son absorbidos por la realización progresiva del delito, cuando se efectúa, como el de porte de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos conocidamente destinados para efectuar el delito de robo (Art. 445) y el de portar armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales del Art. 448 quáter, por lo que se le aplican las mismas consideraciones hechas valer respecto de estos delitos, incluyendo la prevención de su potencial resurgimiento para el castigo de quien, p. ej., con los medios peligrosos que aquí se señalan, da comienzo a un incendio y después se desiste exitosamente de él (la llamada tentativa calificada), pues el riesgo del porte de tales elementos subsiste como fundamento de la punibilidad.

### *C) Presunciones de autoría (Art. 483)*

Según esta disposición, “se presume culpable de incendio el comerciante en cuya casa o establecimiento tiene origen aquél, si no justificare con sus libros, documentos u otra clase de prueba, que no reportaba provecho alguno del siniestro”; aquel “cuyo seguro sea exageradamente superior al valor real del objeto asegurado en el momento de producirse el siniestro”; y al que “en todo o en parte ha disminuido o retirado las cosas aseguradas del lugar señalado en la póliza respectiva, sin motivo justificado o sin dar aviso previo al asegurador” (Art. 483).

Estas normas, al establecer presunciones simplemente legales de autoría, deben entenderse limitadas del mismo modo que las de los Arts. 450 y 454, pues no pueden impedir una defensa contraria ni obligar a una condena sin una previa valoración de los medios de prueba aportados. La propia ley señala que su existencia “no obsta a la apreciación de la prueba en conciencia”. Además, en cuanto a su literalidad, su interpretación se ha limitado afirmando que la casa del comerciante no se refiere al lugar donde tiene su residencia particular, sino que donde ejerce su actividad comercial; y que la presunción sólo rige para el delito consumado (*Repertorio*, 475).

Como puede verse con mayor claridad ahora que existe el delito de fraude de seguros del Art. 470 N° 10, este Art. 483 lo que a través de estas presunciones se pretendía castigar, por una vía algo rebuscada, era precisamente una defraudación de esa naturaleza: declarar falsamente la causa del siniestro para cobrar un seguro. Y es por ello que a dicha figura, en concurso material con la del incendio, deben reconducirse estos hechos, si existen evidencias en el juicio, más allá de la pericia contable en los libros del comerciante o del valor de la póliza, de que ha sido el comerciante y no un tercero el autor del incendio.

#### D) Concursos

Cuando el incendio es un medio que elige el autor para cometer otro delito, como un homicidio, p. ej., no parece razonable que el delito de lesión a un bien jurídico determinado desplace al de peligro común que constituye el incendio. Esa es la razón por la cual el legislador ha previsto las figuras calificadas de los Arts. 474 a 476 y éstas desplazarán a los delitos específicos que mediante el incendio se intenten cometer, siempre que su pena sea superior, pues de ser superior la pena del delito intentado, entonces ésta debiera resurgir para castigarse el hecho de conformidad con el Art. 75. De otro modo, el peligro común que representa el delito de incendio quedaría sin consideración. Sin embargo, dadas las graves penas que los Arts. 474 a 476 imponen en estos casos, es difícil que se llegue a supuestos concretos en que sea necesario recurrir a este resurgimiento (quizás pudiera ser en los casos que se cometen parricidios y asesinatos por esta vía, dado que las penas son superiores o iguales).

La mayor fuente de conflictos concursales de estos delitos estaba en la antigua formulación de la Ley de Sobre Control de Armas, en la Ley de Sobre Conductas Terroristas y en la Ley de Seguridad del Estado, donde el incendio (y los elementos que lo causan) aparecen especialmente regulados. Sin embargo, la reformulación de la Ley Sobre Control de Armas ofrece una solución concursal propia (acumulación material) y, además, una regla de determinación de la pena especial para el delito de incendio o estragos cometido con elementos sujetos a su control, que obliga al juez a individualizar el castigo penal dentro del grado o grados de la pena fijados por la ley, sin poder recurrir a las rebajas penológicas que la acumulación de circunstancias atenuantes prevé en los Arts. 65 a 68 bis.

Para los eventuales casos no cubiertos por las nuevas reglas de la Ley Sobre Control de Armas, atendido que la penalidad de todas las disposiciones potencialmente concurrentes se establecen por diferentes razones, para evitar un *bis in ídem*, debemos aplicar el principio de especialidad, subsidiariedad o alternatividad, según corresponda, determinando caso a caso cuál figura establece mayor sanción, a fin de evitar que el concurso de agravaciones o la aparente “especiali-

dad” de una agravación más simple, produzcan el inesperado efecto de atenuar la pena, a pesar de estar en juego más bienes jurídicos protegidos.

### *E) Penalidad*

El Art. 477 atiende al valor del daño producido para determinar la penalidad del delito. En general, el marco penal es extenso, ya que recorre desde el presidio menor en su grado mínimo al presidio mayor en su grado mínimo, es decir, desde 61 días a 10 años, según el daño causado, teniendo como límite mínimo el daño mayor a una unidad tributaria mensual. Si el daño es menor a esa cantidad, el hecho se castiga como falta del Art. 495 N° 21, la que, curiosamente, también contempla, como ya se dijo, el castigo de toda forma culposa de incendios, con independencia de su cuantía y siempre que el hecho no tenga mayor pena, como sucede en el caso del Art. 22 ter de la Ley de Bosques.

### **§3. INCENDIOS CALIFICADOS EN ATENCIÓN A LA NATURALEZA DEL LUGAR EN QUE SE PRODUCE (ART. 475 N° 2 Y 476 N°S 3 Y 4)**

En el caso del Art. 475 N° 2, la pena asignada a la figura básica aumenta a presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si los lugares incendiados son “buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, en buques de guerra, arsenales, astilleros, almacenes, fábricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables, parques de artillería, maestranzas, museos, bibliotecas, archivos, oficinas o monumentos públicos u otros lugares análogos a los enumerados”.

De entre los lugares en que se realiza el incendio deben distinguirse dos grupos: el primero, representado por el valor intangible que tienen los bienes culturales (museos, bibliotecas, archivos o monumentos públicos) y aquellos que cumplían, según la visión de la época del Código, un rol esencial de uso público o de utilidad general (oficinas públicas). Y el segundo, lugares en que el incendio significa, además, peligro para las personas (buques mercantes cargados con objetos explosivos o inflamables, arsenales, astilleros, almacenes, maestranzas, fábricas o depósitos de pólvora o de otras sustancias explosivas o inflamables y parques de artillería). En ambos casos, es claro que no es sólo la propiedad de terceros el objeto lesionado, sino también otros valores, como la cultura, el buen funcionamiento del estado y la seguridad de las personas, tomando forma el delito de incendio como de peligro común respecto de tales intereses.

Por otra parte, la pena de la figura básica aumenta a presidio mayor en cualquiera de sus grados cuando se incendian bosques, mieses, pastos, montes, cierros,

plantíos o formaciones xerofíticas de aquellas definidas en la Ley N° 20.283 (Art. 476 N° 3) o se provoque un incendio que afectare gravemente las condiciones de vida animal o vegetal de un Área Silvestre Protegida (Art. 476 N° 4). En estos casos, las penas se aumentan por la especial protección que el legislador quiere dar al medio ambiente en general y a los bosques y demás elementos vegetales del mismo que menciona. Se piensa en el fenómeno de los incendios forestales y por eso la misma Ley N° 20.653, de 2 de febrero de 2013, que modificó el N° 3 del Art. 476 e incorporó su actual N° 4, reguló nuevamente los delitos de incendio comprendidos en la Ley de Bosques, penando especialmente el empleo ilegal del fuego, la roza a fuego, el uso imprudente del mismo y encenderlo en lugares no habilitados dentro de las Áreas Silvestres protegidas (Arts. 22, 22 bis y 22 ter).

#### **§4. FIGURAS CALIFICADAS EN ATENCIÓN AL PELIGRO QUE EL INCENDIO IMPORTA PARA LAS PERSONAS (ARTS. 475 N° 1 Y 476 N°S 1 Y 2)**

Aquí debe distinguirse el incendio en lugar habitado (Art. 475 N° 1) del incendio en lugar no habitado (Art. 476). Por incendio en lugar habitado se entiende el que se ejecutare en “edificios, tren de ferrocarriles, buque o lugar habitado o en que actualmente hubiera una o más personas, siempre que el culpable haya podido prever tal circunstancia” la pena asignada es presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo. Por lugares no habitados entienden, para estos efectos, el edificio destinado a servir de morada, que no estuviere actualmente habitado (Art. 476 N° 1), y el de cualquier edificio o lugar, dentro de un poblado, aun cuando no estuviere destinado ordinariamente a la habitación, por el riesgo que ello conlleva a las demás personas que habitan el poblado (Art. 476 N° 2).

#### **§5. FIGURAS HÍPER CALIFICADAS POR EL DAÑO QUE SUFREN LAS PERSONAS (ART. 474)**

Este tercer grupo de figuras corresponde a la calificación más grave del delito de incendio, por la entidad de los bienes jurídicos en juego: la vida o la integridad corporal de las personas que sufren daño con el delito de incendio. El Art. 474 castiga con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo “al que incendiare edificio, tren de ferrocarril, buque u otro lugar cualquiera, causando la muerte de una o más personas cuya presencia allí pudo prever” y también “cuando del incendio no resultare muerte sino mutilación de miembro importante o lesión grave de las comprendidas en el número 1° del artículo 397”.



El inc. 3° de dicha disposición contempla una figura diferente, donde se castiga con la pena inferior en un grado (presidio mayor en su grado medio), al que cause un incendio “si a consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro”.

De la redacción de los dos primeros incisos del Art. 474 se desprende que el tipo calificado requiere, al menos, de culpa (con o sin representación) respecto de la muerte, de las mutilaciones o de las lesiones (la previsibilidad de que habla la ley). De lo contrario, estaríamos en presencia de una figura calificada por el resultado en la que el sujeto respondería de la producción de un resultado causal no imputable subjetivamente, produciéndose una infracción al principio de que no hay pena sin culpabilidad, derivado de la prohibición constitucional de prohibir de derecho la culpabilidad en materia penal (Art. 19 N° 3 CPR).

Si el dolo del agente se encaminaba a producir la muerte y para ello se ha valido del incendio, su conducta es punible a título de incendio agravado de este Art. 474, por su mayor penalidad frente al homicidio, más la agravante del Art. 12 N° 3, a menos que el hecho pueda castigarse más severamente a título de parricidio u homicidio calificado, agravado por la circunstancia del incendio. Por el contrario, si el dolo sólo se dirigía a la producción del incendio, a resultas de lo cual se produce daño a alguna persona cuya presencia no pudo preverse, la conducta es sólo punible a título de incendio en lugar habitado o no habitado, según corresponda. Pero si la presencia de la persona afectada era previsible para un observador (hombre medio) situado ex-ante en la posición del que causa el incendio, éste responderá a título del Art. 474, por ser doloso el incendio y al menos existir culpa respecto del resultado más grave que la ley quiere evitar.

En cuanto a la figura del Art. 474, inc. final, al imponer la ley la pena de presidio mayor en su grado medio (el grado inferior de la del inc. primero), sólo “si a consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro”, la ley reconoce que la situación subjetiva del autor del incendio respecto de los daños a las personas es diferente a la del caso anterior (no se exige siquiera previsibilidad), estableciendo la existencia de muerte o lesiones graves en las personas como condiciones objetivas de punibilidad de un hecho extremadamente peligroso: el incendio causando explosiones. Por lo mismo, aunque los resultados contra las personas no deben ser abarcados por el dolo o culpa del agente, para no transformar este hecho en un delito calificado por el resultado, cuya admisibilidad es de dudosa constitucionalidad, debemos exigir que al menos respecto de las explosiones ocasionadas por el incendio el autor actúe con un grado de conocimiento y previsión equivalente al exigido en el inc. 1°, respecto de las personas presentes (dolo o culpa). Por lo tanto, si las explosiones derivan de una condición absolutamente imprevisible para el autor del incendio, le serán

aplicables las restantes figuras de este párrafo, pero no ésta del Art. 474, inc. final, aunque se produzcan los resultados que allí se señalan.

Hay que hacer notar a este último respecto, que en las *Actas* (Sesión 103, 191) dejó expresa constancia que, en esta clase de delitos, el agente no responde del daño que sufran personas que voluntariamente se exponen al peligro, ingresando al lugar del incendio a extinguirlo.

### §6. ESTRAGOS (ART. 480)

El Art. 480 dispone que “incurrirán respectivamente en las penas de este párrafo los que causen estragos por medio de sumersión o varamiento de nave, inundación, destrucción de puentes o máquina de vapor, y en general por la aplicación de cualquier otro agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados”.

La conducta típica del delito no es autónoma, ya que ella ha sido descrita en relación con las del delito de incendio en sus diferentes formas, atendiendo también a si se ha producido sólo un daño a terceros o si también se ha puesto en peligro la vida y la integridad corporal de terceras personas. La diferencia con el delito de incendio radica en el medio empleado (el estrago) para producir el daño, el que se debe ser diferente del fuego propio del incendio.

Las penas, al igual que la conducta también se determinan en relación con las previstas para el delito de incendio. En consecuencias, las especiales consideraciones respecto a la culpabilidad y los concursos hechas en relación con el delito de incendio, son también aplicables a este delito.

### §7. DAÑOS (ARTS. 484 Y 487)

El delito de daños también es de aquéllos en los que el agente pretende ocasionar una disminución patrimonial en otro, sin que él obtenga provecho o enriquecimiento, pero al contrario de los vistos en los apartados anteriores, aquí no existe peligro para las personas y el único bien jurídico protegido es la propiedad.

El daño en cosa propia no está castigado, porque la propiedad es un derecho esencialmente disponible. Por otra parte, si el agente tenía intención de aprovecharse pecuniariamente de la destrucción o el deterioro, la presencia del *animus rem sibi habendi* desplaza la tipicidad de la conducta a la del delito de hurto.

La conducta típica está descrita en el Art. 484, en relación con el Art. 487, declarando punibles a título de daños simples todos los que no lo sean a título de daños calificados u otra de las formas específicas, y su pena será la de reclusión

menor en su grado mínimo o multa. Se trata, en realidad, de la descripción de un resultado: la destrucción, el deterioro, el perjuicio o el menoscabo de una cosa ajena, no comprendida en el incendio o en el delito de estragos. Y también de una figura residual frente a los incendios y estragos.

### ***A) Daños calificados (Art. 485)***

Las figuras calificadas de delito de daños están establecidas en el Art. 485 y en ellas se sancionan los daños de acuerdo con el monto del perjuicio que la conducta produce en atención a las circunstancias empleadas para producirlo o el objeto sobre el que éste recae. Entre las formas especialmente graves de dañar, podemos mencionar la producción por cualquier medio de infección o contagio de animales o aves domésticas, por el daño producido en archivos, registros, bibliotecas, museos públicos, puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público, etc. También la actuación “en cuadrilla” es fundamento de la agravación, entendiéndose por la que requiere la concurrencia de tres o más malhechores.

### ***B) Falta de daños causados por ganado (Art. 497)***

El daño que es causado por ganados no se comprende dentro de las figuras del §10 Tít. IX L. II, por excluirlo expresamente el Art. 487, que remite a la falta del Art. 497. Para evitar la perplejidad que produciría el suponer que aquí se castiga al dueño del ganado sólo por la producción del daño, debemos relacionar esta figura con la del Art. 495 N° 21, que castiga también como falta el cuasidelito de daños. De allí podemos concluir lo siguiente: a) si el ganado causa daños en heredad ajena cerrada, por negligencia de su dueño, se comete la falta del Art. 497; b) si el ganado causa daños en heredad ajena, abierta, esto es, sin cercos que impidan su entrada, por negligencia de su dueño, el Código asume que la responsabilidad por la imprudencia del dueño del ganado se “compensa” con la del dueño de la heredad que no la cierra, y por tanto, no impone pena alguna a aquél, sin perjuicio de las acciones civiles correspondientes; y c) si el ganado causa daño en heredad ajena, cerrada o abierta, por iniciativa de su dueño (como instrumento de comisión del delito), se castigarán los daños producidos conforme las reglas generales del §10 Tít. IX Libro II.

### ***C) El delito de incendio-daños (Art. 478)***

El Art. 478 considera como delito de daños, punible conforme las reglas del §10 del Tít. IX Libro II, la aplicación de incendio a chozas, pajar o cobertizo deshabitado o a cualquier otro objeto cuyo valor sea inferior a cuatro sueldos

vitales, en tiempo y circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación. Las sucesivas modificaciones incorporadas al texto el por las leyes N<sup>o</sup>s 19.456 y 19.501, han dejado a esta disposición sin aplicación, atendido lo dispuesto en el Art. 477 con relación a la falta del Art. 495 N<sup>o</sup> 21: si el incendio de los objetos que señala el Art. 478 importa un daño que excede de una unidad tributaria mensual, se aplica lo dispuesto en el Art. 477, y si es inferior, lo señalado en el Art. 495 N<sup>o</sup> 21. Ahora bien, si el incendio de chozas, pajar o cobertizos pone en riesgo la seguridad de personas que se encuentren en ellos, debe castigarse conforme a las reglas generales del incendio. Por tanto, su aplicación es hoy en día imposible legalmente.

#### D) El “*cuasidelito de daños*” (Art. 495 N<sup>o</sup> 21)

En lo relativo a la culpabilidad, el delito de daños sólo reconoce su forma dolosa, aunque por excepción, el Art. 333 contiene un tipo penal que sanciona los daños culposos, norma de casi nula aplicación práctica en atención al desuso en que ha caído el servicio del telégrafo y a que las comunicaciones se desarrollan hoy en día, principalmente, a través de medios inalámbricos. Sin embargo, la disposición del Art. 495 N<sup>o</sup> 21 llama la atención acerca del absurdo que se produciría al castigar únicamente los daños culposos de menos de 1 UTM y dejar impunes los de más de esa cantidad. La solución a este problema consiste en considerar que todo daño culposo que no esté expresamente penado por la ley debe castigarse a título de daño falta del Art. 495 N<sup>o</sup> 21, por cuanto todo daño superior a 1 UTM comprende el daño de hasta 1 UTM, siendo plenamente aplicable a esa cuantía la disposición que castiga el cuasidelito de daños-falta (Sánchez G., Víctor (2001), *Los delitos de daños en la jurisprudencia*, Tesis U. Talca). El inc. final del Art. 495 parece confirmar esta interpretación, al fijarse el valor de la multa o imponer como uno “equivalente al valor” del “daño causado”, “aunque exceda de una unidad tributaria mensual”.

## Capítulo 14

# PROTECCIÓN PENAL DE LA FE PÚBLICA. FALSEDADES DOCUMENTALES

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Tít. IV del Libro II del Código lleva como epígrafe “Delitos contra la fe pública, falsificaciones, falso testimonio y perjurio”. Aunque no existe una disposición constitucional que haga expresamente referencia a la falsedad o a la fe pública, el correcto funcionamiento de las instituciones de la República y de la vida civil supone que las informaciones que emitan los empleados públicos y las comunicaciones entre particulares sean objetivamente verdaderas: el recuento de votos, las designaciones, las sentencias judiciales, las resoluciones administrativas, los registros de propiedad, los contratos, las cuentas, etc., carecerían de valor y sentido si no existiera la posibilidad de contrastar su contenido con datos o hechos empíricos que permitan afirmar su existencia y veracidad. Por tanto, no es posible que el Estado cumpla su misión de “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible” (Art. 1º CPR), garantizar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de cada cual (ART. 19 N° 3 CPR), la libertad económica (ART. 19 N° 23) y el disfrute del derecho de propiedad (ART. 19 N° 24), entre otros derechos involucrados, si no puede garantizar al menos la fidelidad de las informaciones que constan en los instrumentos en que se materializan esos derechos, el ordenado flujo monetario y la veracidad de las órdenes y disposiciones de la autoridad, esto es, la fe pública, *publica fides*, o confianza derivada de la garantía de autenticidad que da el Estado, sin la cual el tráfico jurídico sería impensable.

Característica común de los delitos que aquí se han previsto es el medio de comisión: la falsedad (falsificación de moneda, billetes de banco, estampillas, documentos públicos y privados y hasta el falso testimonio y el perjurio). Pero evidentemente los objetos sobre que recae tal falsedad y consecuentemente la entidad y las especificaciones del interés general en la veracidad del tráfico jurídico son diversos y, por ello, su tratamiento dogmático también lo es. Así, si se trata de la falsificación de monedas y billetes, el bien jurídico tutelado es la fiabilidad, la seguridad del tráfico de dinero, la libertad económica que en él se funda, y aunque el Código es pródigo en disposiciones relativas a esta clase de falsificaciones (Arts. 162 a 171), lo cierto es que ellas son aplicables solamente a las monedas metálicas y billetes de bancos existentes en 1874, pues respecto del dinero circulante en la actualidad (papel moneda), la disposición punitiva no se encuentra aquí, sino en el Art. 64 de la Ley Orgánica del Banco Central de Chile N° 18.840 de 10.10.1989,

que castiga con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo al que “fabricare o hiciere circular objetos cuya forma se asemeje a billetes de curso legal, de manera que sea fácil su aceptación en lugar de los verdaderos”. Con todo, permanecen vigentes las disposiciones de los Arts. 172 y 173 CP, para la sanción de la falsificación de billetes extranjeros.

En cambio, en la falsedad documental se protege primordialmente la fiabilidad, la seguridad del tráfico jurídico, en particular el valor probatorio de los documentos que, a diferencia de la expresión oral, tienen la garantía de “fijeza”, SCS 23.12.1966 (RDJ LXIII, 447), aunque también los intereses del afectado, cuyo nombre se utilizó abusivamente o al que se le dio un documento inutilizable, etc. Estos son los delitos que abordaremos en el presente capítulo.

## §2. FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS O AUTÉNTICOS (ARTS. 193 Y 194)

Los Arts. 193 y 194 describen este delito, distinguiendo, para efectos penológicos, entre la falsedad cometida por empleados públicos y por particulares, respectivamente. Las diversas formas en que la falsificación tiene lugar se describen detalladamente en el Art. 193, que establece ocho modalidades de falsificación, casuística puede reducirse a tres casos, dos de los cuales son falsificaciones en sentido propio: la falsedad material o real, consistente en forjar un documento inexistente o hacer adulteraciones físicas sobre uno existente (Art. 193, N<sup>o</sup>s 1, 5 y 6); y la falsedad ideológica, que consiste en faltar a la verdad en el otorgamiento de un documento formalmente verdadero (Art. 193, N<sup>o</sup>s 2, 3, 4 y 7). En cuanto al tercer caso, la llamada falsedad por ocultación (Art. 193 N<sup>o</sup> 8), lo estudiaremos separadamente dadas sus especiales características.

### *A) Tipicidad*

#### **a) Autoría y participación**

Autor de este delito puede ser tanto un empleado público como un particular, diferenciándose únicamente en el régimen penológico: el empleado público recibe las penas del Art. 193 y el particular, las del 194. La definición de empleado público del Art. 260 no es aplicable directamente a este delito, pero es posible sostener que aquí como allí la ley se refiere a quien tiene por ley la función de dar fe pública de la emisión de documentos públicos o auténticos, aunque no sean de nombramiento del Presidente de la República, ni reciban sueldo del Estado. Entre nosotros, el Art. 399 COT señala como ejemplo característico de empleado de esta naturaleza, que no recibe sueldo del Estado, a los notarios, definiéndolos como

“ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende.”

A pesar del claro tenor del Art. 194, que sanciona con una pena inferior a la prevista para el empleado, al particular que “cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior”, se ha suscitado una discusión acerca de si los particulares podrían o no cometer, en la realidad, una falsificación ideológica, esto es, de la alteración del sentido del documento faltando a la verdad en lo que las partes declaran, su fecha o la identificación de los intervinientes. Al respecto tanto la mayoría de los autores como nuestra jurisprudencia tiende a excluir a los particulares como sujetos activos de dicha clase de falsificación, alegando que ellos no tendrían el deber de ser veraces en el otorgamiento de un instrumento cualquiera (*Repertorio*, 234). Últimamente, además, por influencia de Cury (2005, 647), se acepta también la idea de que, si estos delitos son propiamente de infracción del deber, entonces cualquiera sea la forma de intervención en ellos de un particular (incluyendo la inducción del Art.15 N° 2), sólo podría castigársele como cómplices (SCS 15.7.2009, *Repertorio*, 234). Sin embargo, la literalidad del Art. 194 no permite estas distinciones que, además, no son necesarias para diferenciar la responsabilidad del empleado público frente al particular. En efecto, la pena privilegiada de simple delito que para el particular se dispensa aquí, frente a la de crimen que el Art. 193 prevé para el empleado público, refleja las diferentes posiciones jurídicas de ambos, sin excluir a ninguno de la penalidad, pues ella no se fundamenta exclusivamente en la infracción de un deber funcionario, sino en el peligro que para el tráfico jurídico importa la circulación de documentos aparentemente públicos o auténticos, pero falsos. Ello explica por qué, en más de un caso, se admite la autoría de particulares en falsificaciones ideológicas, como el de quien cambió las muestras de sangre sobre las que se practicaban exámenes de alcoholemia, para que de este modo el informe apareciera negativo, afirmando la SCA Puerto Montt 19.3.1991 que ello constituía una forma de falsedad ideológica, cometida por particulares, mediante el engaño de que se hacía víctima al funcionario público que —desconociendo el hecho del intercambio de las muestras— emitía el informe de alcoholemia a nombre de una persona diferente de aquélla de quien provenía la muestra analizada (en *Revista de Derecho de la U. de Concepción*, N° 189 (1991), 34s., con un comentario crítico de la profesora J. Sanhueza, quien considera se debió aplicar la doctrina tradicional y absolver a los acusados). Otra sentencia que reconoce la posibilidad de la comisión de una falsedad ideológica por parte de particulares entendió que existía este delito si se señalaba en la demanda un domicilio falso de la demandada (o se indicaba que éste se desconocía), pues el expediente es un instrumento público (SCA Santiago 11.12.1996, GJ 198, 118). Por otra parte, la aceptación de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias del delito de falsificación de instrumen-



tos públicos cometido por particulares, consistente en el forjamiento íntegro de un instrumento que aparezca como verdadero, no hace sino reafirmar la posición que aquí se defiende, en el sentido de que un particular sí puede cometer faltar a la verdad en las declaraciones que estampa en un instrumento (SCS 11.11.1949, *Repertorio*, 232). Otra cosa es que ese forjamiento sea tan burdo y grosero que no pueda afectar la fe pública, al ser reconocible por cualquiera la falsedad, caso en el cual es posible absolver por este título (SCS 13.8.2003, *Repertorio*, 231). Por ello, la posición de Etcheberry IV, 170, al rechazar la punibilidad del forjamiento salvo la eventual posibilidad de su castigo “por vía indirecta”, siempre que en él se haya intentado imitar o contrahacer firma, letra o rúbrica de un funcionario existente, aunque errada, es coherente, lo mismo que la SCS 24.8.2001, donde se recoge esta tesis (esta sentencia es reproducida y criticada por Ruiz P., Guillermo (2000), *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 2, 417-429).

Distinto es el caso en que, dando cuenta de la verdad de las declaraciones de los intervinientes y sin ejecutar ninguna alteración material, el empleado público tome parte o colabore en la comisión del delito que se ejecuta mediante el documento que se trate, p. ej., la celebración de un contrato simulado (Art. 466 inc. 2°), el abuso de firma en blanco (Art. 470 N° 3), una estafa (Arts. 468 y ss.), etc. Aquí estamos ante un problema puramente probatorio y no teórico, pues no existe para nadie, y menos para un empleado público, un derecho ni un deber de participar en un delito que permita fundamentar una especie de defensa por ejercicio legítimo del cargo o, como se sostiene ahora, de acciones neutrales. En efecto, si se acredita que el empleado en cuestión está concertado para tomar parte en la confección del documento que se trate, responderá como autor del mismo, según el Art. 15 N° 1. Sólo la especial exigencia del actuar con abuso de su oficio excluye, por falta de dolo, la posibilidad de suponer complicidad del empleado por el mero conocimiento del contenido del instrumento, a menos que sea tan evidente en el mismo su contenido delictivo que cualquiera pueda notarlo, como sucedería si pidiera autorizar una escritura con intereses mensuales de un 100% mensual, en momentos que el máximo convencional no excede el 10%, caso en el cual podría plantearse la posibilidad de un cooperación punible a título de complicidad (Art. 16).

Finalmente, salvo los casos en que la falsificación se emplea como medio para defraudar a otro, o se emplea su nombre o se le perjudica de cualquier manera, se trata de un delito que no tiene víctima en el sentido del Art. 108 CPP, pues se afecta principalmente un interés colectivo.

## **b) Objeto material: documentos públicos**

En un sentido amplio, instrumento o documento es todo objeto que materializa un pensamiento, una cosa corporal en la que está fijada la exteriorización de una idea. La fijeza permite realzar su valor probatorio respecto de un testimonio



oral. Pero el concepto de documento a que se refieren los párrafos 4° y 5° del Tít. IV, son los documentos escritos, cualquiera sea su soporte, mientras exista en ellos fijeza. Aunque existen medios de representación del pensamiento que poseen eficacia probatoria a veces mayor que la escritura, como la fotografía, la cinta cinematográfica, una grabación, etc., nuestra ley se refiere a los documentos escritos: en palabras de Labatut/Zenteno II, 53, todo escrito, firmado o reconocido por una persona que consigna hechos de los cuales derivan consecuencias jurídicas. La opinión de Etcheberry IV, 156, quien ofrece un concepto amplio de instrumento, que abarca otros objetos no considerados por la doctrina mayoritaria (fotocopias alteradas, suplantación de fotografías, etc.), valiosa de *lege ferenda*, no tiene, sin embargo, correspondencia con la actual redacción del CP.

Sin embargo, el Art. 193 CP no se refiere a toda clase de documentos suscritos o reconocidos por empleados públicos, sino en particular a los documentos públicos o auténticos, esto es, a los que dan cuenta de la existencia, modificación o extinción de alguna obligación (y los derechos correlativos) y han sido autorizados “con las solemnidades legales por competente funcionario” (Arts. 1698 y 1699 CC).

Respecto de otros documentos suscritos por empleados públicos o por particulares actuando en ciertas calidades que invocan la fe pública (como los que emiten los facultativos) y que certifican o dan cuenta de hechos o actos que, por sí mismos, no crean, modifican o extinguen obligaciones, la sistemática original del Código reservaba en el párrafo 6 del Tít. IV del Libro II los delitos de falsificación de pasaportes, porte de armas y certificados, y excepcionalmente la figura del Art. 193 N° 8, referida a los documentos oficiales. Sin embargo, la evolución posterior de la legislación ha tendido a confundir esta original distinción entre las clases de documentos y, en parte por pereza legislativa y en parte para imponer penas más severas, se ha ido atribuyendo la calidad de documentos públicos o auténticos a todo tipo de documentos en cuya confección o firma intervienen empleados públicos. Entre ellos, Garrido IV, 58, señala el finiquito del Art. 177 del Código del Trabajo, las listas de deudores del Art. 169 del Código Tributario, y la diligencia que señala el Art. 61 CPC; casos a los que deben agregarse el del Art. 12 D.L. N° 26 de 1924, que declara como instrumentos públicos los documentos de identidad emitidos por el Registro Civil; el del Art. 4° Ley N° 12.041, respecto de los documentos emitidos por funcionarios del Instituto de Desarrollo Agropecuario que actúan como ministros de fe; el del Art. 28 Ley N° 19.545, que declara instrumentos públicos las certificaciones de conformidad de exportaciones; el del Art. 10 Ley N° 19.713, que declara como documentos públicos los certificados de captura de pesca; etc. Finalmente, también han de entenderse por tales los que los Arts. 342 y 345 CPC declaran públicos para los efectos procesales (SCA Santiago 18.6.199, RDJ LXXXVII, 109). Con todo, la cuestión se presta a dudas cuando se trata de funciones públicas concesionadas, como la de revisión técnica de vehícu-

los motorizados, respecto de la cual se emiten “certificados” que la jurisprudencia tiende a no considerar como “instrumentos públicos”, sino “privados (SCA San Miguel 22.5.2004, GJ 285, 268). Estas extensiones y confusiones de la ley pueden explicar el relativo éxito en una parte de la jurisprudencia (SCS 15.7.2009, *Repertorio*, 231), de la propuesta de Etcheberry, IV, 160, en orden a considerar que el Art. 193 debe referirse a un concepto amplio de documento público, entendido como “todo documento a cuya formación o custodia debe concurrir un funcionario público obrando en su carácter de tal y en cumplimiento de sus funciones legales”. No obstante, esta proliferación legislativa parece significar lo contrario, pues si el concepto de documento público del Art. 193 fuese todo lo amplio que quiere Etcheberry, no se comprendería la necesidad de las remisiones legislativas expresas ni de las distinciones penológicas subsistentes en el Código y en esas leyes especiales para falsificaciones que recaen sobre distintas clases de documentos. Es más, todavía existen casos en que la ley, para evitar perplejidades y asegurar la imposición de una pena significativa del desvalor que se atribuye a ciertas conductas, sencillamente ha preferido establecer algún delito especial de falsificaciones, sin remisión a las normas del Código, como sucede ejemplarmente con la falsificación de licencias de conducir, los certificados que permiten obtenerla y de las inscripciones de vehículos motorizados, contempladas en los Arts. 190 y 192 de la Ley de Tránsito.

En cuanto a los documentos electrónicos, la Ley N° 19.979 los define como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior” (Art. 2°, d)). Los actos y contratos que se celebren mediante esta clase de documentos se reputan “como escritos” y las firmas electrónicas (“cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permita al receptor del documento electrónico identificar al menos formalmente al autor”, Art. 2° letra f)), como manuscritas (Art. 3°). Para que tales documentos tengan el carácter de instrumentos públicos, en los casos en que la comparecencia personal de las partes no es solemnidad legal, “deberán suscribirse mediante firma electrónica avanzada” (Art. 6°), y constar en ellos su fecha, mediante el sellado de tiempo correspondiente (Art. 9°). La cuestión que surge de la irrupción legal de esta clase de documentos es determinar si, por su diferente forma de creación, almacenamiento y forma de recuperación o lectura, las alteraciones que se hagan a su contenido son susceptibles o no de encuadrarse en las figuras relativas a las falsificaciones. A nuestro juicio, puesto que también los documentos escritos requieren creación (traducir el pensamiento en símbolos gráficos), almacenamiento (papel) y recuperación o lectura (que solo la pueden realizar quienes reconocen los símbolos que se utilizan, aunque no requiera mediación de un dispositivo electrónico), no parece haber diferencias sustanciales entre unos y otros en cuanto a lo esencial de la falsificación, particularmente de instrumentos públicos, que consiste no en

alteraciones menores de apariencia del documento (que es lo que sucede cuando un documento electrónico se recupera por distintos sistemas informáticos), sino en modificar su fecha, el lugar de su suscripción, las personas que lo suscriben o el contenido de las declaraciones que en ellos se expresan. Así, desde luego que toda falsificación ideológica, que no requiere alteración material del documento, puede considerarse perfectamente posible en los electrónicos. Y también es posible su falsificación material, si se alteran su soporte, el registro binario que da cuenta de la fecha, las personas que lo suscriben y el lugar donde lo hacen, y naturalmente, su contenido. Así, si la firma electrónica se hace mediante un procedimiento lógico que queda registrado en un soporte, nada impide contrahacer ese registro alterando de este modo la persona que concurre al acto, etc. Lo relevante para calificarlos como documentos públicos será entonces no sólo su forma, sino también su contenido, esto es, que en ellos se manifieste la existencia, modificación o extinción de alguna obligación por personas identificables y en fecha cierta, y que se realicen y archiven por un empleado público con la solemnidad prescrita, esto es, una firma electrónica avanzada creada usando medios que el titular tiene bajo su exclusivo control y se encuentra certificada por un prestador avanzado (Art. 2º, letra g) Ley N° 19.799, con detalle Fernández A., Fernando: “El documento electrónico en el Derecho Civil chileno. Análisis de la Ley N° 19.799” *Ius Et Praxis*, Año 10, N° 2 (2004), 137-167).

### c) Conducta

Las modalidades propias de falsificación pueden cometerse por acción u omisión, según lo permita la literalidad de la descripción de cada una de ellas (p. ej.: se contrahace firma ajena omitiendo al verdadero suscriptor, se señala la intervención de personas que no han intervenido, omitiendo indicar a los verdaderos intervinientes, etc.). Pero no es posible configurar un delito de omisión impropia, ya que el potencial garante es, aquí, según la ley, el responsable directo de los hechos, en su calidad de empleado público.

#### (1) *Falsedades materiales*

La esencia de estas modalidades radica en que mediante ellas se altera sustancialmente el contenido del instrumento, esto es, su fecha, las personas que en él intervienen y las declaraciones que en el mismo expresan los derechos y obligaciones que se crean, extinguen o modifican o de los hechos cuya existencia se da cuenta y sirven de presupuesto para el ejercicio de alguna acción jurídica o producen un efecto de esa naturaleza, cuando la ley así lo dispone. Los supuestos de falsedad material son:

- i) *Hacer en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido (Art. 193 N° 6)*: dado que la esencia de la falsificación en este caso radica en que mediante ella se altere sustancialmente el contenido del instrumento, no se comete el delito por rayar sobre el mismo, o introducir garabatos sin significación jurídica u otra clase de alteración que no influya en el sentido jurídico del documento, sino que se requiere con ello una alteración de su fecha, sus efectos jurídicos o de las partes que en él intervienen. Así, escribir una grosería sobre la escritura a la que se atribuye la propia ruina no sería delito, pero sí lo sería cambiar sólo un número del documento de identidad de uno de los otorgantes, con quien existe un alcance de nombres, para traspasarle los efectos del acto de que da cuenta el documento. Por tanto, no se comete el delito por rayar un documento, introducir garabatos sin significación jurídica, o aún hacer alteraciones tipográficas, como incluir signos de puntuación o de otra clase que no influyan en el sentido jurídico del documento. Así, la SCA Valparaíso 12.9.1896 (GT 1896, t. II, 109) estimó que alterar la edad de un declarante no es falsificación si no “afecta de alguna manera la integridad del mismo documento y a los efectos legales que debe producir”. Tampoco existe falsificación si la factura del documento resulta de tal modo burda y ostensible que nadie podría creer en la fe que se le quiere atribuir, faltando en este caso la antijuridicidad material del delito (Labatut/Zenteno II, 55).
- ii) *Contrahacer o fingir letra, firma o rúbrica (Art. 193 N° 1)*: se trata de imitar o inventar la letra, firma o rúbrica de una persona, para atribuir el sentido del acto a otra distinta del que hace la falsificación o a la cual se refería originariamente el documento. Aunque se señala siempre como un caso de falsificación material, en su forma de común ocurrencia, puede ser visto también como un supuesto de falsificación ideológica que puede cometer tanto el empleado público al firmar por un ausente; como un particular, suplantando la personalidad de otro para hacer recaer en el suplantado los efectos del documento que aparenta suscribir. Es indiferente que la persona suplantada exista verdaderamente o sea inventada por el falsificador (SCA Santiago 11.11.1949 (GT 1949-II, 456). La mayor gravedad de este delito, y su carácter formal (no es necesario un resultado) desplaza, por el principio de subsidiariedad, las figuras menos graves que podrían estar envueltas en estos hechos, como la suplantación de personas (Arts. 201 y 214); y
- iii) *Alterar las fechas verdaderas (Art. 193 N° 5)*: para constituir una falsificación material, debe hacerse sobre un documento preexistente. Tanto falsifica quien altera la fecha en que se otorgó el documento como las que en él se mencionan y cuya alteración produce efectos jurídicos (vigencia, plazos, etc.).

## (2) Falsedades ideológicas

El objeto de la obligación de los empleados públicos en esta materia es, en primer lugar, dar fe de las partes que comparecen, sus declaraciones y la fecha del acto. Desde allí se desprenden las diversas formas de falsedad ideológica que establece el Código:

- i) *Faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales (Art. 193 N° 4)*: se puede afirmar que bastaría este numeral para comprender el resto de las formas de falsificación ideológica, que no son sino especificaciones de la misma idea. Aquí la ley claramente expresa que no se trata de castigar cualquier falta a la verdad en que se incurra, sino de aquella que afecta los hechos sustanciales que expresa el documento, esto es, su fecha, las personas que en él intervienen y las declaraciones de voluntad de las mismas, en orden a crear, modificar o extinguir obligaciones o dar cuenta de hechos que incidan en su nacimiento, cumplimiento, ejecución o extinción. Pero, como no se exige a los empleados públicos cerciorarse de la veracidad de lo que los intervinientes declaran, el juicio de verdad ha de hacerse en torno al hecho de haberse expresado o no las declaraciones que se transcriben. Así, un notario no puede, sin faltar a su obligación, transformar una compraventa que sabe inexistente en una donación o viceversa, aunque sí le está permitido “transformar” las manifestaciones vulgares de las partes en términos comprensibles jurídicamente, que den sentido al acto, siempre que con ello no se altere su contenido sustancial;
- ii) *Suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido (Art. 193 N° 2)*: aquí lo importante no es tanto suponer la participación de personas, como el que de esa suposición se derive la alteración del sentido o validez del documento (p. ej., suponiendo la presencia de testigos que no estuvieren en el testamento solemne) o se atribuya a personas no intervinientes los efectos de un acto jurídico. Los intervinientes supuestos a que se refiere esta disposición pueden ser personas naturales o jurídicas, aunque, como señala Garrido IV, 70, en los actos propiamente tales solo intervienen personas naturales, por lo que la indicación errónea de la representación que invisten podría ser más bien un caso del Art. 193 N° 4. La omisión de los verdaderos intervinientes puede considerarse una suplantación por quienes no concurren o una falta a la verdad en la narración de los hechos sustanciales (Art. 193, N°s. 2 o 4). Cuando la suposición de personas se realiza en instrumento privado cuyas firmas autoriza un notario conforme al Art. 425 COT, el Art. 443 COT, inc. 1°, reserva al notario las mismas penas de este Art. 193, en caso de actuar dolosamente. Este delito especial, como toda falsedad, debe cometerse con abuso del oficio, esto es, con dolo directo. Por eso, cuando por negligencia o ignorancia inexcusable se autentifica

firma de persona diferente a la que aparece suscribiéndola, el Art. 443 COT, inc. 2º, impone a los notarios la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa. Este inciso no parece limitar su alcance a los instrumentos privados, como lo hace el primero, y ello resulta lógico, pues si no aparecería inexplicablemente sancionada sólo la negligencia en relación con documentos privados y no la que recae en instrumentos públicos, que de por sí aparece como más grave en nuestro sistema. Por lo mismo, para no formar una absurda laguna de punibilidad, es a este último título al que debe condenarse la suposición de participación de personas realizada por notarios públicos con dolo eventual; y

iii) *Dar copia falsa de instrumento verdadero* (193 N° 7): aquí se confunden las ideas de falsedad ideológica y material, pues la copia falsa de un instrumento verdadero es una especie de forjamiento de un instrumento falso, en tanto que la copia, otorgada con las solemnidades legales, es también un instrumento auténtico. Por ello, para prevenir la “fabricación” de documentos con partes de otros, mediante la superposición de copias, el Art. 427 COT sólo permite a los notarios y archiveros extender copias íntegras de los documentos que consten en sus registros.

## **B) Culpabilidad, iter criminis y concursos**

La ley ha querido evitar la sanción de esta clase de falsedades cometida accidentalmente o por mera negligencia, y aún con dolo eventual, pues al utilizarse la expresión “abusando de su oficio”, se ha querido limitar la punibilidad a los hechos cometidos con dolo directo. Con mayor razón y aunque la ley no lo señala expresamente, esta limitación ha de exigirse a los casos de falsificación cometidos por particulares.

Por otra parte, salvo los casos de la llamada falsificación por ocultación, todos los supuestos del Art. 193 son delitos de carácter predominantemente formal que, en principio, parecen no admitir la frustración. Sin embargo, no es del todo cierto que ellos no puedan encontrarse en grado de tentativa, como sostienen Garrido IV, 77, y alguna jurisprudencia (SCS 23.6.1996, *Repertorio*, 231), pues, aunque carecen de resultado, su ejecución es susceptible de fraccionamiento, esto es, de división en distintos momentos, tanto material como intelectualmente (Politoff, 1999, 26 nota 35). Piénsese en el notario que después de transcribir la declaración que ha alterado cavila antes de autorizar las firmas, el particular que está materialmente alterando una escritura, pero no ha terminado de hacerlo, etc. Por otra parte, cuando el particular es quien falsifica, también podría haber frustración si el empleado encargado de autorizar un documento o su copia detecta la falsedad, después que el particular ha puesto todo de su parte para obtener tal autorización, porque, p. ej., comprueba que se está suponiendo la intervención de terceros que no intervienen.

La principal fuente de concursos es su relación con el delito de estafa. Al respecto, se no parece existir razón para considerar la falsificación previa de un documento público quede absorbida por la utilización del documento falso para perjudicar a otro (delito contra el patrimonio), tanto si se toma en cuenta su carácter pluriofensivo, como se mira el asunto desde la perspectiva de las penas aplicables. por lo que corresponde su punibilidad conforme las reglas concursales comunes. Se aplica a su respecto la regla del Art. 75, dispuesta para el caso de que un delito sea medio necesario para cometer otro.

### §3. LA MAL LLAMADA FALSIFICACIÓN POR OCULTACIÓN (ART. 193 N° 8)

Aunque el CP la considera también esta conducta dentro de los casos de falsedad, lo cierto es que la cantidad de particularidades de esta figura respecto a las formas de falsificación propiamente tales, son tan importantes, que merecen un tratamiento diferenciado. En primer lugar, el delito del Art. 193 N° 8 CP no se trata propiamente de una falsificación, sino a lo más de una forma especial de denegación de auxilio (Art. 253) o de abusos contra particulares (Art. 256), pues ella se contenta contemplando como elemento principal la sola negativa de exhibir el documento oficial a cargo del funcionario, una particular negativa del servicio a que se refieren las otras disposiciones citadas. Y cuando es cometido por particulares parece no presentar grandes diferencias con el delito del Art. 470 N° 5. En segundo término, no recae sobre documentos públicos solamente, sino sobre cualquier documento oficial, esto es, cualquier documento otorgado por un funcionario, con o sin solemnidades y aún por privados al servicio de un fin público. Y finalmente, tampoco se trata de un delito meramente formal, sino que su castigo está limitado a la producción de un perjuicio al Estado o a un particular, el que opera, así, como condición objetiva de punibilidad, excluyendo la tentativa y la frustración (Garrido IV, 77, en cambio, ve en este delito uno de resultado y lesión patrimonial, donde el perjuicio debiera ser abarcado por el dolo y, por lo mismo, se admite la tentativa y la frustración).

Por otra parte, suele relacionarse este delito con la figura del Art. 242, sin embargo, su delimitación parece más o menos clara: el Art. 242 castiga la sustracción o supresión de documentos a cargo del funcionario, sin relación a un resultado, en tanto que aquí lo castigado es la sola ocultación, sin sustracción o destrucción, pero siempre que con ello se cause un perjuicio patrimonial y no sólo un daño a la buena marcha de la administración. En caso de ocultación seguida de destrucción o sustracción, con perjuicio a terceros o al Fisco, debe aplicarse la pena del Art. 193, pues nos enfrentamos a un típico caso de subsidiariedad, en que la infidelidad funcionaria se castiga por distintas normas penales, en atención a distintas circunstancias agravantes, compatibles entre sí.



#### §4. FALSIFICACIÓN DE PARTES TELEGRÁFICOS (ART. 195)

Con una simplicidad encomiable, el Art. 195 castiga al “encargado o empleado de una oficina telegráfica que cometiere falsedad en el ejercicio de sus funciones, forjando o falsificando partes telegráficas”. El texto limita la autoría únicamente al encargado o empleado de una oficina telegráfica. La conducta se describe como la forja o falsificación de los partes telegráficos, resumiendo en dos verbos rectores la detallada regulación del Art. 193. Por lo mismo, aunque la ley no lo menciona, no basta cualquier falsedad para configurar el delito, sino que ésta debe ser sustancial, esto es, ella debe alterar el sentido del parte telegráfico, y no sólo consistir en meros errores de transcripción o tipografía. La ley no limita expresamente la culpabilidad al dolo directo, pero al igual que en el caso del Art. 194, debemos entender que no existe razón para imponer a un particular (el empleado de telégrafos), que no es necesariamente funcionario público, mayores exigencias que las impuestas a quienes tienen, al menos por ley o reglamento, un especial deber de mantener la seguridad del tráfico jurídico.

La existencia de diversas formas de comunicación moderna, más directas y efectivas que el telégrafo, ponen en entredicho la subsistencia de esta figura, pensada para un tiempo en que las únicas comunicaciones “en tiempo real” se hacían por medio del telégrafo y, por tanto, requerían del intérprete del sistema de clave Morse para cobrar sentido en el tráfico jurídico. Por otra parte, salvo la novedad e importancia que se le asignaba al telégrafo a fines del siglo XIX, resulta inexplicable que la falsificación del parte telegráfico se considere una especie de la falsificación de documentos públicos y no una de pasaportes, certificados, etc., sobre todo si se tiene en cuenta que en los partes de telégrafos difícilmente se hará constar el nacimiento, la modificación o la extinción de una obligación, pues se trata de un documento al que se trasladan transmisiones de declaraciones unilaterales sin ninguna solemnidad.

#### §5. USO MALICIOSO DE INSTRUMENTO PÚBLICO O PARTE TELEGRÁFICO FALSIFICADOS (ART. 196)

El Art. 196 castiga “como si fuere autor de falsedad”, al que “maliciosamente hiciera uso del instrumento o parte falso”. Se trata de una regla que castiga el agotamiento del delito principal, la falsificación, y que, por lo mismo, no es aplicable al autor del delito de falsedad, para quien representa un típico acto posterior copenado. En cambio, sí es aplicable a quien no ha participado en la falsificación en carácter de autor o cómplice. Bien señala la jurisprudencia mayoritaria que aquí debe probarse la falsedad igual que en el caso del Art. 193, pues ella es un elemento de la descripción del uso malicioso, sin el cual carece de objeto (Etcheberry, DPJ III, 279s.).



## §6. FALSIFICACIÓN DE PASAPORTES, PORTES DE ARMAS, CERTIFICADOS Y LICENCIAS MÉDICAS (ARTS. 199 A 207)

El Código contempla otras falsedades documentales en el §6 del Tít. IV, relativas a los pasaportes y pases de armas (Arts. 199 y ss. CP), las certificaciones médicas falsas (Art. 202) y otras certificaciones (Arts. 203 y ss. CP), las cuales no presentan dificultades dogmáticas especiales, salvo por la variación del objeto material, y la especificación de la conducta en cada caso: en la expedición de pasaportes, expedirlo bajo nombre supuesto o en blanco; en la de certificados médicos, librar certificación falsa de enfermedad; en el de empleados públicos, certificación falsa de méritos o servicios o cualquier certificación que pueda comprometer intereses públicos o privados. Además, también se contempla la posibilidad de que sean los particulares quienes cometan estas falsedades (Art. 204 CP). En todo caso, la aplicación de estas figuras a los pases de armas se encuentra restringida por las disposiciones especiales del Art. 6° Ley N° 17.798 sobre control de armas.

La Ley N° 20.585, de 11.5.2012, introdujo entre estas figuras la de falsificación de licencias médicas o declaraciones de invalidez, que son los nombres técnicos con que el sistema de seguridad social denomina ciertos certificados médicos extendidos en formularios especialmente diseñados al efecto, foliados o registrados electrónicamente, que dan cuenta de una enfermedad o incapacidad que habilitan para exigir ciertos pagos de las instituciones previsionales y, al mismo tiempo, conceden un fuero laboral, en el caso de las licencias, o permiten una jubilación anticipada, en ciertos casos de invalidez. La pena prevista es de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa.

La ley castiga al que comete la falsedad en el “otorgamiento, obtención o tramitación” de dichas certificaciones, de modo que no castiga la infracción del deber médico de certificar verdaderamente los padecimientos o enfermedades de sus pacientes, sino el hecho de hacer aparecer en el tráfico jurídico, con efectos previsionales, un documento falso. De incurrir un facultativo en estas conductas, se le impone una multa superior a la del particular y, además, una muy especial inhabilitación para emitir licencias médicas durante el tiempo de la condena. En caso de reincidencia, ésta adquiere el carácter de una circunstancia agravante especial, que altera el marco de la pena, elevándola en un grado y también aumentado la cuantía de la multa.

## §7. FALSIFICACIÓN DE INSTRUMENTOS PRIVADOS (ARTS. 196 Y 198). REMISIÓN

La falsificación de instrumentos privados del §5 del Tít. IV Libro II es, como hemos hecho notar anteriormente, principalmente un atentado contra el patrimonio y no una clase de falsedad que afecte la fe pública (SCS 11.5.1996, GJ 197, 131), por lo que su tratamiento se ha expuesto someramente junto con el de las estafas (ver Capítulo 11§14).



## *Capítulo 15*

# DELITOS CONTRA LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 79 CPR, al regular las atribuciones del Poder Judicial, señala que “los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que regulan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”. Por otra parte, el Art. 19 N° 3 CPR garantiza la igual protección ante la ley, debido proceso y legalidad de los delitos y las penas, garantía cuya concreción legal puede verse también en la protección de los ciudadanos frente a la prevaricación judicial y administrativa (Arts. 223ss), así como ante de imposición arbitraria de penas por parte de empleados públicos que se arrogasen facultades judiciales (Arts. 152, 153 y 154). Estas disposiciones nos permiten afirmar que, para la Constitución, la correcta administración de justicia, esto es, el interés público en la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales y en la imparcialidad y juridicidad de las decisiones judiciales y administrativas, es un interés legítimo y que, sin duda, merece protección penal.

En el Código no existe un título especial que regule de manera comprehensiva esta materia: los delitos contra la administración de justicia perpetrados por los encargados de la misma (magistrados, abogados y otros funcionarios) se contemplan entre los aquellos cometidos por los funcionarios públicos en el desempeño de su cargo; el falso testimonio y el perjurio aparecen entre los delitos contra la fe pública; y la obstrucción a la justicia entre los que afectan el orden y la seguridad cometidos por particulares. Sin embargo, para efectos didácticos, los agruparemos en este lugar, donde, a nuestro juicio, se destaca mejor su vinculación con la regulación constitucional.

## DELITOS QUE AFECTAN LA CORRECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMETIDOS POR MAGISTRADOS, ABOGADOS Y OTROS EMPLEADOS PÚBLICOS

### §2. PREVARICACIÓN JUDICIAL (ARTS. 223 A 227)

El Código no define la prevaricación judicial, sino que ofrece bajo ese epígrafe una serie de conductas que han de entenderse constitutivas de esta clase de delitos. De allí que podamos decir que la prevaricación consiste en faltar un magistrado gravemente, por dolo o culpa, a sus deberes funcionarios, en especial por denegación o torcida administración de justicia, en los casos y formas penados por la ley. Según Acosta, esta infracción se identifica con faltar al deber de “considerar en sus decisiones todo el ordenamiento jurídico vigente, aplicarlo y hacerlo efectivo” (Acosta, Juan Domingo (1983), “Aspectos generales de la prevaricación”, RChD, Vol. 10 N°1, 104-108, 115). De este modo, la prevaricación se identificaría con la idea de prevenir una objetiva infracción al derecho positivo, cuya aplicación es obligatoria para quienes administran justicia o resuelven asuntos de su competencia, tal como establece el Art. 6° CPR, al disponer en su inc. 1° que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”. En los regímenes democráticos, sin esa objetiva infracción a la legislación aplicable no habría prevaricación, con independencia de los aspectos subjetivos adicionales que se exigen para configurar los delitos. En los términos funcionalistas de Rodríguez y Ossandón, el injusto en estos delitos se construye a partir de la infracción de un deber específico (“objetivo—institucional”, en la nomenclatura de Jakobs que emplean), consistente en “la realización del Derecho, la aplicación de la ley en la resolución de conflictos”, sin atención a los aspectos morales involucrados (Rodríguez, Luis; Ossandón, Magdalena (2005), “Aspectos sistemáticos y político-criminales de la prevaricación administrativa”, en *Revista de Derecho* (U.C. Valparaíso), Vol. XXVI, N° II, 405-418, 413)-

Sin embargo, cuando la democracia se sustituye por la tiranía, la supuesta aplicación objetiva del derecho no pasa a ser más que una excusa por parte de tribunales sumisos al poder dictatorial que, en tales casos, terminan actuando como entes ejecutores de las decisiones del dictador de turno y, en la medida de su aporte y del conocimiento que tengan sobre sus consecuencias, pueden considerarse responsables no ya de prevaricación en un orden interno corrompido, sino de los crímenes contra la humanidad en que hayan colaborado, como se demostró en los Juicios de Núremberg (*US vs. Alstötter et al.*, cit. por Ambos, Kai (2004), *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2ª ed., Berlin, 118. El detalle de estas actuaciones puede leerse, en castellano, en Müller, Ingo (1987), *Los juristas del horror. La “Justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Trad. De Figueredo, C., Bogotá, 2009. Para la actuación de los tribunales chilenos en la

última dictadura, véase Matus, Alejandra (2016), *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, 2ª ed., Santiago). Especial relevancia cobra aquí el tema de la obediencia debida del Art. 159. No obstante, los jueces y fiscales no están obligados a cumplir órdenes abiertamente constitutivas de delitos, por lo que no parece posible alegar la estructura jerárquica del Poder Judicial como fundamento de una eximente de obediencia debida.

### *A) Autoría y participación*

Según los Arts. 223 y 227 N° 1, pueden ser autores de estos delitos, en primer lugar, los miembros de los tribunales de justicia, colegiados o unipersonales y los Fiscales Judiciales de las Cortes de Apelaciones y el de Corte Suprema y las personas que desempeñan por el ministerio de la ley los cargos de miembros de dichos tribunales. La expresión tribunales de justicia es amplia: comprende los tribunales ordinarios y especiales sometidos a la superintendencia directiva y correccional de la Corte Suprema (jueces del trabajo, familia, militares en tiempos de paz, etc.). Entre las personas que desempeñan los cargos a que la disposición se refiere se encuentran los abogados integrantes de los Tribunales Superiores y los de la lista de abogados que deben subrogar a los magistrados excepcionalmente. Sin embargo, tratándose de la torcida administración de justicia y la inobservancia en las leyes que reglan en procedimiento, nuestra jurisprudencia excluye como responsables de los mismos a los miembros de la Corte Suprema, sobre la base de la llamada “ficción de infalibilidad” que contendría el Art. 324 COT (Etcheberry DPJ I, 106ss.). Como señala Cury (2005, 238), esto equivale a “establecer para dichos magistrados una auténtica inmunidad en relación con los delitos aludidos, que son prácticamente todos los mencionados por la disposición constitucional, con excepción del cohecho”.

En todo caso, para hacer efectiva la responsabilidad penal de los jueces y fiscales judiciales es necesario superar un obstáculo procesal: la querrela de capítulos, que importa la dictación de una sentencia firme que declare admisible la acusación, después de un proceso seguido ante un tribunal especial (Arts. 424 y ss. CPP).

El Art. 227 N°3 considera también responsables de prevaricación a “los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo labores análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos”, lo que plantea la interrogante acerca de cuáles serían, además, las “labores análogas” y si entre éstas pueden considerarse las que desempeñan quienes pertenecen a ciertos tribunales y organismos autónomos que realizan actuaciones difícilmente conciliables con la idea de lo contencioso-administrativo o simplemente administrativo, y no se encuentran comprendidos en la numeración de los tribunales ordinarios y especiales adscritos orgánicamente al Poder Judicial

por el Art. 5° COT, adscripción de la cual la propia CPR excluye a los tribunales Constitucional, Calificador de Elecciones, Electorales Regionales, a la Contraloría General de la República y a los fiscales del Ministerio Público; o que han sido adscritos al mismo sólo en cuanto a la revisión jurisdiccional de sus resoluciones, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal de Propiedad Intelectual, los Tribunales Tributarios y Aduaneros, y los Tribunales Ambientales.

A nuestro juicio, en cuanto la Constitución o la ley dictada en su conformidad consideran un organismo o funcionario determinado como no perteneciente al Poder Judicial, la responsabilidad que les recaería por las resoluciones manifiestamente injustas que emitiesen sería la derivada del Art. 228 (prevaricación administrativa), siempre que resolviesen cuestiones administrativas o contencioso-administrativas. Pero cuando se encontrasen en casos análogos al de los Arts. 223, 224 y 225, su responsabilidad debería regirse por éstos, de conformidad con el Art. 227 N° 3, a menos que sus leyes especiales dispongan otra cosa. Así, debemos distinguir los siguientes casos:

- i) *Miembros del Tribunal Constitucional*: ellos gozan de independencia e inamovilidad y están sometidos únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica, debiendo resolver los asuntos sometidos a su conocimiento de conformidad con el Derecho vigente; materialmente, cumplen funciones análogas a la de un tribunal de justicia y, por lo tanto, podrían ser responsables de prevaricación, por aplicación de la regla del Art. 227 N° 3. Sin embargo, dicha responsabilidad no puede hacerse efectiva, en relación con el Art. 223 N° 1, respecto de las decisiones, decretos e informes que expidan en los asuntos de que conozcan, pues así lo dispone expresamente el Art. 12 de su Ley Orgánica Constitucional, N° 17.997, coincidentemente con su función de velar por la constitucionalidad de las leyes, incompatible con someterse a lo expresado en ellas por el solo hecho de estar vigentes (Rodríguez, Luis y Ossandón, Magdalena (2011), *Delitos contra la función pública*, 2<sup>a</sup>. Ed., Santiago, 186s.). Esto significa que, si bien no pueden ser responsables a título de prevaricación propiamente tal por sus sentencias (Arts. 223 N° 1, 224 N°1 y 225 N°1), sí podrían ser responsables eventualmente de prevaricación cohecho (Art. 223 N° 2), prevaricación solicitud (Art. 223 N°3), retardo o negación de la administración de justicia (Art. 224 N° 3 y 225 N° 3), auxilio a una parte en perjuicio de otra (Art. 224 N° 6) y fallar con manifiesta implicancia (Art. 224 N° 7);
- ii) *Miembros del Tribunal Calificador de Elecciones y Tribunales Electorales Regionales*: ellos están excluidos del orden judicial por el Art. 82 CPR y son inviolables por las opiniones y votos que emitan en ejercicio de sus cargos, según el Art. 6° Ley N° 18.460, lo que hace imposible su persecución por el delito de prevaricación propiamente tal, pero no impide que puedan ser responsables por cohecho, solicitud de personas, auxilio a una parte en

perjuicio de otra y fallar con manifiesta implicancia, de conformidad con el Art. 227 N° 3. En cambio, los miembros de los Tribunales Electorales Regionales, regidos por los Arts. 82 y 96 CPR, si bien no pueden considerarse como pertenecientes al orden judicial, por así disponerlo expresamente la norma fundamental, que establece como superior al Tribunal Calificador de Elecciones, no gozan, como en los dos casos anteriores, expresamente de inviolabilidad o irresponsabilidad por las opiniones y votos que emitan;

- iii) *Empleados de la Contraloría General de la República*: El Art. 1° de la Ley General de Bases de la Administración del Estado considera dicha institución un organismo de la misma, mientras el inc. 1° del Art. 98 CPR le reconoce autonomía y funciones de control de legalidad de los actos de la administración y, además, de juzgado de cuentas. De allí que, en principio, el Contralor General de la República y sus delegados puedan considerarse sin más empleados públicos que no pertenecen al orden judicial, quienes, eventualmente, podrían cometer el delito de prevaricación administrativa del Art. 228 en sus resoluciones o dictámenes, de reunirse el resto de los requisitos de dicha figura legal (Etcheberry IV, 221). Es equivocado lo sostenido por Rodríguez/Ossandón (2011, 188), para quienes en el caso de los juicios de cuenta debe aplicarse al Contralor la extensión del Art. 227 N° 3, pues de antiguo estos “juicios” se conocen como el ejemplo por antonomasia de los asuntos “contenciosos—administrativos” (Fuenzalida II, 212);
- iv) *Fiscales del Ministerio Público*: Ellos pueden considerarse autores de prevaricación cuando, desempeñando “funciones análogas” a las judiciales se encuentren en idénticos casos de las disposiciones de los Arts. 223 a 226, como sucede particularmente con la decisión de mantener o no detenida a una persona en los casos de detención por delito flagrante del Art. 131 inc. segundo CPP, correspondiente a los casos de los Arts. 224 N° 4° y 225 N° 4 y 5. Tampoco se ve inconveniente en que respondan por denegación o tardía administración de justicia (Art. 224 N° 3), revelación de secretos del juicio o auxilio a uno de los intervinientes en perjuicio del resto (Art. 224 N° 3), prevaricación-cohecho (Art. 223 N° 2) y solicitud de personas (Art. 223 N° 3), con independencia del delito especial propio de obstrucción a la investigación del Art. 269 ter. Aunque esta propuesta es rechazada en la doctrina nacional por Garrido III, 483, es aceptada por Rodríguez y Ossandón (2011, 190), quienes argumentan en su favor con la idea de que desplazar la responsabilidad de los fiscales de Ministerio Público al ámbito de los delitos funcionarios “desdibuja la alta misión encomendada al Ministerio Público, su imbricación en el Poder Judicial y su corresponsabilidad en la Administración de Justicia”. Sin embargo, cuando los fiscales del Ministerio Público resuelven sobre asuntos no sujetos a control jurisdiccional (formalizar



una investigación, decretar su archivo provisional, o comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento) y que no tienen como consecuencia establecer derechos permanentes para los intervinientes, sólo podrían responder, en caso de que tales decisiones sean manifiestamente injustas, por el delito de prevaricación administrativa del Art. 228 y no por el del Art. 223 N<sup>o</sup> 1.

Finalmente, se debe tener presente que, en todos los casos, la prevaricación es un delito especial propio, por lo que los partícipes responderán también a ese título, con tal que conozcan la calidad del autor y de conformidad con la entidad de su intervención en el hecho, según lo dispuesto en los Arts. 15 a 17.

## ***B) Formas específicas de prevaricación***

### **a) Fallar contra ley expresa y vigente (Art. 223 N<sup>o</sup> 1)**

Se castiga el dictar una sentencia (definitiva o una interlocutoria, que establezca derechos permanentes en favor de las partes) contra ley expresa y vigente, esto es, contra su texto objetivamente constatable, con independencia de las sutilezas a que conduzca su interpretación. Frente a ellas, sería prevaricación preferir la elección de una norma derogada a la vigente, o de un sentido de la ley que no pueda justificarse en modo alguno por aplicación de lo dispuesto en los Arts. 19 a 24 CC. Esto quiere decir que constituye este delito un fallo en el cual no existe un error en el entendimiento del texto legal ni en la aplicación de las reglas que rigen su interpretación, sino una abierta rebelión ante dicho texto, por razones subjetivas, como si se dijera “lo dispuesto en el artículo tanto de la ley equis ordena fallar en un sentido que a este juez no le parece conveniente, oportuno, o contrario a las convicciones políticas, morales o religiosas que sustenta, por lo que no lo aplicaré y fallaré en un sentido diverso”.

De allí que se exija, para este caso más grave de prevaricación, además, una especial subjetividad: dolo directo, derivado de la expresión a sabiendas que utiliza la ley, esto es, “actuar con voluntad reflexiva y consciente de delinquir (SCA Valparaíso 13.8.1901 (GT 1901-II, 1457). Si falta el dolo directo, esta clase de prevaricación cometida con dolo eventual o culposamente (negligencia o ignorancia inexcusable), se castiga con las penas del Art. 224 N<sup>o</sup> 1, cuando se trata de una causa criminal, y 225 N<sup>o</sup> 1, si se trata de una causa civil. A estos últimos casos también se le atribuye valor dogmático como reconocimiento del efecto del error de prohibición, aún en personal altamente calificado, como se espera lo serían nuestros Magistrados.

### **b) Prevaricación-cohecho (Art. 223 N° 2)**

Esta es una figura especial del cohecho del Art. 248, aplicable únicamente a los magistrados de justicia que aceptan dádivas o convengan aceptarlas por hacer o dejar de hacer algún acto propio de su cargo. Esta hipótesis delictiva (como la prevaricación de los jueces en general) mereció ya una muy severa condenación en la Biblia, “porque los regalos ciegan a los sabios y pervierten la causa de los justos” (Deuteronomio 16:19). Se trata aquí de un delito imperfecto en dos actos, donde la ley no espera a que el prevaricador haga o deje de hacer lo debido para entender consumado el delito, y ni siquiera que haya recibido efectivamente la dádiva: estos hechos se transforman en elementos subjetivos de un tipo que se considera consumado simplemente desde el momento de la convención entre el prevaricador y el sobornante.

### **c) Prevaricación-solicitud (Art. 223 N° 3)**

Se trata de casos en que el provecho del prevaricador no es pecuniario ni es ofrecido por un tercero, sino que es el propio magistrado quien, en ejercicio de sus funciones o valiéndose del poder que le da su empleo, “seduce o solicita a persona procesada o que litigue ante ellos”. La seducción o solicitud se refiere únicamente a la obtención de favores sexuales por parte del solicitado y, al igual que en el caso anterior, la ley no espera la consumación del acto solicitado para castigar al juez por el delito consumado: basta la solicitud del favor sexual para ello. La persona solicitada puede ser hombre o mujer, pero siempre que sea una parte o apoderado de una parte del proceso, criminal o civil. La solicitud de personas que no son parte del proceso ni apoderados de ellas puede considerarse un caso de abusos contra particulares, si la expresión “pretensiones pendientes” se entiende en un sentido amplio, aunque resulta discutible esta solución.

### **d) Otras formas de torcida administración de justicia (Arts. 224 N° 2 a N° 7 y 225 N° 2 a N° 5)**

El CP castiga además otra serie de faltas a ritualidades procesales que pueden ocasionar un peligro para la seguridad de la administración de justicia, como la contravención dolosa o negligente de las reglas de substanciación del juicio capaz de producir la nulidad total o parcial de éstos (Arts. 224 N° 2 y 225 N° 2), fallar una causa existiendo “manifiesta implicancia” (Art. 224 N° 7), omitir maliciosa o negligentemente decretar la prisión de una persona o no llevar a efecto la decretada (Art. 224 N° 4); y aún para la seguridad individual de quienes comparecen ante ella, como la maliciosa o negligente negativa o retardo injustificado en la administración de justicia y en el auxilio o protección legalmente demandados

(Arts. 224 N° 3 y 225 N° 3), y la más grave de todas (aunque ello no se refleja en la pena prevista por la ley): la de retener maliciosamente presa a una persona que debe ser puesta en libertad (Art. 224 N° 5), o negligentemente dejarlo preso por más de 48 horas (Art. 225 N° 5). En cuanto a la revelación de secretos del juicio, del Art. 224 N° 6, se trata de una especificación de la figura de violación de secretos del Art. 246. Por último, se incluye también como delito el dar consejo o auxilio a una parte en perjuicio de la otra. El ámbito de aplicación de esta figura se restringe notablemente, si se toma en cuenta que dichos consejos o auxilios podrían derivar también en el caso más grave de prevaricación del Art. 223 N° 1.

En todos estos casos, cuando la ley sanciona las figuras negligentes o imprudentes que pueden verse como expresiones menos graves de fallos contrarios a la ley, se ha de admitir también en ellas las actuaciones con dolo eventual, pues de otro modo se produciría una incomprensible laguna de punibilidad.

### §3. DESOBEDIENCIA (ART. 226)

Esta disposición establece un régimen de obediencia relativa para los funcionarios judiciales, dentro del ámbito de su competencia. Se trata solamente de cumplir órdenes emanadas de las facultades jurisdiccionales, económicas y disciplinarias de los Tribunales Superiores de Justicia. El deber es relativo en los términos que señala la disposición legal, permitiendo la suspensión y representación de la orden cuando es “evidentemente contraria a las leyes”, se duda acerca de su autenticidad, o aparezca que ha sido obtenida a través de engaño o “se tema con razón que de su ejecución resulten males que el superior no pudo prever”. La insistencia libera, al que cumple, de toda responsabilidad. Sin embargo, en ningún caso se está obligado a cumplir órdenes que comprometan la comisión de un delito, salvo los de prevaricación en la dictación de un fallo o resolución judicial señalados en los números anteriores, que cometidos por un Tribunal Superior pueden ser mandados a cumplir al inferior con la fuerza de la cosa juzgada, lo que constituye una especial forma de inexigibilidad de otra conducta.

### §4. PREVARICACIÓN DEL ABOGADO Y PROCURADOR (ARTS. 231 Y 232)

El Art. 231 castiga al abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudica a su cliente o descubre sus secretos. El abogado comete estos delitos, aunque no esté patrocinando una causa concreta. En cambio, el procurador sólo lo es en la medida que se trate de un mandatario judicial. Perjudicar maliciosamente al cliente supone dolo directo. El perjuicio negligente o con dolo eventual,

sólo otorga acciones civiles. Este perjuicio, según Etcheberry IV, 221, puede tener una naturaleza no económica. Además, si el perjuicio se produce mediante un medio engañoso calificable de estafa, correspondería aplicar las penas de los Arts. 468ss. que correspondieran, en concurso ideal con esta figura, atendido el diferente bien jurídico protegido.

El núcleo de la conducta lo constituye el abuso del oficio profesional. A nuestro juicio, éste puede remitirse sin dificultad a los casos en que se falta a las obligaciones que el abogado tiene con su cliente, de conformidad con las disposiciones del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, Secciones Primera (Relaciones del abogado con el cliente) y Segunda (Conflicto de Intereses). Así, p. ej., constituiría un abuso renunciar al patrocinio abandonando el cuidado de los asuntos del cliente antes de que éste “pueda obtener nueva asesoría o representación profesional” o “sin tomar las medidas necesarias para evitar la indefensión del cliente” (Art. 19); “asumir encargos que exceden sus conocimientos y capacidades profesionales” (Art. 23); asegurar el buen éxito de un asunto (Art. 27), no “informar sobre los riesgos y alternativas de acción de modo que el cliente se encuentre en condiciones de evaluarlos sin hacerse falsas expectativas” u ocultar o retrasar información al cliente o hacer “declaraciones falsas o incompletas acerca del estado de las gestiones que tiene a su cargo” (Art. 28), induciendo al cliente a adoptar decisiones perjudiciales sobre esas informaciones, aunque se trate de otros asuntos; no representar al cliente sus instrucciones “perjudiciales” (Art. 29); no reconocer y remediar las actuaciones erróneas que puedan causar perjuicio (Art. 31); o no informarle sobre un eventual conflicto de intereses que pueda perjudicarlo (Arts. 73ss).

No se exige perjuicio, en cambio, tratándose de la revelación de secretos, una gravísima falta a la ética profesional, aunque la ley entiende que éste ha de tomarse en cuenta para la determinación de la pena. El secreto profesional no termina con el encargo ni con la muerte del cliente, por lo que su revelación posterior también es delito y a su respecto, en caso de fallecimiento del cliente, podrían actuar como víctimas las restantes personas designadas en el Art. 108 CPP. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que no toda revelación hecha por el cliente a su abogado está protegida, pues la obligación de secreto tiene límites. Desde luego, ella no es exigible cuando ha sido consentida por el cliente, expresa o presuntamente; y cuando siendo necesaria para el fin de la justicia, el mal que evita no sea superior al que causa y no exista otro medio practicable y menos perjudicial para el cliente que su revelación, se hace para: a) para evitar la comisión o consumación de un crimen, un serio peligro de muerte o de grave daño corporal para una o más personas; b) evitar la comisión o consumación de un simple delito que merezca pena aflictiva; c) obtener consejo ético profesional (siempre que la revelación se haga a otro abogado bajo confidencialidad); d) defenderse de una imputación grave formulada en contra suya o de sus colaboradores en relación con el servicio

profesional prestado al cliente, o en relación con hechos en los cuales tuvo parte el cliente; e) cobrar los honorarios que le son debidos; f) cumplir con un deber legal de informar o declarar (Arts. 50 a 56 Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile).

Por otra parte, el Art. 232 castiga como prevaricación la defensa simultánea de dos partes contrarias en un mismo pleito. Como hace notar Etcheberry IV, 222, si bien no se cometería este delito de asumirse patrocinios de partes diversas sucesivamente, ello podría importar un delito de prevaricación del Art. 231, si se causa un perjuicio al cliente o se revela un secreto encomendado por la ahora parte contraria, aspectos sujetos a prueba en cada caso. Lo mismo valdría para el supuesto donde, no existiendo patrocinios formales simultáneos, pueda verse un conflicto de intereses grave entre los del cliente y su abogado, como cuando un abogado patrocina a un mismo cliente como demandante y como demandado en causas diferentes, pero coetáneas. En tales casos, debe probarse el perjuicio y la infracción efectiva a la regla del conflicto de interés aplicable, para demostrar el abuso profesional constitutivo de la prevaricación del Art. 231.

## §5. PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA (ART. 228)

Se trata de infracciones a las atribuciones que se les otorgan a ciertos empleados públicos para resolver determinados conflictos o adoptar decisiones frente a solicitudes de particulares, donde la ley castiga tanto la dictación dolosa como la negligente de providencias o resoluciones “manifestamente injustas” en asuntos administrativos o contencioso-administrativo (Art. 228). Luego, de conformidad con la actual estructura del Estado, debemos considerar sujetos activos de este delito a los empleados públicos que no pertenecen al Poder Judicial y que están legalmente obligados a resolver asuntos y reclamaciones planteadas ante ellos aplicando la legislación vigente. Este es el caso, p. ej., de los Superintendentes de Bancos e Instituciones Financieras y de Valores y Seguros, así como el Director de Aguas, cuando resuelven contra ley expresa y vigente en un procedimiento sancionatorio o en la tramitación de una solicitud o reclamación de concesión de aguas, respectivamente. También podrían considerarse en este caso la resolución de ciertas solicitudes de subsidios hechas a ministerios, autorizaciones, concesiones de derechos —radiofonía, p. ej.—, y reclamaciones (como las que, p. ej., se hacen a los Fiscales Regionales y las decisiones de los Fiscales Adjuntos que no puedan reconducirse a las figuras de prevaricación judicial). Pero no son providencias ni resoluciones administrativas ni contencioso—administrativas las decisiones adoptadas por y en nombre de las autoridades de carácter político o de Gobierno, en cumplimiento de su rol de dirección suprema de los asuntos del Estado, como la dictación de reglamentos y la promulgación de las leyes.

Hay que tener presente, además, que hoy en día, los asuntos administrativos se rigen supletoriamente por el procedimiento establecido en el Título II de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado. Allí se disponen los plazos y formalidades de las actuaciones en que la Administración del Estado resuelve asuntos que interesan a los propios funcionarios o a terceros, cuyos derechos individuales o colectivos puedan resultar afectados por la “resolución” (Art. 21). Según los Art. 24, 40 y 41 de dicha Ley, son providencias las de mero trámite y resoluciones (finales) las que ponen término al procedimiento, decidiendo el asunto planteado por los interesados. Dicha Ley considera los informes elaborados por la administración en el trascurso de un procedimiento administrativo como antecedentes facultativos y no vinculantes para adoptar una resolución (Arts. 37 y 38), por lo que habrá que concluir que, por injustos que sean, no constituyen el objeto material de este delito. Es discutible, sin embargo, que los informes o dictámenes emitidos por el Contralor General de la República, “a petición de parte o de Jefaturas de Servicio” se encuentren en idéntica situación, dada la obligatoriedad que revisten para los funcionarios a que se dirigen, no obstante que la propia Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, N° 10.336 se encarga de distinguir estos informes de las resoluciones propiamente tales del Contralor, definidas como aquellos actos administrativos mediante los cuales éste “dispondrá” “acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva”.

Una resolución o providencia es manifiestamente injusta cuando ha sido dictada contra ley expresa y vigente, pues no es otra la obligación constitucional de los empleados públicos, en este punto en todo similar a los judiciales (Art. 6° CPR). No se trata, por tanto, de una referencia a la injusticia material medida con cualquier criterio extra normativo o subjetivo, sino al mismo criterio objetivo que se aplica con relación a la prevaricación judicial.

## §6. NEGLIGENCIA EN LA PERSECUCIÓN CRIMINAL (ART. 229)

El Código establece una pena especial para los funcionarios que, obligados a la persecución o aprehensión de los delincuentes, no procedieren a ello por malicia o negligencia inexcusable, después de hecha la denuncia o requerimiento respectivos (Art. 229). Según lo dispone nuestro ordenamiento procesal, sólo están obligados a la detención física de un delincuente, por regla general, los funcionarios de la Policía de Carabineros y de Investigaciones. Pero están obligados a su persecución jurídica tanto los Jueces con jurisdicción en lo criminal como los Fiscales Adjuntos del Ministerio Público.

## DELITOS QUE AFECTAN LA RECTA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, COMETIDOS POR PARTICULARES

### §7. FALSEDADES VERTIDAS EN EL PROCESO (ART. 206)

La Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, modificó completamente el anterior sistema de delitos de falso testimonio y presentación de medios de prueba falsos para adaptar su regulación a las exigencias del entonces nuevo sistema procesal penal, comprendidas en los Arts. 206 a 212, bajo el nuevo epígrafe del §7 del Título IV del Libro II, “de las falsedades vertidas en el proceso y del perjurio”. Ello supuso abandonar el antiguo sistema de penas que en causa criminal tenía ciertas reminiscencias del talión derivadas de una antigua tradición hispana contemplada en las Leyes de Toro de 1505 (Rodríguez V., Christian (1999), “Tratamiento del falso testimonio en las Leyes de Toro”, en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Año 6, 191-194, 191), incorporar expresamente a peritos e intérpretes como sujetos activos en el delito, una figura de retractación oportuna que opera como eximente o atenuante, según los casos, y una excusa legal absolutoria en casos de falsedades cuando decir la verdad suponga una autoincriminación. Lamentablemente, por un error legislativo, no se derogaron expresamente las disposiciones de los Arts. 209 y 210, cuyo contenido normativo es incompatible con el de los nuevos Arts. 206 y 212 y debieran considerarse, por lo mismo, más que desplazados, derogados tácitamente por éstos, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 52 CC.

#### A) Falso testimonio (Art. 206)

##### a) Autores

Autores de este delito pueden ser los testigos, peritos e intérpretes. Testigo es la persona llamada a deponer bajo la fe del juramento o de la promesa de decir verdad en causa ajena sobre hechos que ha visto, oído o presenciado. El juramento o promesa es una formalidad del testimonio, un presupuesto procesal que se convierte en requisito típico sin el cual ni siquiera puede considerarse la existencia de una tentativa de este delito (SCA Concepción, 27.6.1876, GT 1876, 656), pero la esencia del delito es faltar a la verdad en un proceso, no infringir el juramento. De hecho, es posible su comisión por quienes declaran vía oficio, atendida su dignidad, como el Presidente, los Senadores, Diputados, Ministros, Magistrados, etc., aunque no juren (*Actas*, Sesión 45, 90). Por lo mismo, pueden ser autores de este delito los menores de dieciocho años, a quienes tampoco se les exige juramento o promesa (Art. 306 inc. 2° CPP), aunque su eventual sanción se rija por las reglas especiales de la Ley N° 20.084. Hay que añadir que en el sistema procesal penal acusatorio, donde se ha reemplazado la idea de las partes por la de intervinientes y no existen testigos inhábiles, sólo el imputado que declara no puede



considerarse un testigo, en tanto que la víctima, en cuanto declara sobre hechos que constituyen el delito, debe considerarse un testigo, si ha rendido el juramento o promesa respectiva.

Perito es la persona llamada a informar al tribunal acerca de algún hecho en razón de sus conocimientos especializados en alguna ciencia, arte u oficio. La forma de informar al tribunal y el valor procesal de sus informes varía según la naturaleza del proceso. En las causas civiles bajo procedimiento escrito, se informa por esa vía, previa rendición del juramento al momento de asumir el cargo y el valor del informe se encuentra tasado legalmente. En las criminales y en los procesos civiles orales, los informes se presentan de dicha forma ante el tribunal previo juramento al momento de presentarse y generalmente no tienen un valor tasado por ley. Los peritos que cometen falsedad en sus informes sólo se rigen por esta disposición. En cambio, si el informe, verdadero o falso, se ha emitido interviniendo cohecho o sollicitación de personas, el perito incurre en las figuras del Art. 223 N° 1 y 2, en relación con el Art. 227 N° 3, produciéndose un concurso material entre tales hechos y la falsedad vertida en el proceso, cuando de ellos se sigue ésta, dado que no se trata de un delito que sea medio necesario para cometer dicha falsedad, ni su configuración típica permite considerarla inherente a su ejecución.

Intérprete es, según el Diccionario, quien tiene la función de “expresar en una lengua lo que está escrito o dicho en otra” y es considerado por algunos autores como una “clase especial de perito” (Rodríguez y Ossandón, 2011, 246), aunque propiamente no contribuye con un informe que permita apreciar mejor los hechos de la causa (como sería el caso del perito traductor de algún documento), sino que actúa para facilitar la comunicación entre los intervinientes en el proceso y quizás por ello su incorporación expresa se ha visto como necesaria en esta disposición.

Según el texto legal, no es posible que el imputado o acusado cometa falso testimonio. Ello es, en cierta medida, coherente con su derecho a guardar silencio (Art. 93 CPP). Tampoco comete este delito es absolvente que miente en su confesión, aunque el juramento es exigido en las causas civiles. Sin embargo, la ley chilena contempla sanciones para el que calla o miente, aún en causa propia, negándose a revelar su verdadera identidad (la falta del Art. 496 N°5), utilizando una falsa (el delito del Art. 214), o presentado documentos o testigos falsos (Art. 207). Respecto de la futura evolución de esta excepción respecto del imputado o acusado, se debe tener presente, además, que en el sistema federal de los Estados Unidos, origen de nuestro sistema acusatorio y de las garantías de lo que se conoce como “debido proceso”, el imputado declara siempre bajo la fe del juramento, y por tanto, está sujeto a las penas del perjurio (Whitebread, Charles; Slobogin, Christopher (2000), *Criminal Procedure*, 4ª Ed., New York, 360s., 797). Ello por cuanto, en palabras de su Corte Suprema, el derecho a no declarar contra sí mismo “no incluye el derecho a cometer perjurio” (*Harris v. New York*, 401 U.S. 222, 91 S.Ct. 643 (1971)), por lo que estimó constitucionalmente admisible el castigo



por perjurio a un imputado que, habiendo declarado falsamente (en su perjuicio) ante el Gran Jurado (bajo la fe del juramento), logró obtener posteriormente una sentencia absolutoria, probando en el juicio público que su primera declaración era falsa (*United States v. Mandujano* (425 U.S. 564, 96 S.Ct.1768 (1976))).

## b) Conducta

La ley define el delito como “faltar a la verdad” en la declaración, informe o traducción que hagan testigos, peritos e intérpretes, respectivamente. Luego, sólo puede comprenderse desde un punto de vista que asuma la existencia de un concepto de verdad objetivo, como la correspondencia entre lo que se afirma de la realidad y la realidad misma, independientemente de la subjetividad de quien realiza la afirmación: “decir de lo que es que no es, o de lo que no es que es, es lo falso; decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es lo verdadero” (Aristóteles, *Metafísica*, T. 7, 1011 b 26-8). La diferencia subjetiva entre lo que se cree real y la realidad, esto es, el error, excluirá la culpabilidad del delito por falta de dolo, pero no alterará el hecho de la falsedad de la declaración, informe o traducción.

La cuestión acerca de si aún las mentiras que no producen efectos procesales o inverosímiles pueden considerarse o no falso testimonio debe resolverse a la luz del bien jurídico protegido: se excluyen del tipo aquellas afirmaciones que para cualquiera están en contra de las leyes del pensamiento o de la experiencia, como declarar, p. ej.: “después de muerto me guiñó el ojo y me dijo, ‘Pedro me mató’”; “vinieron unos extraterrestres y bailé con uno de ellos”, etc. Una declaración que no tiene la más ínfima posibilidad de afectar la decisión judicial debiera considerarse no peligrosa para el bien jurídico tutelado y por tanto no comprendida en el tipo penal, pues aquí no se protege la sacralidad del juramento, ni el tiempo para el juez, sino la recta administración de justicia que no se ve ni aun potencialmente afectada por esa clase de manifestaciones. Este es el sentido que un par de fallos antiguos le dieron a esta disposición en su anterior redacción, al considerar que sólo se consuma este delito cuando la declaración falsa llega a influir en el fallo, o sea, cuando es elemento de prueba a favor o en contra del reo (SCA Valparaíso, 24.5.1921 (GT 1921-I, 710); y SCA Temuco, 8.11.1934 (GT 1934-II, 593). En cuanto a las declaraciones falsas que no producen efectos procesales, como los errores en la individualización del testigo, las opiniones y juicios de valor que éste ofrezca y otras apreciaciones personales que no pueden constituir hechos probados (como la razón de sus dichos, p. ej. que diga “lo oí” en vez de “lo presencié”), tampoco pueden configurar este delito, pues el falso testimonio, al igual que las falsificaciones documentales, debe ser substancialmente falso, esto es, referirse al establecimiento de los hechos de la causa y ser capaz de producir efectos procesales jurídicos.

Acerca de si es posible cometer este delito por omisión, negándose a declarar o sosteniendo no conocer los hechos sobre que se le interroga, la estructura típica no lo permite, pues se requiere faltar a la verdad en la declaración, informe o traducción. Sin embargo, el testigo contumaz en no declarar puede incurrir en otra figura: la del Art. 299 CPP, inc. 2°, que castiga con las penas del delito de desacato del Art. 240 CPC al testigo que se negare sin justa causa a declarar. De todas maneras, hay que tener presente que existen personas autorizadas a no declarar, a quienes estas disposiciones no les son aplicables: las señaladas en el Art. 360 CPC y en los Arts. 302 y 303 CPP. Y que, en todo caso, nadie está obligado a declarar contra sí mismo, aun cuando comparezca como testigo (Art. 305 CPP). De allí las antiguas sentencias que establecen que el reo no comete delito, aunque declare falsamente a favor o en contra de sus coincepados en el proceso (SCS 28.11.1876, GT 1876, 1333).

### c) Culpabilidad

El tipo exige para su realización que el testigo sepa que está mintiendo, por lo que se excluye el dolo eventual, y sólo es posible su comisión por dolo directo. El error juega aquí un papel preponderante, pues no es posible castigar criminalmente al testigo que yerra creyendo estar en lo cierto y tampoco al que duda acerca del contenido de su declaración. En cuanto al nivel de conocimiento de la verdad, sólo es posible exigir el propio correspondiente a la esfera del profano, y no el de la propia realidad (p. ej.: el testigo declara que vio cómo Fulanito disparaba contra Zutanito: no comete falso testimonio si todo era un truco montado y él no podía saberlo).

Por otra parte, el Art. 206, inc. final, presume de pleno derecho que todo testigo, perito e intérprete se encuentra en una situación de inexigibilidad de otra conducta y, por tanto, exento de responsabilidad penal por su declaración falsa cuando deponer la verdad pudiera acarrear un “peligro de persecución penal por un delito” para él mismo o para sus ascendientes, descendientes y parientes colaterales en segundo grado. Con razón, Rodríguez y Ossandón (2011, 243 nota 20) señalan que esta eximente debe extenderse también a los casos en que la declaración verdadera entrañe un peligro de persecución penal para quienes fuesen cónyuges, convivientes, guardadores, adoptantes o adoptados del deponente, tal como se hace en el delito de obstrucción a la justicia, pareciendo sólo una impropiedad del lenguaje del Art. 305 CPP la limitación literal que se hace a “los parientes mencionados en el artículo 302”.

#### d) *Iter criminis* y retractación (Art. 208)

La debatida cuestión acerca de la tentativa y la consumación en el falso testimonio tuvo vital importancia antes de la introducción del nuevo Art. 208, que fija el momento y los efectos de la retractación. Esta disposición establece que la “retractación oportuna” puede considerarse tanto una atenuante especial como una potencial eximente, “cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión así lo justificaren”. Retracción, según el Diccionario, es la acción de “revocar expresamente lo que se ha dicho, desdecirse de ello” (y por eso no basta el mero arrepentimiento); y es oportuna, según la ley, cuando tiene lugar ante el juez en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerados por el tribunal que deba resolver la causa. Esto es, durante la declaración que se presta o mediante una nueva declaración prestada, en los procedimientos orales, antes del cierre del debate; y en los escritos, antes de la citación a oír sentencia o de la vista de la causa en segunda instancia, y también la que se presta en ejecución de una medida para mejor resolver, cuando así lo permiten determinados procedimientos. En cambio, contra lo dicho anteriormente, debemos admitir que no puede considerarse válida la retractación realizada fuera del tribunal (p. ej., ante un notario), pues la ley exige que se realice “ante el juez”.

En consecuencia, la retractación servirá para atenuar o eximir la pena, aun cuando la declaración falsa ya se haya prestado y se hubiesen cumplido todas las formalidades para darle término (en los procedimientos escritos, la firma del juez y la autorización del Secretario). Es por ello que, a nuestro juicio, habría que distinguir dos situaciones: a) la retractación realizada durante la declaración y hasta antes de su término, cualquiera sea la forma del procedimiento, puede considerarse una forma especialmente regulada de desistimiento voluntario en la tentativa, de modo que el autor queda exento de toda pena en todos los casos, ya que su declaración falsa anterior no podrá ser tomada en cuenta en la sentencia; y b) la retractación realizada una vez terminada la declaración (retirado el testigo en un juicio oral, firmada el acta en uno escrito), donde adquiere pleno sentido hacerse la pregunta, para efectos de sancionar o no al responsable, acerca de la importancia de la retractación para el curso del juicio.

En estos casos (cuando la retractación se presta una vez terminada la declaración primitiva), sus efectos de la retractación varían según su importancia para el establecimiento de los hechos de la causa y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión. Si con ella o sin ella quien debiera vencer, ser condenado o absuelto, es vencido, absuelto o condenado, podrá considerarse un caso calificado y operar como una causa especial de extinción de la responsabilidad penal (una suerte de perdón oficial específico) que existiría desde el término de la declaración falsa, aunque el texto legal la denomina impropia eximente (y nosotros

antes “excusa legal absolutoria”). La ley da a entender que si, en cambio, existen en el proceso otras pruebas que permitan llegar a la verdad de los hechos y la retractación o la falta de ella no determinan quién ha de vencer en el pleito o la condena o absolución del acusado, la ley le confiere a dicha retractación el valor de una circunstancia atenuante muy calificada.

### e) Participación

Aunque se trata de un delito de aquellos que sólo se pueden cometer por la propia intervención corporal o personal del sujeto activo, ello no excluye el castigo de los partícipes como inductores o cómplices (en alguna de las modalidades del Art. 15 o en la del Art. 16), a menos que se encuentren en el caso de ser la parte que presenta al testigo, perito o intérprete falso en juicio, en el cual se les aplicaría directamente la sanción del Art. 207 CP.

### f) Penalidad

A efectos de castigar las declaraciones falsas vertidas en el proceso, nuestro Código realiza las siguientes distinciones, según el significado de la infracción para terceros y la sociedad:

- i) *Declaración falsa vertida en proceso penal por crimen o simple delito en contra el imputado o acusado*: presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales;
- ii) *Declaración falsa vertida en proceso penal por crimen o simple delito a favor del imputado o acusado*: presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales;
- iii) *Declaración falsa vertida en proceso penal por faltas, en contra o a favor del imputado o acusado*: presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales;
- iv) *Declaración falsa vertida en proceso civil contencioso o no contencioso*: presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales. Son procesos civiles todos los contenciosos que son tramitados ante los tribunales ordinarios pertenecientes al Poder Judicial y los especiales sometidos a la superintendencia directiva y correccional de la Corte Suprema, siempre que no se trate de Tribunales de Garantía o de Juicio Oral. Como ya dijimos, la regla especial del Art. 210 sólo subsiste en el texto legal por inadvertencia del legislador y debiera considerarse tácitamente derogada, ya que todos los casos que contempla están comprendidos en este Art. 206 o en el nuevo Art. 212.

## §8. PRESENTACIÓN EN JUICIO DE DECLARACIONES O PRUEBAS FALSAS (ART. 207)

Anteriormente contemplado en el Art. 212, el delito de presentación en juicio de declaraciones o pruebas falsas se encuentra hoy en día en el nuevo Art. 207, que castiga con al que “a sabiendas”, presentare ante un tribunal testigos, peritos o intérpretes u otros medios de prueba falsos o adulterados. Las penas, salvo para el caso de que sea un fiscal del Ministerio Público el responsable, varían según si se trata de un proceso penal por crimen o simple delito (presidio menor en su grado medio a máximo y multa) o de uno civil o penal por falta (presidio menor en su grado mínimo).

El autor de este delito es el apoderado, la parte o ambos, si están de acuerdo, que presentan tales medios de prueba falsos. Cuando lo hace un abogado la pena se agrava con la suspensión de profesión titular durante el tiempo de la condena y si se trata de uno que sea fiscal del Ministerio Público el hecho se transforma en crimen, penándose con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

La Ley N° 20.074 no aprovechó la ocasión para incorporar expresamente a este delito la presentación de pruebas falsas en procesos civiles no contenciosos y en aquellos administrativos. Como el Art. 210 no se extiende a estos casos, debe mantenerse la interpretación del antiguo Art. 212, según la cual, a diferencia del caso de las falsedades vertidas en el proceso, la expresión “causa civil” significaría aquí sólo causa no criminal, incluyendo tanto las contenciosas como las no contenciosas. Esta conclusión es particularmente relevante si se tiene en cuenta la lamentablemente frecuente presentación de informaciones sumarias falsas con testigos imaginarios (SCS 24.11.1967, RDJ LXIV, 345).

En cuanto a la culpabilidad, la expresión “a sabiendas” que usa el Art. 212 excluye derechamente el castigo por dolo eventual, como ocurre en todas estas figuras relacionadas con la falsedad como delito.

Por otra parte, este delito parece no admitir tentativa (SCS 18.7.1958, RDJ LV, 129), pues se produce en un único acto formal y, p. ej., aunque el testigo se retracte durante su declaración o posteriormente y sólo cometa tentativa de falsedad vertida en juicio un opere en su favor la nueva excusa legal absolutoria del Art. 208, su presentación como tal testigo falso está consumada.

Respecto a los concursos, esta figura contiene una situación típica de utilización maliciosa de documentos falsos, de los Arts. 196 y 198. La solución a este conflicto no puede darse por la vía de la especialidad si no se quiere llegar al absurdo de castigar menos severamente la utilización de un instrumento público en un juicio, que su utilización en la vida mercantil fuera de los tribunales de justicia. Pero como es exactamente el mismo hecho, sólo que está regulado desde perspec-

tivas diferentes, estamos enfrentados a un caso de alternatividad que ha de resolverse según cuál sea la clase de falso testimonio a que se asemeje la presentación del documento falso que se trate y las penas correspondientes, aplicando la que resulte más grave en el caso concreto.

### §9. PERJURIO (ART. 212)

Antes de la entrada en vigor de la Ley N° 20.074 existía un acuerdo entre los autores nacionales en que el delito de perjurio del Art. 210 era una forma general de faltar a la verdad bajo la fe del juramento o promesa de verdad, tanto ante autoridad judicial (en causas no contenciosas), como ante la autoridad no perteneciente al orden judicial (en materias administrativas), siendo una figura genérica frente a la cual el antiguo delito de falso testimonio era un caso especial (Etcheberry IV, 193). La reforma operada por la Ley N° 20.074 vino, sin embargo, a alterar este panorama, al sustituirse el antiguo delito de presentación de testigos y documentos falsos por una nueva figura genérica y residual de faltar a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por la ley con una pena de prisión en cualquiera de sus grados y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales (Art. 212).

Esta figura es desplazada, como su encabezado lo indica, por los casos ya antes estudiados, salvo por los Arts. 209 y 210 que, como se ha dicho, han de entenderse tácitamente derogados, no sólo por estar comprendidos en los Arts. 206 y 212, respectivamente, sino sobre todo porque de aplicarse esta regla concursal respecto de los hechos sancionados en el Art. 210, resultaría que esta nueva figura jamás tendría aplicación, perdiéndose el privilegio establecido.

El perjurio del Art. 212, como figura a la vez general y residual se caracteriza no sólo respecto de la autoridad ante quien puede cometerse —la ley no distingue si ha de ser judicial o administrativa—, sino especialmente, porque puede cometerse tanto en causa ajena como propia, atendido el hecho de que la ley solo exige para ello que se haya prestado juramento o promesa, sin relación con la calidad del autor (no se requiere que se trate de un testigo, perito o intérprete). Con ello se clausura, además, la antigua discusión jurisprudencial con relación a si era o no necesario para cometer el delito de perjurio que la falta a la verdad se realice previo juramento o promesa legalmente exigida como solemnidad en la declaración o si dicho juramento o promesa era innecesario para configurar el delito (Etcheberry IV, 194), quedando decidida por la primera alternativa dado el expreso nuevo texto legal. Sin embargo, ello no afecta a los más que numerosos casos especialmente regulados donde tal juramento o promesa no es exigido, incluso en causa propia, tanto en declaraciones no juramentadas, como en “declaraciones juradas simples” respecto de las cuales el juramento ante alguna autoridad no es

solemnidad exigida por la ley, e incluso mediante la presentación de documentos (privados) falsos ante la autoridad (Véase el detalle de este extenso conjunto de disposiciones en Matus, Jean Pierre (2015), *Código Penal y leyes penales especiales vigentes en Chile*, Santiago).

Finalmente, al igual que en el delito de falsedades vertidas en el proceso, se presenta aquí la cuestión acerca de si puede perjurarse por omisión, y las mismas razones que allí lo excluyen lo hacen aquí. Y, en cuanto a la culpabilidad, como en todas las falsedades, aquí se exige también el dolo directo y la duda conlleva sólo a una equivocación culposa o con dolo eventual impune, mientras el error excluye la punibilidad según las reglas generales.

## §10. ACUSACIÓN O DENUNCIA CALUMNIOSA (ART. 211)

La enrevesada redacción del Art. 211 y su constante tensión con las figuras de calumnias del Título VIII del Libro II, han provocado numerosos problemas interpretativos respecto de este delito, los cuales no pueden ser abordados con detalle en una obra de esta naturaleza. El interés protegido en la denuncia calumniosa no es un atentado contra el honor del denunciado, sino contra el correcto funcionamiento del sistema de justicia, puesto en movimiento del aparato criminal por un delito que no se ha cometido y/o contra una persona que no ha sido su autor, cómplice o encubridor. Por lo tanto, se trata más bien de una denuncia falsa en contra de otro que de una calumnia hecha por medio de la autoridad (Morales, Marcos (1993), *El delito de acusación o denuncia calumniosa*, Santiago, 155).

Autor puede ser cualquiera, salvo en el caso de los delitos de acción privada y mixta o de previa instancia particular, según la nomenclatura del CPP, donde sólo determinadas personas pueden dar inicio a la persecución penal. En cuanto a la víctima, no cabe el castigo penal de la auto denuncia, por falsa que sea.

La conducta consiste en presentar una denuncia o acusación calumniosa, esto es, falsa. La presentación de la denuncia es poner en conocimiento de la justicia o de sus agentes un hecho constitutivo de delito, con la narración de las circunstancias del hecho, y no tiene mayores exigencias que las de hacerse ante la autoridad competente para ejercer la acción penal. Hecha ante autoridad incompetente, el delito se transforma en imposible y, por tanto, impune. En cuanto a la acusación, ésta corresponde, en primer lugar, al Ministerio Público. El querellante sólo puede adherirse a la acusación del Ministerio Público, o presentar una propia, siempre que el Ministerio Público haya presentado la suya propia. En nuestro sistema procesal existe también el requerimiento de los juicios simplificados, equivalente funcional a la acusación fiscal. En consecuencia, como la ley no distingue, es posible plantear que también pueda cometer este delito el fiscal del Ministerio Pú-



blico al presentar, con plena consciencia, una acusación calumniosa. La falsedad puede consistir en atribuir falsamente hechos o una participación inexistente o en omitir circunstancias que le quitan carácter antijurídico al hecho. Al igual que en el resto de las falsedades, los errores o las equivocaciones y aún las inexactitudes deliberadas, pero referidas a elementos no substanciales, no son constitutivas de delito, como sucedería con una errónea calificación del delito (p. ej.: robo en vez de hurto, etc.). En todo caso, no pueden considerarse como acusaciones calumniosas aquéllas que no ponen en riesgo la administración de justicia, como las que se refieren a delitos ya prescritos o penados (Etcheberry IV, 198). Tampoco lo habrá si el reo es absuelto por falta de pruebas, pero el delito denunciado es existente. No es posible su comisión omisiva, pues los verbos rectores exigen una conducta activa: denunciar o acusar.

En cuanto a la llamada acusación indirecta, simulando indicios o huellas contra un inocente, ella no está prevista en este delito, que exige el acto formal de la denuncia o acusación, pero podría eventualmente constituir el nuevo delito de obstrucción a la investigación del Art. 269 bis.

El principal problema que esta figura ha generado a nivel jurisprudencial es de carácter procesal y se refiere al del significado de la expresión “declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada”. La cuestión que se discute es si dicha declaración debe hacerse por el propio tribunal que investigó la denuncia falsa o basta con la sentencia definitiva del que persigue este último delito. La doctrina mayoritaria es uniforme en no hacer exigible la declaración previa hecha por el tribunal que conoció de la denuncia falsa, y esa parece ser también la dirección de la jurisprudencia (SCS 18.6.1963, RDJ LX, 283).

Finalmente, en cuanto a la pena, como un relicto del antiguo sistema basado en el talió, ésta se gradúa atendiendo a si el delito denunciado es un crimen, un simple delito o una falta.

## §11. OBSTRUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN (ART. 269 BIS)

El extenso nuevo Art. 269 bis castiga al que, a sabiendas, obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeran al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación”. La pena se agrava si esos antecedentes falsos conducen a solicitar una medida cautelar o deducir una acusación. Hay una pena adicional de suspensión del ejercicio profesional para el abogado que incurre en este delito, una regla considera la retractación oportuna como circunstancia atenuante y una exención de responsabilidad de los parientes de los Arts. 17 CP y 302 CPP.

La vinculación de este delito con la terminología del CPP, explica por qué es difícil encontrar en el Derecho comparado de origen continental otros supuestos de similar factura. En cambio, la idea de la obstrucción a la justicia, como un conjunto de delitos que se cometen no sólo amenazando o forzando a testigos o alterando pruebas materiales, sino también por medio del engaño, aportando declaraciones y antecedentes falsos tanto a las autoridades judiciales como no judiciales, esto es, policías, fiscales u organismos o autoridades especiales, incluyendo el Congreso, se encuentra plenamente arraigada en el Derecho comparado (Doyle, Charles (2010), *Obstruction of Justice: An Overview of Some of the Federal Statutes That Prohibit Interference with Judicial, Executive, or Legislative Activities*, Washington). Este era, entre nosotros, el sentido del anterior Art 269 bis, que castigaba como obstrucción a la justicia la omisión de declarar ante los tribunales y una suerte de encubrimiento real tardío.

### A) *Bien jurídico protegido*

La obstrucción a la investigación cometida por particulares es un delito que comparte, con el de presentación de declaraciones falsas en el proceso, su carácter de atentatorio contra la recta Administración de Justicia, esto es, la correcta adopción de decisiones de orden jurisdiccional, en la medida que uno y otro son potencialmente capaces de alterar la base fáctica sobre la cual dichas decisiones habrían de adoptarse, afectando así el interés público existente en resguardar la fiabilidad del establecimiento de los hechos en los procesos judiciales. No obstante, es más o menos claro que la afectación al bien jurídico se produce en ámbitos diferentes y bajo condiciones procesales también diferentes: en un caso, durante la investigación del Ministerio Público que sirve para preparar la actuación jurisdiccional y en otro, propiamente durante la actuación de la judicatura, previo juramento. Sin embargo, la presentación de un antecedente falso en un juicio abreviado o la prestación de un falso testimonio en uno oral pueden conducir a similares decisiones erróneas, si con dichos antecedentes o testimonios se desvirtúa la realidad fáctica sometida a decisión jurisdiccional.

Las semejanzas y diferencias entre tales figuras dicen relación con sus diferentes requisitos típicos y condiciones: así como en ambos casos basta la declaración mendaz para su configuración (delito de mera actividad), en la obstrucción a la investigación esta mendaz declaración, si bien puede permitir configurar una tentativa, no supone la consumación del delito que requiere, para estos efectos, la producción de un resultado típico de obstrucción a la investigación: la adopción de una decisión por parte del Ministerio Público. Pero para apreciar tales diferencias, no se requiere un punto de partida apriorístico (como el funcional, propuesto por Rodríguez y Ossandón (2010, 277ss.)), sino basta con una adecuada inter-

pretación de las normas positivas involucradas, labor en que nos concentraremos a continuación.

## **B) Tipicidad**

### **a) Autoría**

En cuanto al autor del delito, la calidad personal del que lo comete es irrelevante. No cabe duda, por la referida historia de la ley, que puede ser cometido por terceros que aparecen como testigos de cargo o descargo en la investigación, lo cual confirma la expresa referencia del Art. 269 bis, inc. final CP, a un grupo de estos terceros, el cónyuge y los parientes mencionados en el Art. 17, inc. final CP, y en el Art. 302 CPP. La cuestión es más problemática frente a la participación de los intervinientes en el proceso penal, esto es, imputado, denunciante, víctima, policías, fiscal, defensor y querellante y sus abogados. De nuevo, el propio Art. 269 bis nos ayuda a despejar en parte este problema, al considerar expresamente una sanción especial para los abogados que incurrieren en las conductas que sanciona. Por lo tanto, el defensor y el abogado del querellante o el de la víctima sí pueden cometer este delito, por expresa disposición legal.

En cuanto a la víctima, el denunciante y el querellante, tampoco parece existir alguna dificultad para considerarlos posibles sujetos activos de este delito, pues tal calidad no les confiere un derecho especial a aportar antecedentes falsos ni tampoco a mentir en caso de ser llamados como testigos (Horvitz L., M<sup>a</sup> Inés; López M., Julián (2004), *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II, Santiago, 273). Es más, la configuración de este delito, durante una investigación, parece el lógico complemento tanto del falso testimonio prestado en juicio como del delito de acusación o denuncia calumniosa, que se comete para dar inicio a dicha investigación. Aplicando las categorías abstractas propuestas por Guzmán D., se podría explicar bien esta relación entre las figuras penales mencionadas, si se entiende la aportación de antecedentes falsos a la investigación como una suerte de fraude procesal, pues según este autor la acusación y denuncia falsas comparten con la simulación de delito y el fraude procesal el ser atentados a la Administración de Justicia en la forma de incoación indebida o desnaturalización de un proceso, aunque sea de carácter administrativo (Guzmán, José Luis (2005), *Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Objeto, sistema y panorama comparativo*, Managua, 52s.).

En relación con el imputado, habría que distinguir: cuando se trate de aportar antecedentes falsos en su propia defensa, parece ser que, en principio, su tratamiento no podría ser más severo que el de una declaración falsa hecha ante un Tribunal, si la investigación llegase a ese punto. Una declaración falsa hecha ante un fiscal por un imputado no podría ser más grave que la misma falsa declara-

ción prestada ante un Tribunal, pues indudablemente en el segundo caso el bien jurídico protegido está más en riesgo que en el primero. Pero ello no significa que exista algo así como un derecho legal o constitucionalmente reconocido del imputado a inculpar a terceros. El imputado que declara aportando antecedentes falsos que inculpan a terceros va más allá de su derecho a no auto inculparse y se acerca a la posición del testigo, pues de convencer al fiscal en dicha inculpanción, su comparecencia no será ya a título de imputado, sino de testigo de esos antecedentes inculpanatorios. Luego, el imputado sí puede, en ciertas condiciones, cometer este delito, esto es, cuando en su defensa inculpe a terceros, excluyendo su propia responsabilidad y aportando antecedentes falsos en contra de ellos.

Finalmente, este delito, por afectar a la sociedad toda en su dimensión de Administración de Justicia, carece de víctima, en el sentido del Art. 108 CPP. Sin embargo, la comisión de este delito puede ser el medio para afectar la honra, la libertad y la propiedad de un tercero, si se logra inculparle mediante la aportación de antecedentes falsos, y en ese caso habrá un concurso medial entre esta figura y el delito que corresponda al daño causado (injurias, calumnias, detención ilegal, estafa).

## b) Objeto material

El objeto material del delito son los “antecedentes falsos” que se aportan. El Código no define qué se entiende por “antecedente” para estos efectos, y se habla de “antecedente, objeto o documento”, como si se tratase de cosas diferentes. En el CPP la expresión “antecedentes de la investigación” se refiere a todo lo que sirve de fundamento para formular una acusación (Art. 406, inc. 2º), sin limitación a la enunciación de medios de prueba determinados. Este carácter genérico de la expresión “antecedente” es el que se emplea también en el Art. 140 CPP, cuando describe los requisitos para solicitar la medida cautelar de prisión preventiva. Luego, como la agravación de este delito está referida a que los “antecedentes falsos” aportados conduzcan a la solicitud por parte del Ministerio Público de una medida cautelar o una acusación infundadas, parece más apropiada la interpretación amplia de “antecedentes” en este Art. 269 bis siguiendo las indicaciones del Diccionario, esto es, entendiéndolos como cualquier “acción, dicho o circunstancia” que se aporte a la investigación y sirva “para comprender o valorar” si se ha cometido o no el hecho investigado (esto es, su “esclarecimiento”) o determinar la responsabilidad de alguna persona en él.

Según la historia de la ley, esos “antecedentes” incluyen, desde luego, las declaraciones prestadas por los testigos ante el fiscal del Ministerio Público y, debido a lo dicho en el apartado anterior, también las prestadas por los restantes intervinientes. Luego, en el caso particular de los abogados, estos “antecedentes” que puedan aportar no se limitarían a la presentación de testigos o documentos

falsos, como ocurre expresamente en el caso del delito del Art. 212 ya que la ley no plantea esta limitación. Por lo tanto, también pueden considerarse “antecedentes falsos” las declaraciones e informaciones que aporten los abogados en sus escritos o alegaciones, en la medida que sean falsas, se presten “a sabiendas” y conduzcan a la realización u omisión de actividades de la investigación por parte de los fiscales. Y así también lo entiende el Fiscal Nacional en su Oficio N° 638 de 9 de noviembre de 2005, donde afirma que “el delito también puede cometerse cuando algún interviniente e incluso terceros aportan a sabiendas al Ministerio Público, documentos, informaciones, pericias, etc., que son falsos y que pueden distorsionar gravemente la investigación”.

Como se ha dicho, la particularidad de dichos “antecedentes” es que, para configurar el delito, han de ser falsos y conducir a la realización u omisión de actividades de investigación. Como la ley no limita la clase de falsedad, podemos afirmar que ésta podría ser material (alterando físicamente los documentos y demás objetos que se presenten como verdaderos) o ideológica, esto es, faltando a la verdad en la narración de los hechos sustanciales, directamente en la declaración que se presta o atribuyéndole a los documentos y demás objetos presentados un sentido diferente al que poseen, de modo que quien recibe esa información adquiera un falso concepto de la realidad a que se refiere, como cuando se simulan indicios o huellas para inculpar de un delito a una persona inocente.

### *C) Conducta*

La conducta consiste en aportar los mentados antecedentes falsos a una investigación. Aportar, según el Diccionario es “contribuir, añadir o dar”, lo que podemos delimitar, de conformidad con la práctica procesal, al hecho de añadir algún antecedente (declaración u otro) a la carpeta investigativa. Por tanto, al contrario de la ya derogada figura de obstrucción a la justicia, la literalidad del texto actual parece excluir la comisión de este delito por omisión, esto es, negándose a aportar los antecedentes que se conozcan o se posean. Sin embargo, esta negativa, en cuanto se traduce en una negativa a declarar, habiendo sido citado como testigo ante el Ministerio Público, tiene su sanción en el Art. 190 CPP, que se remite al 240 CPC; y, en cuanto se limita a no aportar los antecedentes que se posean, existen los procedimientos de entrada y registro y de incautación de objetos y documentos previstos en los Arts. 205 a 217 CPP.

Los antecedentes falsos deben aportarse a una investigación criminal. El punto aquí es determinar la naturaleza de la investigación que se trate. La ley no exige que la investigación se encuentre “formalizada” o “vigente” en el sentido que le otorgan los intervinientes del proceso penal, sino únicamente que ésta exista y su prosecución sea posible en el sentido que determinen los antecedentes falsos que se aporten. Como ya hemos señalado, si se aprecia el conjunto de las disposiciones

que protegen la correcta administración de la justicia, podrá observarse, desde el punto de vista del tercero inocente, un continuo entre aquellas que pretenden evitar el inicio de procesos (ahora, investigaciones) injustos, a través del delito de denuncia o acusación calumniosa (Art. 211), pasando por aquellas infracciones que se cometen en o durante una investigación (su obstrucción, en el sentido del Art. 269 bis aquí analizado), y culminando en los más graves atentados, por el peligro cierto en que se pone a terceros de sufrir consecuencias penales, de falso testimonio, presentación de pruebas falsas y prevaricación. Luego, en el caso de una investigación cerrada en virtud de lo dispuesto en el Art. 248 letra c) CPP, aunque es discutible en doctrina que ella pueda reabrirse (Horvitz y López, 2004, 587), lo cierto es que dicha discusión es irrelevante para la configuración de este delito, donde lo que importa es que, producto de la aportación de antecedentes falsos, se realicen actividades de investigación, sin atención al estado que los intervinientes le asignen a la carpeta investigativa al momento de recibir los antecedentes que conducen a las nuevas actividades de investigación.

Por su parte, el Art. 250 CPP establece como causales de sobreseimiento de un proceso, que supone una investigación en curso, entre otras, la de que el “hecho investigado no fuere constitutivo de delito” o “cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado”, estuviere exento de responsabilidad penal, su responsabilidad penal estuviese extinguida o se haya puesto fin a la misma. En todos estos casos los hechos investigados criminalmente no son constitutivos de delito o, si lo son, de ellos no responde el imputado. Es decir, nuestro sistema normativo no exige para el inicio y desarrollo de una investigación criminal que los hechos investigados realmente existan y, de existir, sean punibles, o que alguna persona sea responsable de ellos. Sólo se exige que revistan caracteres de delito o, en otros términos, que lo parezcan, aunque no lo sean, en definitiva.

Debido a lo anterior, no se exige que para la obstrucción a la investigación de un delito se encuentre éste previamente acreditado, pues precisamente evitar tal acreditación puede ser uno de los objetivos del responsable. A este respecto, son plenamente válidas las consideraciones de la Excm. Corte Suprema en la SCS 21.1.2001 (Rol N° 289-01), respecto del anteriormente vigente Art. 269 bis. Luego, no es admisible la delimitación que Rodríguez/Ossandón, Delitos, 282 proponen, en el sentido que para configurarse este delito, “como mínimo tendría que encontrarse medianamente acreditado el hecho típico”, pues tal exigencia, amén de no encontrarse en la ley, desconoce la realidad normativa reseñada y es contradictoria con el hecho de afirmar, como hacen los autores unas líneas más adelante, que se cometería este delito dando inicio a una investigación por un delito falso, esto es, uno respecto del cual nada podrá acreditarse, aunque se haga “con el objeto de desviar o confundir la investigación” del hecho verdadero que queda a la sombra, pues ese móvil no es parte del tipo penal.

## D) Resultado

La ley señala que el resultado de este delito es “obstaculizar gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de los responsables”, pero no de un modo abierto e indeterminado, sino exclusivamente “mediante la aportación de antecedentes falsos que condujeran al Ministerio Público a realizar u omitir actuaciones de la investigación”. La preposición mediante, esto es, “por medio de”, es la que sirve de engarce para comprender cuál es el sentido de “obstaculizar gravemente el esclarecimiento etc.” y, al mismo tiempo, delimita esta expresión de manera normativa. Aunque es obvio que materialmente se obstaculiza gravemente una investigación amenazando al fiscal (delito especial del también nuevo Art. 268 quinquies), destruyendo evidencia u ocultando documentos (forma de encubrimiento punible sólo en relación con el actual Art. 17 N° 2), o amenazando a testigos o peritos para que no concurran a declarar, normativamente, el Art. 296 bis limita las formas punibles a este título exclusivamente a la aportación de “antecedentes falsos”. Pero tampoco basta con la falsedad de tales antecedentes. Dicha falsedad debe conducir a la producción de un resultado determinado: el error en el Ministerio Público, que lo conduzca a realizar u omitir diligencias de investigación. La realización u omisión de tales diligencias como consecuencia de la presentación de los antecedentes falsos que se trate constituyen el resultado del delito, normativamente determinado. Debe rechazarse la propuesta de Rodríguez y Ossandón (2011, 288), en el sentido de que esa actividad del fiscal sea “improcedente, equivocada, dilatoria”, pues al introducir un elemento normativo no contemplado en la ley (la utilidad o inutilidad de la actividad) hace incontrolable racionalmente la aplicación de la norma.

Como la realización de las actividades de investigación o su omisión es un resultado del delito que depende de las decisiones del fiscal, su número no aumenta el de los delitos cometidos, ya que la pluralidad está comprendida no sólo en la letra de la ley, sino también en el sentido que le confiere el hecho de que se agrave la conducta cuando los antecedentes falsos aportados conducen no sólo a adoptar decisiones de investigación, sino también a solicitar medidas cautelares o a presentar una acusación, lo cual supone normativamente el término de la investigación y la realización de más de alguna diligencia.

## E) Culpabilidad: *dolo directo*

El Art. 269 bis exige para la comisión del delito que la obstrucción de la investigación se realice “a sabiendas”. Esta referencia, que generalmente se entiende como excluyente del dolo eventual, parece suponer que, en este caso, lo que debe ejecutarse con conocimiento y voluntad es la aportación de antecedentes que se conozcan positivamente como falsos (no basta la duda al respecto) y que conduz-



can a la realización u omisión de actividades de investigación por parte del Ministerio Público, aunque no se puede exigir que se prevean concretamente dichos actos u omisiones, a pesar de que, probablemente, así ocurra en la práctica, como cuando se presenta un determinado antecedente falso y se pida que en razón del mismo se decrete una diligencia o actuación específica.

## *F) Agravantes, atenuantes y eximentes especiales*

### **a) Resultado agravado**

Cuando las actividades del Ministerio Público a que conducen los antecedentes falsos consisten en solicitar medidas cautelares o presentar una acusación, la ley prevé una agravación en un grado (pasando del presidio menor en su grado mínimo al grado medio), según el Art. 269 bis, inc. 2°. Como se aprecia, no se requiere que el engaño producido con la presentación de los antecedentes falsos al fiscal alcance al Juez para que el hecho se agrave, fundándose la agravante el peligro que una persecución penal injusta importa para la honra, libertad y propiedades del falso imputado. Subjetivamente, se debe exigir al menos la previsibilidad de la decisión más grave adoptada por el fiscal con base a los antecedentes aportados, lo cual de ordinario se podrá demostrar por las solicitudes que a su respecto se hagan o la dirección del sentido de los antecedentes aportados.

### **b) Retracción y eximente específicas**

En orden a favorecer el esclarecimiento de los hechos y como medida de política criminal, se ha establecido una atenuante especial de retractación oportuna para este delito, que en el caso de haberse solicitado una medida cautelar o deducido una acusación “se considerará como muy calificada, en los términos del Art. 68 bis”. Para la aplicación de esta última regla habrá que entender que lo que se quiere decir es que la pena se rebajará en un grado y a partir de allí se tomarán en cuenta el resto de las atenuantes y agravantes concurrentes, pues de otro modo la rebaja, primero, sería facultativa y, segundo, inaplicable en caso de concurrir agravantes. En el caso general es discutible que se haya preferido establecer la retractación como atenuante específica y, por lo tanto, compensable con eventuales agravaciones y sólo aplicable en el proceso de determinación judicial de la pena.

Por retractación oportuna se entiende la que es eficaz para que no se dicten las medidas cautelares solicitadas o se alcen en caso de haberse decretado y, respecto de la acusación, la que se realiza antes del pronunciamiento de la sentencia o de la decisión de absolución o condena. A ello habría que agregar que tal retractación valdrá siempre que se realice en forma tal que el tribunal pueda tomarla en cuenta, esto es, en realidad, antes de la apertura del juicio oral (al momento de decidir

las pruebas a presentar) o durante la rendición de dichas pruebas o en la audiencia de determinación de la pena, únicos momentos en que pueden presentarse evidencias a tomar en consideración por el tribunal.

En lo que respecta a la eximente específica, de ser el autor del hecho el cónyuge del imputado o alguno de los parientes a que se refieren el Art. 17 o el Art. 302 CPP, su mantención en la nueva formulación de este delito debe entenderse en atención a su propio fundamento, como causa de inexigibilidad de otra conducta. Es decir, si bien no cabe duda de que es excusable por la presunción de la fuerza irresistible subyacente quien declara falsamente haber departido con su cónyuge o pariente en un lugar diferente del que se cometió el delito que se le imputa en el momento de su supuesta comisión, no parece que la excusa pueda extenderse también a una declaración que a ello agregue antecedentes que impliquen a un tercero inocente en la comisión de ese hecho. Así, del mismo modo que el imputado puede mentir sin responsabilidad penal para esquivar la persecución que se dirige en su contra, pero no puede al mismo tiempo dirigirla impunemente hacia terceros inocentes, debiera, de conformidad con el sentido y fundamento de las exenciones del Art. 17 y del Art. 302 CPP, no extenderse esta específica exención al caso en que la aportación de antecedentes falsos conduce a la realización de actividades de investigación que ponen en peligro de ser sometido a medidas cautelares o condena a un tercero inocente.

## §12. OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA POR PARTE DE LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO (ART. 269 TER)

El nuevo Art. 269 ter contiene una figura especial, que castiga con las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo al “fiscal del Ministerio Público, o el abogado asistente de fiscal, que a sabiendas ocultare, alterare o destruyere cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, o que pueda servir para la determinación de la pena”. La disposición parece castigar el incumplimiento del deber específico de los fiscales del Ministerio Público (extendido por esta vía a sus abogados asistentes) de conducir las investigaciones penales bajo el principio de objetividad, consagrado en el Art. 3º. de su Ley Orgánica Constitucional, N° 19.640 de 15 de octubre de 1999, según el cual “en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”, agregándose: “de acuerdo con este criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que la eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

Las conductas difieren por tanto de las de obstrucción a la investigación cometida por particulares e incluyen la ocultación, alteración o destrucción de cualquier antecedente, objeto o documento antes o después de aportarse a la carpeta de investigación. En el caso del Art. 269 bis, los particulares no cometen delito en supuestos de ocultación o destrucción de antecedentes (a menos que el hecho no se haya descubierto y estemos en un supuesto de encubrimiento del Art. 17 N° 2), y sólo cometen el delito si la alteración de los mismos conduce a considerarlos falsos al momento de incorporarlos a la carpeta de investigación.

Una impropiedad del lenguaje parece, además, establecer una diferenciación entre los antecedentes de la investigación, y otros “objetos o documentos”, que no debiera considerarse como argumento para reducir el alcance del Art. 269 bis que sólo habla de “antecedentes”, incluyendo en ellos cualquier objeto o documento que sirva a los propósitos de la investigación criminal, dado el principio de libertad probatoria existente.

Con todo, hay que señalar que la ley no castiga la alteración, destrucción u ocultación de los antecedentes que existan en la carpeta de investigación, sino únicamente de aquellos (habiéndose o no aportado a ésta) que tengan la cualidad de permitir establecer la existencia o inexistencia de un delito, la participación punible en él de alguna persona o su inocencia, lo que supone un hecho a probar con independencia de la destrucción, alteración u ocultación. P. ej., un documento que no incida en tales extremos o una declaración totalmente irrelevante para el proceso bien podrían ser destruidas sin cometerse el delito. Naturalmente, será difícil conocer la capacidad de tales antecedentes para establecer la participación o inocencia de una persona una vez que estén destruidos, pero la ley no protege aquí la integridad de la carpeta de investigación. En tales casos, podría ser aplicable la norma general del Art. 4 Ley N° 5.507, de 9.11.1934, que castiga con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa al que sustrae, roba, hurta o destruye un expediente o proceso administrativo o judicial, en tramitación o afinado, con independencia de su cuantía o naturaleza. Pero dicha regla parte del supuesto de que el expediente constituye una unidad y es discutible su aplicación a las partes que lo constituyen.

En cuanto a la culpabilidad, la ley exige una actuación a sabiendas del fiscal o abogado asistente del Ministerio Público, esto es, con dolo directo, lo cual conduce a excluir la posibilidad de persecución penal por alteración, ocultación o destrucción de un antecedente que el responsable de la misma estime que no conduce a determinar la responsabilidad del imputado o la pena a aplicarle, aunque tenga alguna duda acerca de su utilidad eventual, en caso de emplearse junto con otros antecedentes que pudiesen surgir de la defensa u otros intervinientes.

### §13. OTRAS FORMAS DE OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA. EN ESPECIAL, EL DELITO DE DESACATO DEL ART. 240 CPC

Tanto en el CP como en otros cuerpos legales se encuentran numerosas otras formas punibles de obstrucción a la correcta administración de justicia, entre las cuales podemos mencionar, por su importancia para la vida práctica, los siguientes: a) el encubrimiento del Art. 17, la omisión de persecución penal de su Art. 229, y los delitos de omisión de denuncia de los Arts. 295 bis y 177 CP, del Art. 200 CPP y del Art. 13 Ley N° 20.000; b) la rotura de sellos puestos sobre efectos o papeles de un acusado o condenado por crimen (Art. 270, inc. 2°); c) los de tacha ilegítima de falsedad de firma propia puesta en un documento comercial (Art. 221 CCO), un cheque (Art. 43 D.F. N° 707, Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques), o una letra de cambio o un pagaré (Art. 110 Ley N° 18.092, sobre Letras de Cambios y Pagarés); d) la falsificación y alteración de muestras y resultados de exámenes de ADN (Art. 20 Ley N° 19.970, de 6.10.2004); y e) el delito de desacato del Art. 240 CPC, y en general, todos relativos al incumplimiento de otras resoluciones judiciales (Art. 27, inc. final Ley N° 18.593, sobre Tribunales Electorales Regionales; Art. 10 Ley N° 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar; Art. 209 bis Ley del Tránsito; y Arts. 128 y 172 Ley de Alcoholes). Hernández menciona otros casos asimilables, de incumplimientos de órdenes de autoridad especialmente penados, como la rotura de sellos (Art. 271), la destrucción de la cosa embargada (Art. 469 N° 6), el depositario alzado del Art. 444 CPC y la revelación de la identidad de un testigo protegido del Art. 307 CPP, que remite expresamente al Art. 240 CPC (Hernández, Héctor (2011), “Alcances del delito de desacato en el contexto de violencia intrafamiliar”, en Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2010, del Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 8, Santiago, 5-12, 10). De todos ellos, por su mayor relevancia práctica, a partir de la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal, estudiaremos en este lugar el de desacato del Art. 240 CPC.

#### *A) Presupuesto material: resolución que causa ejecutoria*

La resolución que se quebranta no es propiamente el objeto material del delito, la cosa sobre que recae la acción en que consiste tal quebrantamiento, sino el presupuesto material en que se expresa el mandato que se quebranta. Esta calidad no es equivalente a la de una condición objetiva de punibilidad, pues mientras éstas no exigen un correlato subjetivo, el conocimiento de la existencia de la resolución que se quebranta es un elemento subjetivo esencial en la configuración del delito, cuyo desconocimiento supone un error que excluye el dolo (SCA Coyhaique 1.2.2012, Rol N° 89-2011).

Sin embargo, a pesar de la amplitud del Art. 240 CPC, no toda resolución judicial es susceptible de ser quebrantada. En efecto, por regla general, sólo pueden serlo aquellas sentencias definitivas o interlocutorias ejecutoriadas cuyo cumplimiento no depende del ejercicio de las facultades ordinarias de imperio de los tribunales de justicia contempladas en el propio CPC (Arts. 233ss.), sino que quedan entregadas al acatamiento de las mismas por parte del vencido u obligado, a saber: a) resoluciones cumplidas, donde las facultades de imperio ya se han ejercido o podrían haberse ejercido en caso de no cumplirse voluntariamente, subsistiendo únicamente la obligación implícita de omitir o abstenerse de alterar lo ejecutado en su mérito; y b) resoluciones que imponen la obligación de omitir o abstenerse de realizar una conducta determinada inmediatamente tras su ejecutoria, sea de manera perpetua o temporal, lo que incluye tanto resoluciones de carácter definitivo como provisorio, y específicamente, medidas cautelares o provisionales dictadas durante el curso de un procedimiento.

Junto a estos casos generales, el legislador ha dispuesto imponer las sanciones del desacato del Art. 240 CPC a ciertos supuestos específicos que no cumplen necesariamente con las exigencias señaladas, como sucede ejemplarmente con relación a las medidas cautelares en casos de violencia intrafamiliar (Art. 8 Ley N° 20.066). Pero también hay casos en que la ley establece sanciones específicas para incumplimientos determinados, que desplazan al delito de desacato: Art. 90 CP, respecto del quebrantamiento de condenas; Arts. 12, inc. final Ley N° 18.460 y 27, inc. final, Ley 18.593, respecto del quebrantamiento de las resoluciones de los Tribunales Electorales; Art. 209 bis de la Ley del Tránsito, respecto del que conduce con licencia cancelada; Art. 172 Ley N° 17.105, respecto del que infringe la clausura del establecimiento; y todo el sistema de incumplimientos de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216.

Luego, no es de recibo la afirmación de Peña en el sentido de que el Art. 240 CPC consagraría un delito de desobediencia, consistente en el “incumplimiento de una orden judicial” (Peña, Silvia (2006), “Comentarios sobre el fallo de nulidad que confirma condena por el delito del Art. 240 del Código de Procedimiento Civil”, *Boletín del Ministerio Público*, N° 27, 159-162, 160), pues si bien existe desobediencia a una resolución judicial en el desacato, no toda desobediencia a las resoluciones judiciales es desacato. Pero tampoco resulta correcto que afirmar, como sostiene Hernández (2011, 7s.), que el Art. 240 CPP castigue exclusivamente incumplimientos graves o calificados, puesto que tal exigencia no se encuentra en el texto legal ni puede desprenderse de una interpretación conforme a los Arts. 19 a 24 CC.

## **B) Autoría**

El Art. 240 CPC no contiene una limitación expresa de sus posibles autores, por lo que, en principio, podría considerarse un delito común. Sin embargo, esta

afirmación debe ser matizada pues no cualquiera puede, en realidad, “quebrantar lo ordenado cumplir”, sino únicamente las personas a quienes se les ha impuesto ese especial deber jurídico emanado de la resolución judicial de que se trate. En efecto, el Art. 3° CC establece el principio del efecto relativo de las sentencias, según el cual “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Luego, recaída una resolución en un asunto entre partes, ordenando al vencido abstenerse de realizar un hecho futuro que altere el *statu quo* existente o creado por el cumplimiento de lo resuelto. Además, en los casos que las resoluciones judiciales que se inscriben en registros públicos oponibles a terceros, como las relativas al establecimiento de servidumbres y otras limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, es posible afirmar que los terceros que adquieren dichas propiedades se encuentran también obligados al cumplimiento de tales resoluciones, en la medida que su contenido se encuentre explicitado en las inscripciones respectivas.

### C) *Conducta*

El Art. 240 CPC castiga al que quebrantare lo ordenado cumplir. Según el Diccionario, quebrantar es una expresión de múltiples significados, los cuales aluden todos a la idea de alterar una cosa o estado de cosas previamente dado, esto es, el *statu quo* existente, rompiéndolo, traspasándolo, violándolo, etc. Luego, tratándose de quebrantar lo ordenado cumplir, lo que se castiga es la ejecución de un hecho que altera fácticamente el *statu quo* creado por una resolución judicial que causa ejecutoria.

La ley no ha podido precisar más la conducta punible pues su concreción depende, en todos los casos, de la naturaleza y contenido de la resolución judicial que se quebranta. Luego, siendo en general dos las clases de resoluciones que en este contexto se pueden quebrantar, dos han de ser también los modos de hacerlo:

- i) *Si se trata de una resolución ya cumplida, voluntariamente o a través de los medios coercitivos legítimos de que se dispone para ello*: se quebranta realizando cualquier hecho contrario a lo ejecutado, esto es, contrariando el mandato implícito de omitir alterar el *statu quo* consolidado con el cumplimiento de la resolución judicial que se trate;
- ii) *Si se trata de una resolución que ordena precisamente abstenerse u omitir ejecutar un hecho determinado desde su ejecutoria*: quebrantar significa realizar el hecho determinado cuya omisión se ha ordenado, alterando el *statu quo* que la ejecutoria de dicho mandato consolida.

En los casos especiales a los cuales normas expresas extienden el desacato sin atención a la existencia de ejecutoria o a la naturaleza de la resolución que se trate, ha de estarse a lo en ellas dispuesto para determinar el contenido preciso de la

infracción (p. ej., incumplimiento de ciertas sanciones o medidas de protección en los casos de los Arts. 8° y 10° de la Ley de Violencia Intrafamiliar, o conducir con licencia caducada, en el caso del Art. 209 bis de la Ley del Tránsito).

#### *D) Culpabilidad*

Desde el punto de vista práctico, las discusiones en torno al error de prohibición en estas materias son las que más relevancia han tenido a nivel jurisprudencial, especialmente tratándose del desacato en contextos de violencia intrafamiliar y sus medidas de protección. Al respecto, se reconoce que el desconocimiento o incompreensión de la resolución que ordena una medida cautelar puede considerarse una cuestión de hecho cuya prueba conduce a admitir la existencia de un error de prohibición indirecto, que excluye el dolo o la culpabilidad y, en todo caso, conduce a la absolución, con independencia del marco teórico que se emplee para llegar a esa conclusión. Al mismo resultado se llega cuando se acredita el consentimiento de las personas a cuyo favor se decretan las medidas de protección, aunque su tratamiento dogmático es todavía más confuso. En todo caso, resultan de vital importancia para la prueba del error o del consentimiento, las condiciones personales de los imputados, como nivel de instrucción y presencia de adicciones.



## Capítulo 16

# PROTECCIÓN PENAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

## §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Sin un Estado en forma no es posible la consecución de ninguno de sus fines, incluyendo la garantía de los derechos fundamentales. No basta para ello con el correcto desempeño de la función judicial. Es necesario que el Congreso y, sobre todo, el Poder Ejecutivo, estén en condiciones de desempeñar las funciones que hacen posible la vida en sociedad como ahora la conocemos. Su protección por la vía penal —más allá de la dispensada a la correcta administración de justicia— responde entonces a un interés legítimo, constitucionalmente relevante.

Por otra parte, no está demás mencionar que, en relación con la probidad, un aspecto específico del buen funcionamiento del Estado, el Art. 8° CPR declara que “el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”; y el Art. 52 CPR, al regular las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, contempla entre ellas declarar si han o no lugar las acusaciones formuladas contra Ministros de Estado, delegados regionales y las autoridades de cada región, por los delitos de traición, concusión, malversación de caudales públicos y soborno, siendo estos tres últimos característicos atentados contra la probidad.

## §2. PROBLEMAS COMUNES A LOS DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS

### A) *Autoría y participación*

El Art. 260 define al empleado público como “todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado”, y añade que “no obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”. Se establece así un concepto funcional de empleado público, que abarca una infinidad de situaciones no cubiertas por la estricta regulación del Estatuto Administrativo (para el cual, p. ej., no serían empleados públicos los notarios ni el Conservador de Bienes Raíces, cuya calidad de tales ha

sido reconocida por la SCS 11.8.2014, *Repertorio*, 284). Sin embargo, se discute la amplitud que haya de dársele a este concepto, particularmente respecto de la actividad empresarial del Estado, que alguna jurisprudencia estima ser parte de la función pública, de manera que empleados y directivos de las empresas estatales quedarían regidos también por estas disposiciones, no sin que existan sentencias en sentido contrario (En el primer sentido, véase la SCS 24.3.2009, y, en el segundo, la SCS 28.5.1999, ambas en *Repertorio*, 285).

Despejado el alcance del concepto de empleado público, es necesario hacer cargo del tratamiento penal que ha de dársele a los terceros que participan en los hechos delictivos cuya autoría la ley restringe a dichos empleados. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia dominantes distinguen si el delito es especial propio, esto es, se trata de aquellos en que “la cualidad del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que, faltando la misma, el hecho sería atípico” (Quintero O., Gonzalo (1974), *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974, 31), como la negociación incompatible (Art. 240); o especial impropio, como la malversación de caudales públicos (Art. 233), que tiene su equivalente en los delitos comunes de hurto y apropiación indebida, según los casos (Arts. 446 y 470 N° 1), de manera que su comisión por un empleado público puede verse como un caso agravado del delito común que se trate. En el caso de los delitos especiales propios se afirma la unidad de título y su comunicación a todos los partícipes, mientras que en los especiales propios se sostiene su divisibilidad y el castigo de los partícipes únicamente en atención a su calidad personal. Además, debe tenerse en cuenta que, en los delitos de cohecho y soborno, uno de los casos más relevantes en la materia, el legislador ha descrito las distintas formas posibles de participación de empleados y particulares como delitos específicos, aplicables a cada uno por separado.

Debe rechazarse, en cambio, la llamada teoría de los delitos de infracción del deber, según la cual, los particulares que participan en delitos cometidos por empleados públicos sólo podrían ser castigados a título de complicidad, por no portar el deber que transformaría en autores a los primeros, recogida en algún fallo aislado (SCS 7.10.2010, *Repertorio*, 262). Esta teoría carece de respaldo legal en Chile, donde las formas de participación punible se describen como hechos materiales en los Arts. 15 a 17. De este modo, el tercero que induce al funcionario a interesarse en un negocio que le es prohibido, realiza los presupuestos del Art. 15 N° 2 y puede ser perfectamente castigado por su inducción a la negociación incompatible, con la pena del autor. Y quien induce a un empleado a sustraer caudales públicos, en la medida que esa conducta es también una inducción al hurto de los mismos, puede ser castigado como autor de ese hurto, considerando la circunstancia de ser empleado público, presente en el autor, una agravante cuya comunicabilidad no está permitida por el Art. 64. Además, se debe tener en cuenta que esta teoría proviene de la tradición alemana, cuyo texto punitivo carece de las

disposiciones que normativizan, entre nosotros, las calificaciones de autoría y participación, a través de las precisas formas que el Código describe en los números 1° a 3° del Art. 15 y en los Arts. 16 y 17.

### ***B) Responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros y el lavado de activos***

La Ley N° 20.393, de 2 de diciembre de 2009, estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas para esta clase de delitos y, además, para el financiamiento al terrorismo. En lo que aquí respecta, cabe señalar que aunque en su Art. 1° sólo se menciona expresamente la comisión de los delitos de cohecho de funcionarios públicos nacionales y extranjeros como presupuestos para imponer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; la comisión de otros delitos funcionarios, como los de prevaricación, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, incluyendo las negociaciones incompatibles y el enriquecimiento ilícito, pueden dar lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la medida que son delitos base del delito de lavado de activos del Art. 27 de la Ley N° 19.913, que también permite la sanción penal de éstas.

La ley nacional adoptó como modelo de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el de la legislación italiana y las propuestas del profesor español Adán Nieto (2008, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Valencia), resultado de lo cual, tras el debate parlamentario, el texto vigente contiene un régimen penal aplicable en principio a toda clase de organizaciones y a toda clase de delitos (en la medida que el legislador desee ampliar su alcance), de carácter mixto, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de sus directivos y empleados, identificados o no, cometidos directamente en su interés, provecho o beneficio, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica (Arts. 3° y 5°). Las penas que se establecen para las personas jurídicas son las de disolución, prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición de obtenerlos, multa y las penas accesorias de publicación de la sentencia, comiso y entero de las inversiones injustificadas en arcas fiscales (Arts. 6° y 13°).

Los deberes generales de dirección y supervisión cuyo incumplimiento habilitaría hacer efectiva la responsabilidad penal de las empresas se especifican en la ley, entendiendo que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos

como el cometido. Sin embargo, la ley no impone directamente la obligación de adoptar dichos programas, entregando únicamente lineamientos para el caso que los adopten, los cuales recogen los principales elementos tenidos en cuenta en el Derecho Comparado, a saber: la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa cuya función es implementar un sistema de prevención de delitos que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, formalizando un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la propia empresa. Además, si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de “certificación” de su adopción e implementación. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento “contempla todos los requisitos” establecidos por la ley, en relación “a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica”.

La literalidad del texto legal, especialmente de su Art. 3°, podría llevar a concluir que, adoptado e implementado un modelo de prevención, debidamente certificado, al menos se podría pensar que, dentro del período de vigencia de dicho certificado, la persona jurídica podría eximirse por anticipado de responsabilidad, porque habría cumplido con sus deberes de supervisión y vigilancia, en la forma prevista en el Art. 4°. Sin embargo, no parece ser esta la interpretación ajustada a los principios generales del Derecho Penal, especialmente en aquellos casos en que la responsabilidad surge por un hecho que puede calificarse como propio o autónomo y no derivado de la comisión de un delito por parte de un directivo o subordinado que ha burlado el modelo de prevención establecido, como serían los supuestos de decisiones delictivas adoptadas por los directivos principales de la empresa, esto es, sus gerentes y juntas o directorios de administración.

### C) Aspectos procesales relevantes

En el aspecto procesal, cabe señalar que la Ley N° 19.645 modificó la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, para permitir que en las causas criminales seguidas contra empleados públicos, procesados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, el juez ordene la exhibición del movimiento completo de su cuenta corriente y de los respectivos saldos, liberando a estas causas del secreto bancario que sólo permite ordenar la exhibición de determinadas partidas de la cuenta corriente en causas civiles y criminales seguidas con el librador.

Además, se ha entendido que los procesos por esta clase de delitos no pueden ser terminados por ejercicio del principio de oportunidad ni por acuerdos reparatorios, por no ser disponibles los bienes jurídicos involucrados y participar en ellos empleados públicos (SCA Antofagasta 21.4.2006, *Repertorio*, 260).

## DELITOS QUE AFECTAN LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA

### §3. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO (ART. 241 BIS)

#### *A) Origen y propósito de la disposición*

El Art. 241 bis fue introducido en nuestra legislación por la Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006, luego de varios intentos frustrados en que se había esgrimido en su contra una posible inconstitucionalidad, atendida la amplia fórmula con que se plantea la figura en el Derecho Comparado y en las Convenciones Internacionales. En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, establece en su Art. IX que “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo han hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Menos enfáticamente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, dispone en su Art. XX que “con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”. Sin embargo, a pesar de las diferencias existentes entre los textos citados, se aceptó que de ellos emanaría la existencia de una obligación internacional que habría hecho necesaria la introducción de esta figura (Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 29.7.2005, 7).

#### *B) Crítica político criminal*

El establecimiento de este nuevo Art. 241 bis ha sido objeto de diversas críticas de carácter político-criminal, por parte de la doctrina. Así, en cuanto a su origen, se discute que realmente exista una obligación internacional que compela a su introducción en nuestro ordenamiento jurídico. Según Rodríguez y Ossandón (2011, 4399, los mandatos de las citadas Convenciones se podrían cumplir perfeccionando la legislación vigente y, en todo caso, supeditan la introducción de un nuevo delito a la Constitución y los principios fundamentales del ordenamiento de cada Estado Parte, por lo que “no pueden invocarse” como fundamento para haber incorporado el nuevo Art. 241 bis que, a su juicio, los contraría. Este argumento, sin embargo, no considera la literalidad de los textos internacionales en juego, la cual es el primer elemento de su interpretación, según el Art. 31.I de

la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, de 1969. Y el Art. IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción emplea el término imperativo “adoptarán”, para referirse a la obligación de incorporar el delito de enriquecimiento ilícito, en la forma que allí se describe y no en otra. Es cierto que ello está sujeto a la modalidad de hacerlo de conformidad con la Constitución y principios fundamentales de nuestro ordenamiento, pero dicha modalidad no condiciona la obligación clara e imperativa que, p. ej., no contempla el Art. XX de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, donde se emplea la expresión “considerará la posibilidad de adoptar”, etc., dejando el cumplimiento de esta invitación a legislar a la decisión de cada Estado Parte.

En segundo término, se critica la disposición del Art. 241 bis porque constituiría un delito de sospecha indeterminada de la comisión de otros delitos ministeriales. Se señala que ello se refleja en su inc. 2<sup>o</sup>, porque remite precisamente a esos otros delitos la punibilidad en caso de acreditarse. Se agrega que dicha cláusula haría, por lo demás, inaplicable e “inútil” el delito, pues de probarse el origen ilícito de los ingresos, debería probarse un delito funcionario o, en caso contrario, absolverse al imputado (Hernández B., Héctor (2006), “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho Penal chileno”, en *Revista de Derecho* (U.C. Valparaíso), Vol. XXVII, 2, 199s. y 213s.). Al respecto habría que señalar que el inc. 2<sup>o</sup> puede verse también como una cláusula concursal y de cierre del sistema, que convierte al delito del Art. 241 bis en la figura genérica y residual de los delitos contra la probidad administrativa cuyo resultado es el enriquecimiento ilícito de un funcionario público. En este sentido, cumple la misma función que las cláusulas similares de los Arts. 391, 473 y 488, cuya existencia en nuestro sistema parece acreditar que su empleo no transforma en inútiles las formas especiales de participación ni los delitos a que remiten.

Se señala, además, que la figura sería inconstitucional, por infringir el principio de legalidad del Art. 19 N<sup>o</sup> 3, inc. 8<sup>o</sup>, CPR. Según Rodríguez y Ossandón (2011, 440), esta disposición obligaría a que toda descripción típica incluyese un verbo auto denotativo, “es decir, un vocablo que dé a conocer por sí mismo el significado de la acción”. Sin embargo, a su juicio, el delito del Art. 241 no contendría un verbo de esa naturaleza, sino la descripción de un hecho fáctico, el “incremento patrimonial”, el cual “más que una conducta, es el resultado de una o varias conductas ejecutadas por el titular del patrimonio, pudiendo ser, incluso, el resultado del azar”. Este argumento, sin embargo, debe rechazarse pues de aceptarse habría que concluir que todos los delitos de resultado serían inconstitucionales, partiendo por el delito de homicidio, donde la ley describe precisamente una conducta que sólo se identifica por el resultado: matar a otro, resultado que puede causarse por una o varias conductas del responsable, que no están definidas en la ley salvo por la exigencia general de que sean cometidas voluntariamente (Art. 1<sup>o</sup>).

También se alega que la figura sería inconstitucional al obligar al imputado a probar la licitud de sus ingresos, lo cual es descartado por la propia literalidad del texto, que impone la obligación de la prueba de la ilicitud al Ministerio Público (obligación que, de todos modos, de conformidad con el Art. 297 CPP, le sería exigible aún sin expresa mención legal).

En definitiva, aunque es efectivo que probablemente la figura del Art. 241 bis CP tenga una limitada aplicación por su carácter residual, lo cierto es que no adolece de los graves inconvenientes constitucionales que se le han supuesto y, en cuanto a la oportunidad y conveniencia de su introducción, ello queda entregado a la discreción del legislador democrático, en tanto no infrinja con ello garantías constitucionales, cual no es el caso, según se ha visto.

### *C) Tipicidad*

Se trata de un delito de resultado, que exige acreditar: a) que el patrimonio del funcionario se incrementó de manera relevante durante el ejercicio de su cargo, lo que supone una prueba contable del patrimonio existente al momento de asumir el cargo y del que existía al momento de configurarse el delito que muestre esta diferencia relevante; y b) que ese aumento fue injustificado o indebido, esto es, que no puede explicarse por los ingresos legítimos en cuanto funcionario y el resto de los que pudiese haber obtenido lícitamente respecto de su situación patrimonial al ingresar al servicio (herencias, inversiones, etc.), o que se compruebe directamente su origen ilícito.

Cuando ese origen ilícito se prueba, todavía hay que determinar si tal ilicitud está vinculada o no con actos relacionados con el servicio que importen por sí mismos otros delitos, pues entonces la pena será la del delito antecedente y no la del resultado, produciéndose así una inversión en las reglas normales de la concurrencia, explicada por la baja penalidad de esta figura residual. Si no se prueba la ilicitud del origen del patrimonio, para proceder por este delito, de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del Art. 241 bis, la acusación debe probar: a) la cuantía total del patrimonio del empleado al momento de asumir el cargo; b) los ingresos lícitos del funcionario como tal y el resto de sus actividades, mientras ejercía el cargo que se trate; c) la cuantía total del patrimonio que posee al momento de la investigación; d) que el aumento patrimonial resultante de la diferencia entre el patrimonio actual y el existente al momento de ingresar al servicio no es explicable por el ahorro derivado de los ingresos lícitos del funcionario; y e) que no existe otra explicación económica que justifique el monto del patrimonio.



#### §4. MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS (ARTS. 233 A 235)

El Código contempla dos formas de malversación que, en orden de gravedad, son las siguientes el peculado del Art. 233, consistente en la conducta del “empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraere o consintiere que otro los sustraiga”; el desfalco o distracción, del Art. 235, que comete el “empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su disposición”, morigerando la pena en caso de que no se produzca daño o entorpecimiento; y la llamada sustracción culposa del Art. 234, en que incurre el “empleado público que, por abandono o negligencia, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción”.

En cuanto a autoría, la ley resuelve a nivel de tipicidad el problema de la participación del empleado público en una sustracción cometida por un particular, elevándola a autoría de este delito cuando consiente en ello. Esto significa que el empleado que induce a un particular a sustraer bienes fiscales o se concierta con él, facilitándole los medios para cometer la sustracción, o la presencia o impide o procura impedir que se evite o, de cualquier modo, coopera en su comisión, será castigado como autor de malversación y no como partícipe de la sustracción cometida por el particular. Por eso hemos señalado que este caso parece dar cuenta de un supuesto especialmente regulado de autoría mediata con autor doloso sin las calidades típicas: cualquiera sea la relación entre el empleado y el particular, el empleado siempre responde a título de autor.

Respecto del objeto material del delito, según el Diccionario, por caudales hemos de entender los bienes de cualquier especie, y principalmente el dinero; y por efectos, cualquier documento o valor mercantil, sea nominativo, endosable o al portador. La ley distingue si tales causales o efecto son públicos o particulares, a efectos de delimitar los títulos por los que se han entregado al empleado.

Dichos caudales o efectos debe tenerlos a cargo el empleado autor del delito. Tenerlos a su cargo importa tanto una obligación de custodia específica como un poder general de administración, aunque los bienes no estén bajo su custodia física, como sucede típicamente con quienes tienen la facultad de disponer u ordenar disponer el uso de los recursos depositados en la Cuenta Única Fiscal o en otras cuentas o instrumentos financieros que controle (SCS 4.1.1936, GT 1936-I, 194). Esta relación (custodia o administración) debe ser necesaria, esto es, emanar de la ley, reglamento, delegación o “encargo” (SCS 30.1.2006, *Repertorio*, 260), lo que excluye de este delito la apropiación de bienes o fondos a que el funcionario tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente (Labatut/Zenteno, II, 79), como el caso del empleado de Secretaría de un Tribunal con relación a los fondos depositados en la caja fuerte del mismo, bajo la custodia del Secretario. La SCS 25.7.1989 (*Repertorio*, 263), sostuvo, en este sentido, que un Jefe de

Finanzas contratado para esas labores en forma excepcional no está encargado de los caudales para efectos de este delito.

En cambio, tratándose de caudales o efectos de particulares, la ley señala específicamente que los títulos a que se reciben deben ser el depósito, la consignación o el secuestro. A falta de indicación expresa, no parece haber razones para no considerar los conceptos civiles de tales contratos que, por su propia naturaleza producen obligación de restituir.

Por excepción, *ratione objecto*, el Art. 238 CP extiende la sanción de estos delitos a cualquiera, empleado público o particular, que “por cualquier concepto” se halle “encargado” de fondos municipales o pertenecientes a una institución pública de instrucción o beneficencia. En este caso, la relación del empleado o del particular con la cosa no debe provenir exclusivamente del reglamento o la ley, y puede fundarse en una orden administrativa dada por el funcionario competente.

### A) *Conducta: rol del reintegro*

En cuanto a la conducta, la ley emplea en el Art. 233 las expresiones *substraer* o *consentir* que otro *sustraiga*. Respecto de la *sustracción*, el Código, en su Art. 235, limita las posibilidades de interpretación del Art. 233, al disponer, de manera algo oblicua, que el empleo o aplicación en usos propios o ajenos de caudales o efectos públicos, reintegrándolos posteriormente al erario fiscal no constituye el delito de *sustracción* del Art. 233. Luego, para configurar la *sustracción* de caudales públicos se requiere la prueba de dos elementos: a) la aplicación a usos propios o ajenos de los caudales o efectos que se trate; y b) la falta de reintegro oportuno de los mismos (SCS 14.1.1941, *Repertorio*, 262). Su aplicación a usos propios o ajenos y posterior reintegro oportuno conduce a la sanción de la conducta únicamente a título de *distracción* o *desfalco* del Art. 235, distinguiéndose la pena según si el hecho produce o no daño o entorpecimiento del servicio (Bunster, Álvaro (1948), *La malversación de caudales públicos*, Santiago 80s.).

En cuanto a la aplicación a usos propios o ajenos, tratándose de caudales o efectos corporales, ella puede definirse como el retiro, separación o extracción de las cosas de la esfera de custodia fiscal, casi una forma de “hurto”, como dice el Diccionario. A veces esa esfera de custodia es el propio empleado y, en tal caso, la *sustracción* equivaldrá a la *disposición* u *ocultamiento* de las cosas. Así, la jurisprudencia ha determinado que el empleado que recibe fondos para el Estado y no los integra a las arcas fiscales comete el delito, aunque tales fondos nunca hayan sido registrados como ingresos del Fisco (SCS 30.1.2006, *Repertorio*, 261). En cambio, cuando tales efectos son fondos públicos que se encuentran, p. ej., depositados en un banco bajo administración del empleado, la *sustracción* se manifiesta en su *disposición* ilegal, aplicándolos para sí o para terceros, restándolos

del patrimonio fiscal, equivalente en los hechos al “robo fraudulento” a que se refiere el Diccionario o a la apropiación indebida que cometería un particular (SCS 30.1.2006, *Repertorio*, 262, donde se destaca que, respecto de este delito común, la malversación aparece como especial y preferente).

Respecto del reintegro, su rol es determinar la calificación de la aplicación a usos propios o ajenos de caudales o efectos públicos: si el reintegro es oportuno, la aplicación de los caudales o efectos públicos a usos propios o ajenos constituye el delito es el del Art. 235; si no es oportuno, el hecho se califica de sustracción y se sanciona de conformidad con los dispuesto en el Art. 233 (*Repertorio*, 265.) En tales casos, el reintegro inoportuno, posterior al inicio de la persecución criminal, pero anterior al menos a la sentencia condenatoria, parece dar únicamente origen a la atenuante del Art. 11 N<sup>o</sup> 7 y no modificaría la figura punible. De allí que cobre vital importancia la determinación de la oportunidad del reintegro.

### a) Oportunidad del reintegro para excluir la penalidad del Art. 233

Según el Art. 85 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se presume de manera simplemente legal haberse cometido el delito de sustracción de caudales públicos por parte del funcionario que, requerido por dicho organismo, no puede presentar debidamente documentado el estado de cuenta de los valores que tenga a su cargo (SCA Santiago 1.9.2014, *Repertorio*, 261.). Este es el momento que fija la oportunidad del reintegro: la rendición de la cuenta. En consecuencia, la regla general en este punto es que, para que se configure la sustracción es necesario que el funcionario, requerido en la rendición de cuenta respectiva, no cuente en ese momento con los caudales o efectos que pudiesen faltar en ella ni los justificantes para su disposición, esto es, que no se produzca su reintegro (SCS 14.1.1942, RCP IV, 276). Pero la sola existencia de un déficit de caja, al momento de exigirse la cuenta correspondiente no constituye el delito, si dicho déficit es cubierto o justificado por el funcionario al momento del arqueo, o tiene su origen en un hecho atribuible a un tercero, sin negligencia de parte del funcionario encargado de los fondos. Por ello, la mayor parte de una jurisprudencia algo contradictoria estima incluso excluida la figura de la sustracción del Art. 233 si el reintegro se realiza aún durante el sumario administrativo, siempre que se haga antes de iniciarse la persecución criminal (Etcheberry, DPJ IV, 528s. y *Repertorio*, 261).

Sin embargo, excluida la imputación por esta figura, siempre podría considerarse posible la aplicación del delito de distracción del Art. 235, si al momento de rendirse la cuenta se comprueba que el empleado que administraba fondos de cuentas fiscales hizo giros a su nombre o de terceros sin decreto o autorización justificante, aunque posteriormente (y antes de la cuenta) haya reintegrado los

fondos irregularmente girados. Y en esos casos, podría incluso aplicarse las penas del Art. 233, si no se realiza el reintegro durante el sumario respectivo.

En cambio, tratándose de fondos por rendir, que se depositan en las cuentas corrientes de los funcionarios o se les entregan personalmente bajo fianza, transfiriéndoles el dominio, parece difícil configurar el delito pues nunca se configuraría la apropiación o sustracción. Sin embargo, es probable que la bancarización de la economía y la creación de cuentas personales con destino específico al servicio público haga cada vez más difícil considerar la posibilidad de una confusión de patrimonios y, por tanto, que en todos los casos la entrega de fondos por rendir produciría la completa libertad de disposición que haría imposible sancionar el desvío del uso de los fondos que se trate; pues en tales cuentas personales es posible un registro detallado de los movimientos que se tratan y, eventualmente, la prueba de la distracción, asunto que deberá resolverse caso a caso.

### **B) Culpabilidad. Figura del Art. 234**

Este delito debe cometerse con dolo directo, atendido el elemento subjetivo que conlleva la apropiación (SCS 6.12.1985, *Repertorio*, 261).

Se suele mencionar la figura del Art. 234 como un caso de malversación negligente, aunque en él falta la sustracción o el consentimiento en que otro lo sustraiga, y el reintegro no juega papel alguno, por lo que más bien parece una figura culposa *sui generis*, que castiga una falta al deber funcionario de resguardo, más que el aprovechamiento del funcionario de su posición de garante de bienes. La jurisprudencia ha limitado el alcance de esta negligencia a los casos de “culpa grave, que equivale al dolo, por lo inexcusable”, excluyendo así de este cuasidelito, p. ej., un simple descuido accidental de las llaves que le permite a un tercero acceder a la caja fuerte, e incluyendo la conducta del Tesorero que deja un cheque en blanco en poder de un empleado, que defrauda con él al Fisco, o la del que deja la caja fuerte abierta o no guarda sus llaves (SCS 30.6.1971, SCA Concepción 2.11.1911 y SCA Concepción 30.8.1904, *Repertorio*, 263s.).

### **C) *Iter criminis***

Puesto que tanto si se trata de una sustracción de lo que se administra, como de una omisión de restituir lo que se debe devolver, los caudales o efectos se encuentran en su origen lícitamente en poder material del funcionario, no es posible configurar aquí tentativa o frustración, pues en caso de sustracción y posterior devolución el tratamiento penal derivaría a la figura del Art. 235, y en el caso de la omisión de restituir, por tratarse de omisión propia —y al igual que en la

apropiación indebida—, no es posible concebir etapas del *iter criminis* anteriores al momento en que se exige la cuenta correspondiente.

### §5. FRAUDE AL FISCO (ART. 239 CP)

El Art. 239 castiga con las penas que indica, en atención a la cuantía de lo defraudado, al “empleado público que en las operaciones en que interviniera en razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipales o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”. Se trata de una especial forma de fraude por engaño, en que el autor es un empleado público y la víctima, el Fisco, representado por las instituciones que la ley señala. Al igual que el delito de malversación del Art. 233, esta disposición se hace cargo del supuesto en que el funcionario consiente en la defraudación hecha por un tercero, reconociendo así la posibilidad de castigarlo también como autor en un caso que la dogmática moderna consideraría de “autoría mediata con agente doloso” y eliminando las dificultades de calificar su participación en los hechos de un tercero.

Puesto que en este caso el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o a favor de un tercero, se ha entendido que no puede cometer este delito el empleado que dispone de los fondos en cuestión, sino otro que los obtiene de éste, quien sólo podría responder por las figuras de los Arts. 233 y 235. Por lo mismo, el reintegro posterior no juega aquí ningún rol en la calificación del delito, pudiendo sólo servir para configurar la atenuante 7<sup>a</sup> del Art. 11(SCS 28.10.1952, RDJ XLIX, 301).

Tratándose de una forma de defraudación por engaño, exige para su consumación precisamente el engaño y también el perjuicio propios de la estafa, aunque tal engaño no necesariamente debe constituir una acabada mise en scène (SCS 18.4.1966 (RDJ LXIII, 84). En cuanto al perjuicio originado al fisco, éste puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo o cesante (SCS 9.11.1960, RDJ LVII, 239). Alguna jurisprudencia exige también el enriquecimiento efectivo del defraudador (SCS 7.11.1951, RDJ XLVIII, 266), lo que no parece necesario para la consumación del delito.

En todo caso, parece esta figura exigir dolo directo, siendo claro que no se admite su comisión en forma culpable, pues el descuido, por más dañino que sea al interés público, no es una forma de defraudar que se encuentre legalmente sancionada, ni aún parece ser conceptualmente posible (SCS 7.11.1951, RDJ XLVIII, 266); y respecto de la consumación, por la característica de fraude que tiene este delito parece posible la tentativa y aún la frustración.

Tratándose de un delito especial propio, el tercero partícipe en este hecho, colaborando con el funcionario o aprovechándose de su consentimiento, puede ser responsable tanto a título de estafa común del Art. 473, de la calificada del 468, o de la especial de Art. 470 N° 8, según el medio engañoso empleado o la clase de provecho que se obtenga (remuneraciones, subvenciones, etc.), respectivamente.

## §6. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y TRÁFICO DE INFLUENCIAS (ARTS. 240 Y 240 BIS)

El delito de negociación incompatible consiste en que “el empleado público, directa o indirectamente, se interese en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo”. También se configura si en el negocio u operación confiados a su cargo diere interés a su cónyuge, sus parientes más cercanos (que se señalan determinadamente), a terceros asociados con él o con dichas personas, o a sociedades o empresas en que dichos terceros y familiares tengan la administración o un interés social relevante (superior al 10%). De acuerdo con la opinión absolutamente dominante, el precepto mencionado consagra un auténtico delito de peligro abstracto, que se consuma con la sola ejecución de las conductas descritas en sus diferentes incisos, sin que se requiera la verificación de un resultado o perjuicio para el patrimonio fiscal, y ni siquiera que deba acreditarse el que dicho patrimonio ha corrido realmente un riesgo concreto de ser afectado, puesto que éste se supone ínsito ya en la realización de los comportamientos prohibidos.

Las expresiones “tomar interés” y “dar interés” empleadas por los tipos, no implican la idea de obtención efectiva de ventajas, sino tan sólo la de “interesarse” o “interesar”, esto es, como señala el Diccionario en su segunda acepción, darse a sí mismo o dar a otro parte en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés. Todo lo que importa, en atención a la ratio legis de la norma, es que la “operación” en la que se interviene o se da intervención a otro tenga carácter lucrativo, pues únicamente en esas circunstancias surge el peligro que la ley propone evitar. Nada dice en contra de esta interpretación la inclusión de la figura en el párrafo de los “Fraudes y exacciones ilegales” pues, precisamente, en esta figura punible, si bien no se trata de un fraude actual, se procura prohibir el riesgo de fraude que al legislador le ha parecido ver implícito en la ejecución de negocios consigo mismo o con personas con las cuales el autor está unido por un vínculo conyugal o parental.

Por otra parte, la Ley N° 19.645 agregó en el Art. 240 bis como modalidad de comisión de este delito el hacerlo mediante tráfico de influencia. Al efecto, se dispone que cometerá el delito de negociación incompatible “el empleado público que, interesándose directa o indirectamente en cualquier clase de contrato u

operación en que deba intervenir otro empleado público, ejerciere influencia en éste para obtener una decisión favorable a sus intereses”, o para dar interés a cualquiera de las personas expresadas en el Art. 240. Ossandón, siguiendo cierta doctrina española, afirma, además, que no habría tráfico de influencia, si se induce a un funcionario a adoptar una decisión justa, entendiendo el delito únicamente como una especie de inducción a la prevaricación administrativa (Ossandón M<sup>a</sup> Magdalena (2003), “Consideraciones político criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, N° 10, 161-180). Sin embargo, la negociación incompatible- figura a la que en nuestro Código aparece vinculada en primer lugar la de tráfico de influencias —es aplicable con independencia de la justicia o no de la decisión que da interés a las personas relacionadas.

Un aspecto particularmente relevante presenta esta clase de delitos en orden a la culpabilidad, donde argumentando que las características extremadamente artificiosas del tipo penal contemplado en el Art. 240, cuyas peculiaridades, límites y significado, escapan a veces a la inteligencia de juristas avezados, y cuya existencia es ignorada incluso hasta por muchos letrados, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha tendido a aceptar de lleno la admisibilidad del error de prohibición invencible como causal de exculpación en estos delitos, si el autor no tiene conciencia de la ilicitud de su acto, como sucede si se trata de un profesional no calificado que desempeña un cargo de elección popular y debe adquirir bienes para la Municipalidad en el único establecimiento del lugar, de su propiedad o de propiedad de una de las personas que esta disposición menciona (SCS 23.3.1999, *Repertorio*, 22).

## §7. USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA (ART. 247 BIS)

La disposición del nuevo Art. 247 bis, agregado por la Ley N° 19.465, castiga al “empleado público que, haciendo uso de un secreto o información concreta reservada, de que tenga conocimiento en razón de su cargo, obtuviere un beneficio económico para sí o para un tercero”. Aunque incorporado dentro del párrafo relativo a la violación de secretos, no castiga una lesión a la intimidad de la persona que confía su secreto ni sólo una falta a la confianza pública depositada en los funcionarios, sino propiamente una falta a la probidad de éstos, consistente en hacer uso de un secreto o información concreta reservada, de que se tenga conocimiento en razón de su cargo, y obtener por ello un beneficio económico para sí o para un tercero. Se trata de un delito donde el provecho económico, siempre eventual (lo que recalca la ley con la expresión “obtuviera”) opera como condición objetiva de punibilidad, que limita la incriminación de esta figura a título de tentativa o frustración.



La pena que recibirá será la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa que podrá ir del valor equivalente al beneficio obtenido hasta el triple del mismo. El que la multa no pueda aplicarse a falta de obtención de tal beneficio es compatible con lo ya señalado en torno a que dicho beneficio es una condición objetiva de punibilidad y no un elemento del tipo penal, al contrario de los delitos de cohecho pasivo, donde las multas se calculan en relación con el beneficio solicitado o aceptado, con independencia de su materialización efectiva.

### §8. COHECHO (ARTS. 248 A 251)

La Ley N° 19.465, de 11.12.2011, modificó completamente la anterior regulación del cohecho, también llamado corrupción o soborno, anticipando la penalidad en todos los casos a la simple solicitud, aceptación u oferta de un beneficio económico, para cumplir o dejar de cumplir una obligación propia del cargo del funcionario cohechado, adelantando así el castigo penal a la simple expresión de una voluntad con un móvil reprobado jurídicamente (en la regulación anterior, la sola solicitud de una dádiva era, según Etcheberry IV, 253, un acto preparatorio impune de un delito que solo se cometía con su entrega o recepción efectivas). De este modo, la impaciencia del legislador, propia de estos tiempos, ha transformado los delitos de cohecho en delitos de expresión, donde el elemento subjetivo es fundante de la antijuridicidad y la medida del daño es un peligro puramente abstracto a la probidad funcionaria. La nueva regulación del cohecho ordena sus figuras típicas pasando del caso menos grave (cohecho pasivo propio, Art. 248) al caso grave (cohecho pasivo agravado, Art. 248 bis) y de éste al caso más grave (cohecho pasivo impropio, Art. 249), manteniendo el castigo como delito independiente del soborno o cohecho activo (Art. 250). Además, el Art. 251 conserva para todos los delitos del párrafo, la pena de comiso de las dádivas, que se refieren ahora a los bienes recibidos por el empleado público, y da reglas especiales para la aplicación de las penas de inhabilitación y suspensión que correspondieren en calidad de accesorias, cuando también estuvieren impuestas como principales en las distintas hipótesis de cohecho, en términos de que siempre se apliquen las más severas. Posteriormente, las leyes N° 20.342, de 22.4.2009 y N° 20.730, de 8.3.2014, introdujeron nuevas modificaciones a las penas aplicables a estos delitos, con el propósito de adaptarlas a las exigencias del Grupo de Trabajo de la OCDE en materia de corrupción. Las figuras que comprende esta clase de delito son las siguientes:

### ***A) Cohecho pasivo propio (Art. 248)***

El Art. 248 pena al “empleado público que solicitare o aceptare mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no están señalados derechos”. Como se lee, se castiga actualmente la sola solicitud o aceptación de una oferta de dinero o de otros beneficios económicos hecha por terceros al funcionario, con la promesa de realizar una conducta propia del cargo, con independencia de si se recibe el dinero o beneficio o se realiza o no la conducta propia del cargo (que de hecho ya pudo haberse realizado, como señala la disposición legal). Se trata, por tanto, de un delito formal, que no puede admitir etapas previas de desarrollo (de hecho, se castiga ahora como delito lo que antes era sólo una proposición o conspiración para el cohecho, impune).

### ***B) Cohecho pasivo propio agravado (Art. 248 bis)***

En el Art. 248 bis, se sanciona al “empleado público que solicitare o aceptare recibir un soborno en las mismas condiciones del artículo anterior, pero con una finalidad o por un motivo diferente: omitir o haber omitido un acto propio del cargo o por ejecutar o haber ejecutado un acto con infracción a los deberes del cargo”. La agravación por esta doble infracción se refleja en el hecho de que las penas corporales previstas aumentan en un grado (reclusión menor en su grado medio), se impone una inhabilitación absoluta temporal en vez de una suspensión y la multa se eleva desde el tanto al duplo de lo solicitado o aceptado.

El inc. 2º agrava la pena de inhabilitación, transformándola en perpetua, si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (el tráfico de influencias del Art. 240 bis). De este modo, esta clase de cohecho absorbe en su descripción típica al delito del Art. 240 bis, por efecto de lo dispuesto en el Art. 63, apareciendo como una agravación bastante menor, sólo predicable de la inhabilitación y la cuantía de la multa.

### ***C) Cohecho pasivo propio agravado o concusión (Art. 241)***

La Ley N° 19.645 modificó esta disposición, agravando su penalidad e incorporando el beneficio económico para terceros dentro de la descripción típica, que, en definitiva, castiga al “empleado público que directa o indirectamente exigiere mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos”. Al

modificarse sustancialmente la figura del cohecho, incluyendo en éste aún la sola sollicitación sin aceptación por parte del particular (Art. 248), la figura de la concusión ha quedado prácticamente sin contenido. En efecto, conforme a su nueva redacción, literalmente, la única diferencia entre esta figura y la del Art. 248 es el verbo rector: mientras en el cohecho se habla de “solicitar” o “aceptar”, siendo en ambos casos igual de punible el funcionario, el Art. 241 habla de “exigir”, lo que siempre se ha entendido que “indica algo más que ‘pedir’”, ofreciéndose el ejemplo del notario que niega la inscripción de una escritura pública mientras no se le paguen más derechos de los que la ley establece (Etcheberry IV, 250s.). Luego, como toda exigencia lleva ínsita una solicitud condicional, es imposible cometer este delito sin cometer al mismo tiempo el de cohecho del Art. 248. La figura así entendida se presentaba con dicha reforma como un caso agravado de cohecho pasivo propio del Art. 248. Sin embargo, la posterior modificación de las penas del cohecho pasivo propio, que incorporó una pena corporal, hace difícil sostener esta interpretación, si bien, en cuanto a la multa y la suspensión, el Art. 241 todavía presenta una agravación.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de alternatividad, donde la misma conducta es regulada por dos disposiciones y habrá que elegir la que en caso concreto imponga la sanción más severa, esto es, el Art. 248, procurando que las penas del Art. 241 produzcan un efecto oclusivo, limitando la discreción del tribunal en la imposición de la suspensión y multa correspondiente, que debieran aproximarse al máximo legal, para evitar el absurdo de que sea más conveniente alegar que se intentó hacer algo más grave para recibir una pena más leve.

Con lo anteriormente dicho, se despeja también todo problema interpretativo con relación al delito de exacción ilegal del Art. 157, donde no existe provecho propio o de terceros, sino celo injustificado por el provecho de la Administración.

Finalmente, no está demás destacar que, a pesar de sus deficiencias técnicas, la pervivencia de la figura de la concusión permite emplear su prueba como defensa de atipicidad, para el particular que consiente en un pago exigido de esta manera, que no aparece mencionada en la figura del cohecho activo del Art. 250.

#### *D) Cohecho pasivo impropio (Art. 249)*

El Art. 249 sanciona al “empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III”. Se extiende aquí la incriminación por este hecho a los abusos contra los derechos garantidos por la Constitución cometidos por empleados públicos, limitada en la anterior redacción a los delitos del Título V. Sin embargo, la reforma penológica de 2014, que fijó con carácter general las penas para este hecho en inhabilitación

absoluta, temporal o perpetua y multa de tanto al triple de lo solicitado o aceptado, desperdició la oportunidad de corregir el fraseo legal que, a diferencia de los casos anteriores, no castiga la solicitud o aceptación de un provecho por haber cometido un delito.

En cuanto a la pena prevista, advierte además el inc. 2<sup>o</sup> que si del cohecho se ha seguido efectivamente la comisión del delito funcionario que se trate, ella se aplicará sin perjuicio de la que corresponda por ese delito efectivamente cometido, agregando que éste se sancionará, en todo caso, con una pena que no será inferior a la de reclusión menor en su grado medio.

### *E) Cohecho activo o soborno (Art. 250)*

El Art. 250 castiga al “que ofreciere o consintiere dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas”. El texto legal excluye expresamente de los casos constitutivos de delito el consentir en dar al empleado un beneficio económico en los casos que éste haya sido exigido en los términos del delito de concusión del Art. 241, en que el particular más que autor de un delito es víctima de la avaricia del funcionario.

Al limitar la ley las conductas punibles a simples declaraciones de intenciones, de nuevo nos encontramos aquí con el castigo de lo que en la redacción anterior del Código constituían simples proposiciones y conspiraciones impunes. La anterior redacción consideraba a quienes efectuaban estos sobornos como cómplices del sobornado, para efectos de aplicarles la pena. El nuevo texto no se pronuncia expresamente sobre esta cuestión, pero al equiparar las penas con las del empleado, parece también equipararlos en la categoría de autores del delito, pasando sobre los hombros del particular un especial deber que, por repudiable que sea su actitud, no están obligados a cumplir: la fidelidad hacia la administración. Ello, además, producía en la redacción original una suerte de beneficio inesperado para el sobornante, pues las penas de suspensión e inhabilitación producían en él menos efecto que en el funcionario en ejercicio. Las reformas posteriores tratan de evitar esta situación y se distingue:

- i) *Soborno que se ofrece o entrega para que el funcionario realice un acto propio de su cargo del Art. 248*: se impone, además, la pena de reclusión menor en su grado mínimo;
- ii) *Ofrecimiento o aceptación de dar un beneficio para que el empleado público incurra en la figura de cohecho pasivo propio agravado del Art. 248 bis, omitiendo lo que debe hacer o realizando una conducta con infracción a los deberes de su cargo*: se establece que el sobornante será castigado,

“además”, con reclusión menor en su grado medio, “en el caso de beneficio ofrecido”; o con la menos grave de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, “en el caso del beneficio consentido”; y

- iii) *Soborno para cometer alguno de los delitos señalados en el Art. 249*: el Art. 250, inc. final, establece una regla especial de castigo a la inducción a cometer un delito, antes que el delito inducido comience a ejecutarse, al imponer al sobornante, “además” de las penas previstas para el funcionario, las de reclusión menor en su grado medio, si su conducta consiste en “ofrecer” un beneficio para que el funcionario delinca; y de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si se trata de “consentir” en pagar por la comisión del delito propuesto por el funcionario. Las últimas reformas legales corrigen un error de la primitiva Ley N° 19.645, denunciado en anteriores ediciones de esta obra, al agregar una cláusula concursal de alternatividad expresa, según la cual “en estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última”. De todos modos, si bien no se produce la atenuación antes denunciada, el cohecho no se toma en cuenta cuando se emplea como medio para inducir la ejecución de alguno de esos delitos.

Es importante destacar que, a pesar de la transformación en la tipicidad objetiva de los delitos de cohecho, el texto expreso del Art. 250 actualmente vigente mantiene intacta en el tipo subjetivo de esta figura la vinculación entre la conducta punible, ahora dar, ofrecer o consentir, con el delito, acto u omisión del empleado público que se trate, al emplear las expresiones “para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249 o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas”. Según el Diccionario, la preposición “para” “denota el fin o término a que se encamina una acción”, mientras que la partícula prepositiva *por* denota, entre varios significados que no vienen al caso, “causa”, esto es, el “motivo o razón para obrar”. Y, según la ley, ese fin, motivo o razón no es otro que la comisión de un hecho determinado, esto es, de un delito, un acto indebido, incurrir en una omisión de algo que debe hacerse o ejecutar un acto propio del cargo por el cual no corresponden derechos o corresponden derechos inferiores a los dados, ofrecidos o consentidos. Es decir, aunque ya no exige que ese hecho determinado se cometa para que el delito se consuma, como lo hacía la legislación con anterioridad a 1999, sí se sigue exigiendo como requisito para su configuración típica que la solicitud, oferta o aceptación de la dádiva o promesa se haga expresamente por o para la realización de ese hecho, con esa finalidad, causa o motivo.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia desde antiguo, cuando han resuelto que no constituye delito de cohecho la subvención que el comercio acuerda espontáneamente a un Prefecto de policía, en atención a su escaso sueldo, sin imponerle condición alguna que le produzca

obligación de ejecutar u omitir un acto obligatorio propio de su cargo (SCA La Serena 8.5.1914, *Repertorio*, 277); ni el aporte de dinero entregado a un funcionario que es destinado íntegramente al financiamiento de “la actividad política”, sin relación con actuaciones particulares (SCS 10.5.2007, Rol N° 3.430). A estas mismas conclusiones llegaban la doctrina y jurisprudencia en España, donde con una regulación muy similar se había notado el vacío existente en cuanto al castigo del soborno por la función y del financiamiento irregular de la política, situaciones recién legisladas con precisión en la Reforma de Ley Orgánica 10, de 23 de noviembre de 2015 (Muñoz Conde, 452).

Cabe recordar, además, que en el Art. 250 bis se dispone una atenuante especial, fundada en la inexigibilidad de otra conducta. Allí se señala que, en los casos en que el delito de cohecho activo tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los Arts. 248 o 248 bis que mediare en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

### *F) Cohecho a funcionarios públicos extranjeros (Arts. 251 bis y ter)*

La creciente tendencia en orden a establecer vínculos de cooperación internacional en todo ámbito de materias, ha llevado a nuestro Estado no sólo a celebrar numerosos tratados internacionales en que se reconoce la posibilidad de extraditar a personas que cometerían delitos que afectan únicamente intereses de Estados extranjeros (como son típicamente los delitos funcionarios), sino a configurar en nuestro propio ordenamiento un delito especial de soborno a funcionarios públicos extranjeros, en cumplimiento de lo dispuesto tanto en la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1999 como en Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, de 1997. Como señala Oliver, ello se explicaría porque aquí, aparte de la probidad administrativa, lo que se protegería sería “el normal desarrollo de las relaciones económicas internacionales”, como se desprendería de los sujetos intervinientes y del texto de la Convención que sirvió como antecedente primero para su incorporación a nuestro ordenamiento (Oliver C., Guillermo (2003), “Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N° 19.829 de 1999)”, en RChD, Vol. 30 N° 1, 39-53, 43).

Aparte de establecer penas mayores que las que corresponden al soborno de funcionarios nacionales, lo cual no deja de provocar cierta extrañeza, este delito se diferencia del soborno común en varios aspectos:

- i) *Persona del cohechado*: se trata de un funcionario público extranjero, esto es, conforme a la definición del Art. 251 ter, “toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa de servicio público”, o es un “funcionario o agente de una organización pública internacional”. La excesiva casuística de esta definición —dejando de lado su evidente propósito pedagógico—, puede, con todo, resultar perturbadora si se la compara con la del Art. 260 CP, aplicable a los funcionarios nacionales, donde no aparecen expresamente mencionados los que ostentan cargos legislativos o judiciales;
- ii) *Formas de la conducta*: en vez de la escueta formulación del Art. 250, se señala como constitutivo de esta clase de soborno el ofrecer, prometer, dar o consentir en dar, con lo cual genera la duda acerca de si la promesa de dar queda comprendida también en el Art. 250, dado que no se le menciona y la aceptación tiene una pena diferenciada y atenuada que reconoce que sólo se refiere al caso de quien acepta una solicitud previa hecha por el funcionario correspondiente.
- iii) *Objeto material*: el Art. 251 bis va más allá del provecho económico ofrecido o consentido dar en el Art. 250 y agrega que es delito ofrecer, prometer o dar un “beneficio económico o de otra naturaleza”, por lo que, p. ej., los favores sexuales podrían considerarse también como moneda de cambio que constituya este delito.
- iv) *Finalidad del soborno*: En cuanto al propósito del soborno, se limita el Art. 251 bis a castigar al que ofrece, promete o da un beneficio económico o de otra naturaleza para que el funcionario extranjero “realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí u otro, de cualquier negocio o ventaja indebidos en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales”, o por haber incurrido o realizado dichas omisiones o acciones, respectivamente. Esta limitación hace impune, p. ej., el soborno para torturar, detener ilegítimamente, allanar irregularmente, violar secretos, etc., lo que resulta del todo extraño si se quiere lograr una verdadera colaboración internacional en materias penales y no sólo la protección de intereses comerciales propios o ajenos, cuantimás si algunos de los hechos descritos pueden verse también como violaciones a derechos humanos, también resguardados por los tratados internacionales.



## DELITOS QUE AFECTAN LA CONFIANZA DEPOSITADA EN LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

### §9. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS (ARTS. 242 A 245)

El §7 Tít. V, L. II comprende aquí una serie de figuras donde la conducta del empleado público no sólo lesiona la confianza en él depositada sino también, la buena marcha de la administración, y hace extensivas sus disposiciones a los particulares que, cumpliendo ocasionalmente una función pública, se encuentran encargados accidentalmente del despacho o custodia de tales documentos o papeles (Art. 245).

#### *A) Sustracción y supresión de documentos*

Comprendido en el Art. 242, este delito contempla dos figuras diferentes y alternativas: por una parte, la supresión de un documento confiado a un empleado o eclesiástico; y, por otra parte, su sustracción. La referencia a los eclesiásticos hoy parece tener sentido sólo respecto de las actas del matrimonio celebrados ante ellos, según el Art. 20 de la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil. Allí se sanciona, atendiendo para graduar la pena en si del delito resulta o no grave daño a terceros o a la causa pública, el “eclesiástico o empleado público que substraiga o destruya documentos o papeles que le están confiados por razón de su cargo”.

El objeto material de este delito son los documentos o papeles confiados al empleado o eclesiástico por ley, reglamento o comisión de otro empleado público en el ejercicio de sus atribuciones. En cuanto a la conducta, la sustracción consiste más bien en la apropiación de los documentos o papeles por parte del funcionario, sacándolos de la esfera de resguardo de la Administración. Y en cuanto a la supresión, se contempla su destrucción total, ya sea material o jurídicamente, en el sentido que ya no sean utilizables por la Administración. La elevada penalidad de esta figura, sobre todo en caso de causar grave daño a la causa pública o terceros nos debe poner a resguardo ante su concurso frente a otros delitos que se refieren a esta clase de papeles, como la mal llamada falsificación por ocultación del Art. 193 N° 8 CP, la sustracción y destrucción de expedientes administrativos o judiciales del Art. 4° de la ley N° 5.507, y la estafa del Art. 470 N° 5. En todos los casos habrá de estarse a la pena que en concreto sea más alta, ya que bien parece que nos encontramos ante supuestos de alternatividad, en que la misma conducta es regida por leyes diferentes que no parecen haberse establecido como figuras especiales de otra común, prefiriendo la que en el caso concreto contemple la pena más grave.

Con todo, cuando no se causa un daño el hecho también es punible, pues lo que aquí se castiga primordialmente es el incumplimiento de un deber, lo que genera una figura formal o de mera actividad.

### ***B) Rotura de sellos (Art. 243)***

Esta disposición contempla las siguientes figuras: la dolosa de quebrantar los sellos de los papeles o efectos sellados por la autoridad; la dolosa de consentir en su quebrantamiento; y la negligente de quebrantar o consentir en el quebrantamiento. El objeto material aquí se extiende más allá de los papeles o documentos y comprende también cualquier efecto, en el sentido de cosa corporal, susceptible de sellarse por la autoridad. El objeto jurídico parece ser más el valor simbólico del sello que el verdadero daño a la causa pública, el que no es considerado ni siquiera para la graduación de la pena. La fuerza de este valor simbólico en nuestros redactores se refleja en el especial tratamiento que se dispensa a la rotura negligente de sellos.

En cuanto a la participación de terceros *extraneus*, aquí, como en el Art. 233, aparece el problema de la autoría mediata con agente doloso: el funcionario siempre responderá conforme a este Art. 243; y en cuanto al tercero, el Art. 270 le reserva en el delito común de rotura de sellos penas especiales según la naturaleza del objeto sellado.

### ***C) Apertura de papeles cerrados (Art. 244)***

La falta del valor simbólico ínsito en el sello, según el parecer que suponemos en los redactores del Código, lleva a la configuración de este delito, menos grave que el anterior, pero en el cual la conducta es similar, faltando sólo el sello en los papeles o documentos “cerrados” objeto material de este delito. La menor gravedad que la ley le asigna a esta conducta se refleja también en que no se castiga, como en el caso anterior, su forma culposa. En cuanto a la participación, estese a lo dicho respecto del quebrantamiento de sellos.

## **§10. VIOLACIÓN DE SECRETOS (ARTS. 246 Y 247)**

Es evidente que la esfera de intimidad y privacidad no se cautela sólo a través de la incolumidad de la morada y de la correspondencia, de los papeles y de las conversaciones o comunicaciones telefónicas privadas, según analizamos anteriormente. Hay muchos datos altamente personales que para ciertas personas no se mantienen secretos: Así, las enfermedades no lo son para el médico, diversos

hechos eventualmente deshonrosos o perjudiciales son de conocimiento del abogado (p.ej. en un juicio sobre divorcio toda clase de datos de la vida íntima, hay informaciones personales en poder de los encuestadores (secreto estadístico), de la policía, del empleador, etc. Por lo mismo, la violación de secretos puede considerarse un delito pluriofensivo, que afecta tanto la intimidad personal, como la confianza pública en el respeto del secreto por quienes acceden a ellos en calidad de funcionarios públicos o por la profesión que desempeñan.

Por eso la ley castiga al empleado público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio (Art. 246) o descubriere los secretos de un particular (Art. 247). Además, la ley ha contemplado sanciones específicas para muchos de esos funcionarios o profesionales que tienen el deber de guardar el secreto confiado, en el caso que no cumpla con esa obligación. En efecto, ya vimos que el Art. 231 incluye en la prevaricación la violación del secreto por el abogado o procurador. También se castiga en el Art. 337 al empleado de oficina telegráfica que revela los secretos que conoce y en diversas otras normas penales a otros funcionarios: revelación de secretos como espionaje (Art. 109, inc. 7°); la revelación de secretos de los organismos del Sistema de Inteligencia del Estado (Art. 43 y 44 Ley N° 19.974, de 2.10.2004); la del contenido de las solicitudes realizadas en el marco de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas (Art. 16); divulgación de secretos relativos a la propiedad industrial (Art. 158 N° 5); la revelación de secretos de fábrica (Art. 284); la violación del secreto tributario (Art. 101 Código Tributario); la del secreto estadístico (Art. 29 Ley Orgánica del Instituto Nacional de Estadísticas); la del secreto relativo a los antecedentes penales (Art. 6° D.L. N° 645 de 1925); la del secreto forense (Art. 16 D.F.L. N° 196, Orgánico del Instituto Médico Legal); la del secreto bancario (Art. 20 Ley General de Bancos y 1° D.F.L. N° 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias); la de secretos especiales en la investigación de determinados delitos: Ley N° 19.172 sobre Arrepentimiento Eficaz y Ley N° 20.000 sobre Tráfico de Estupefacientes, y Art. 19 de la Ley N° 19.970 que crea el Sistema Nacional de Registro de ADN; la del secreto del proceso de adopción; la del secreto cambiario (Ley N° 18.045 de Mercado de Valores); e incluso la del secreto derivado de la inspección de las defensorías públicas licitadas (Art. 61 Ley N° 19.718); etc. Por su parte, el Art. 15 Ley N° 19.992, de 24 de diciembre de 2004, sanciona con las penas de este Art. 247 la divulgación de “los documentos, testimonios y antecedentes aportados por las víctimas ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, creada por decreto supremo N° 1.040, de 2003, del Ministerio del Interior, en el desarrollo de su cometido”, los que se declaran “secretos” por el término de 50 años. Sin embargo, esta disposición rige únicamente respecto de los funcionarios públicos que los custodian en el Ministerio del Interior y de los integrantes de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, así como las demás personas que participaron a cualquier título en el desarrollo de las labores que se les encomendaron. Como señala la propia dispo-

sición citada, “este secreto no se extiende al informe elaborado por la Comisión sobre la base de dichos antecedentes”, ni tampoco obliga “a los titulares de los documentos, informes, declaraciones y testimonios incluidos”, quienes siempre pueden “ejercer el derecho personal” de “darlos a conocer o proporcionarlos a terceros por voluntad propia”. No obstante, aquí nos limitaremos al análisis de las figuras comprendidas en los Arts. 246 y 247.

### ***A) Violación de secretos públicos y entrega de información privilegiada (Art. 246)***

El objeto material de este delito es el secreto. Secreto es un hecho que no es de conocimiento general respecto del cual hay un interés de mantener en reserva. El Diccionario lo define como “lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto”. En materia de derecho público, la calificación de secreto la hace la ley respecto de ciertas materias (p. ej.: el secreto de ciertas deliberaciones en el Congreso Nacional) y los reglamentos que de ella se derivan.

La conducta consiste en revelar el secreto, esto es, su comunicación por escrito o verbalmente a terceros no autorizados para conocerlo, sin que sea necesario que se divulgue. Si el hecho se hace público por otra vía, de todos modos, no cesa la obligación de secreto. Aunque se trata de una infracción formal, es posible imaginar todas las etapas del *iter criminis*, como sería el caso de quien quisiera revelar por escrito un secreto, escribe el texto con la divulgación del secreto (tentativa) y lo envía por correo que es interceptado casualmente por otro funcionario o por el sistema informático habilitado para prevenir su difusión (frustración).

La Ley N° 19.645 agregó un inc. 3° al Art. 246, que hace aplicables sus penas, según corresponda, al “empleado público que indebidamente anticipare en cualquier forma el conocimiento de documentos, actos o papeles que tenga a su cargo y que deban ser publicados”. Se trata del castigo formal del hecho conocido popularmente como entrega de información privilegiada. Para este caso no se exige acreditar un provecho propio o de terceros, sino basta comprobar la revelación de esta información que, no siendo propiamente un secreto, puede ser de gran valor en el mercado (p. ej., la anticipación de tasas de interés del banco central, datos de la economía pública, decisiones de inversión y expropiaciones fiscales, etc.). En el caso que el funcionario de un uso de dicha información con provecho para sí o tercero, se configura el delito del Art. 247 bis, de uso de información privilegiada.

### ***B) Violación de secretos privados (Art. 247)***

Esta disposición contiene dos figuras, una aplicable a los empleados públicos en general; y otra, a los profesionales titulares que revelen los secretos que les

hubiesen sido confiados. Las diferencias entre dichas figuras van más allá del cambio de sujeto activo del delito. En la revelación de secretos privados hecha por funcionario público, su extensión está limitada por una condición objetiva de punibilidad: el perjuicio causado al particular.

En cambio, respecto de los profesionales titulares, la sola revelación de los secretos que les han sido confiados constituye el delito, con independencia de si de ello se sigue o no un perjuicio para aquél cuyo secreto ha sido violado. Esta disposición es sólo aplicable a las profesiones para cuyo ejercicio se requiere título otorgado por una Institución de Educación Superior reconocida por el Estado, y en el cual es necesaria la confianza entre el cliente y el profesional, como sucede típicamente en las tradicionales profesiones liberales: médicos, matronas, abogados, periodistas, arquitectos, etc. La configuración de este delito es paralela a la facultad que les concede el ordenamiento procesal a estos profesionales para no revelar sus secretos, incluso en causas criminales. Además, con relación al periodismo, el Art. 7° de la Ley N° 19.733, de 4.6.2001, establece un especial derecho a la “reserva de fuente”, que restringe el secreto a la individualización de la persona que lo comunica.

Tratándose de secretos privados, a la definición dada respecto a los públicos hay que agregar que no basta el mero capricho de que no se sepa si se prefiere ir a veranear a la playa o a la montaña. Debe existir un interés justificado. Además, el secreto en este caso debió ser confiado al profesional, esto es, que se le informó por el cliente, paciente o fuente, o lo comprobó personalmente por la relación de confianza. Por la misma razón de confianza subyacente, el profesional puede ser relevado del secreto por el consentimiento de quien se lo confía, el cual puede ser también implícito, como en el caso que se solicita una junta de médicos o se pide al profesional abogado que consulte el caso con otro.

De todas maneras, cabe tener presente que la ley, en ciertas situaciones obliga a la revelación de secretos, sobre todo tratándose de prevenir el contagio de enfermedades transmisibles (Art. 20 Código Sanitario), o para favorecer la acción de la justicia (Art. 175 CPP), caso en el cual opera la justificante del Art. 10 N° 10. De allí que se afirme que, en Chile, el régimen del secreto profesional es de un secreto relativo, contrario a uno absoluto y sin excepciones (Labatut/Zenteno II, 88).

## §11. ABUSOS CONTRA PARTICULARES (ARTS. 255 A 259)

El Código contempla en el §12 Tít. V, L. II, algunas figuras genéricas de otras especiales comprendidas en otros tipos del mismo párrafo y en el §4 Tít. III, cuya utilización práctica ha sido escasa sino nula en todo el tiempo de vigencia de nuestro Código, según se desprende de la falta absoluta de tratamiento jurisprudencial

(en fallos publicados) de casos en que resulten aplicables las disposiciones penales contenidas en este párrafo. A pesar de ello, la Ley N° 20.968, de 22.11.2016, introdujo cambios a estas disposiciones con la esperanza, al parecer, de darles un ámbito mayor de aplicación mediante el aumento marginal de sus penas.

### *A) Vejámenes y apremios ilegítimos (Art. 255)*

Producto de las modificaciones anunciadas, el Art. 255 castiga ahora con la pena de reclusión menor en su grado mínimo “el empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas”, “salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”. La nueva redacción del tipo penal, si bien mantiene la expresión genérica de vejaciones injustas como definición del hecho punible, eliminó la que antes se contenía a los apremios ilegítimos, pero agregó una agravante por discriminación, que se aplica si la vejación “se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público”.

Vinculada esta nueva redacción con las transformaciones a los delitos de torturas, se cuida, además, el legislador de aclarar que “no se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad”.

Es interesante notar la insistencia del legislador en mantener esta figura, cuando ahora a los delitos de torturas se suman los de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, de los Art. 150 A a F. En espera de una evolución jurisprudencial que le de contenido a este nuevo-viejo delito, solo diremos que por vejaciones entiende el Diccionario, la acción y efecto de vejar, y por vejar, “maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer”. Y que, según la doctrina dominante, desde Labatut a la fecha, éstas deben entenderse como “cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona” (Labatut/Zenteno II, 94).

### *B) Denegación de servicio (Art. 256)*

Este delito, contemplado en el Art. 256 castiga ahora con una pena menor que la dispuesta para el delito de vejaciones injustas, al “empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos”. El retardo malicioso y la negativa de auxilio a particulares, se castiga sólo si se

cumplen dos condiciones: que se haga con dolo directo (“maliciosamente”), y que el auxilio se encuentre ordenado por ley o reglamento.

Se trata de un delito formal, construido con la técnica de la ley penal en blanco, lo que incide en la valoración del conocimiento de la ilicitud de la conducta a la hora de afirmar su tipicidad. Una forma especial de cometer este delito es la del Art. 257, consistente en la negativa arbitraria de certificación o el impedimento del ejercicio del derecho de petición (que también se castiga en el Art. 158 N° 4). Aquí la voz “arbitraria” juega el mismo rol que “maliciosamente” en el 256: excluye el dolo eventual. Cometidas estas infracciones por jueces y funcionarios judiciales, este delito es el de prevaricación de los Arts. 224 N° 3 y 225 N° 3, donde sí se admite su forma culposa.

### *C) Solicitación de personas (arts. 258 y 259)*

Los Arts. 258 y 259 contemplan diversas situaciones en que al empleado público se le castiga por la sola solicitud de favores sexuales de personas que acuden a ellos, ya sea por tener pretensiones pendientes (258) o por encontrarse bajo su guarda o cuidado (259). El inc. 2° del Art. 259 extiende expresamente (y agrava, además) la punibilidad de la conducta del empleado público cuando la solicitud se dirige a las personas relacionadas con la que se encuentra bajo su guarda y que allí se mencionan. Cuando la solicitud se realiza por jueces o magistrados, el delito se desplaza a la figura del Art. 223 N° 3, si se dan el resto de las condiciones que allí se señalan respecto a la relación entre la solicitada y el solicitante.

Como el Art. 258 no contiene esta extensión del tipo, para abarcar ese caso sería necesaria una interpretación de la expresión “pretensiones pendientes” que abarcara también las de las personas relacionadas con quien ha realizado una petición o gestión ante el empleado que hace la solicitud, como interesadas en el éxito de dicha diligencia. De otro modo, se produciría el absurdo de que un empleado podría, p. ej., solicitar impunemente los favores sexuales de la hija mayor de 12 años de un proponente en una licitación pública, lo que es, a todas luces, intolerable.

La solicitud incluye no sólo la petición directa del trato sexual sino, como señala Etcheberry IV, 235, también la seducción favorecida por la posición de poder del solicitante. Pero no es, en ningún caso, un requisito del tipo la existencia de una relación sexual, siendo un delito formal que se consuma con la sola solicitud.



## DELITOS QUE AFECTAN EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN

### §12. NOMBRAMIENTOS ILEGALES (ART. 220)

La conducta consiste en designar para un cargo público a sabiendas a persona que se encuentre afecta a inhabilidad legal que le impida ejercerlo. Exige dolo directo (“a sabiendas”) y abarca no sólo los requisitos para obtener el cargo propuesto, sino el resto de las inhabilidades que señala el Estatuto Administrativo (Art. 11) o que dispongan leyes especiales para ejercer un cargo determinado. Lo que aquí se protege es el cuidado que debe poner la autoridad habilitada para el nombramiento al momento de la designación. De allí que esta figura no la puede cometer cualquier empleado que señala o propone a una persona inhabilitada para ejercer un determinado cargo público, sino sólo quien tiene la facultad de nombramiento o destinación en dicho cargo.

### §13. USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES (ARTS. 221 Y 222)

Aquí se pretende resolver penalmente problemas de competencia entre autoridades administrativas y judiciales, cuya regulación constitucional parece suficiente, por lo que de *lege ferenda*, debieran desaparecer del ordenamiento penal, como *de facto* ha sido hasta el momento. Así, p. ej., la conducta regulada en el Art. 221, “dictar un empleado reglamentos o disposiciones generales excediendo maliciosamente sus atribuciones”, es una situación que no sólo adolece de la nulidad absoluta a que hace referencia el Art. 7° CPR, sino también una situación solo aplicable al Presidente de la República (o a quien éste haya delegado sus facultades reglamentarias) única autoridad que en nuestro ordenamiento puede dictar los “reglamentos o disposiciones generales”.

Y, por su parte, el Art. 222, al aplicarse únicamente si la autoridad que usurpa la atribución de otra continúa en ello después de resuelta la contienda de competencia, parece ser solamente una especificación de las figuras de desacato, con el inconveniente de que su pena es sensiblemente inferior a la dispuesta al respecto por el Art. 240 CPC. La resolución de conflictos de competencia entre autoridades administrativas y judiciales se encuentra entregada al Senado de la República (Art. 53 N° 3 CPR).

## §14. RESISTENCIA Y DESOBEDIENCIA (ART. 252)

Aquí hay dos figuras: la desobediencia abierta a una orden superior y la pertinacia en la suspensión del cumplimiento de esa orden. Nuevamente nos encontramos con la regulación penal de una falta administrativa, para la cual son más que suficientes los resguardos reglamentarios. Como además estas disposiciones sólo pueden ser aplicadas en la medida que la orden, como señala el texto del Código, se refiera a “asuntos del servicio”, no permite recurrir a ellas para fundamentar excesos de autoridad ni imponen al funcionario el cumplimiento de órdenes ilegales y mucho menos de aquéllas constitutivas de delito.

## §15. DENEGACIÓN DE AUXILIO Y ABANDONO DE DESTINO (ARTS. 253 Y 254)

El §11 Tít. V, L. II, contempla estas figuras, cuya penalización parece también innecesaria y excesiva, al punto que las sanciones que se disponen para ellas son inferiores que las medidas que puede adoptar autónomamente la Administración, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 119 del Estatuto Administrativo. Por denegación de auxilio (Art. 253) se castiga al funcionario que no depende jerárquicamente de otro, pero está obligado a cooperarle legal o reglamentariamente; mientras que el delito de abandono de destino (Art. 254) castiga criminalmente una forma de ausentismo laboral, lo que parece una exageración, conforme a nuestros actuales parámetros culturales. Aunque la ley no lo exige expresamente, con sano criterio una sentencia sobre este último delito impide su aplicación si no ha existido daño para la causa pública, requisito que el Art. 253 contempla expresamente sólo para agravar la pena (SCA Concepción, 28.7.1915 (GT 1915-I, 1250).)

## §16. APLICACIÓN PÚBLICA DIFERENTE (ART. 236)

La ley describe el hecho punible como el que comete “el empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados”. Aunque esta figura se encuentra en el §5 del Título V Libro II, bajo el epígrafe correspondiente a las malversaciones de caudales públicos, y así es tratada por nuestros autores, no se trata propiamente de una falta a la probidad administrativa, como en el caso del peculado y el desfalco, sino más bien de otra falta de orden administrativo que, aparte de su carácter meramente formal, expresamente supone la inexistencia de perjuicio al patrimonio fiscal, siendo el daño o entorpecimiento a la causa pública

sólo una circunstancia que permite graduar la pena, por lo que en ningún momento está en duda la probidad del funcionario que incurre en esta conducta, sino sólo su incumplimiento respecto a los deberes que le impone el cargo.

En cuanto el sujeto activo, para configurar el delito, el empleado público (o el particular en el caso del Art. 238) debe administrar los fondos que aplica, esto es, tener capacidad de disposición sobre ellos, conforme las reglas del Derecho Administrativo. Además, los fondos objeto material de este delito deben tener una destinación específica diferente a aquella en que se aplican: dicha destinación se encuentra consagrada en la Ley de Presupuestos y en las disposiciones de ejecución presupuestaria pertinentes. Esta remisión a normas extrapenales convierte esta figura en una especie de ley penal en blanco (Etcheberry IV, 245), a pesar de la opinión de nuestro monografista en la materia, quien estima que la conducta se encuentra suficientemente descrita en la ley (Bunster, 1948, 120).

El Art. 236 habla de la aplicación diferente “arbitraria”, expresión que, según nuestra doctrina mayoritaria, se refiere únicamente a la antijuridicidad de la conducta, puesto que la Comisión Redactora la incluyó, con el objeto “de que no se comprendan en este artículo aquellos cambios que hicieron empleados subalternos en virtud de órdenes superiores y procediendo con arreglo a ley” (*Actas*, Sesión 49, p. 98). Sin embargo, la expresión arbitraria quiere decir algo más que fuera de los casos previstos por la ley o el reglamento, incluyendo más bien aplicaciones antojadizas, caprichosas, sin causa, razón o motivo (Labatut/Zenteno II, 82), por lo que bien puede entenderse que abarca también una referencia a la culpabilidad del autor, en el sentido de que no sólo es una llamada de atención al juez sobre la existencia de una razón legal para cambiar el destino de los fondos, sino también al hecho de que “no resulta posible sostener que un funcionario actúe de forma arbitraria o caprichosa cuando efectúa una aplicación pública diferente destinada a una mayor eficacia del Servicio para hacer frente a una contingencia (SCA Santiago, 26.3.1996, *Repertorio*, 266)

En cuanto a su consumación, ella requiere la efectiva aplicación de los fondos, no bastando para ello la orden respectiva ni siendo exigible tampoco la prueba del daño o entorpecimiento a la causa pública, elemento necesario solo para determinar la penalidad (SCA Antofagasta 12.7.2002), salvo lo que se dijo recién respecto de su apreciación para determinar el carácter arbitrario o no de la aplicación.

## §17. NEGATIVA A UN PAGO O A UNA ENTREGA (ART. 237)

El Art. 237 contempla dos formas de cometer este delito que, al igual que el anterior, consisten en faltas administrativas, especificaciones de los delitos de desobediencia, denegación de auxilio o abusos contra particulares, según las cir-

cunstances. Su carácter delictivo es explicable en el excesivo pero injustificado celo por resguardar el interés fiscal de parte del empleado público que, “debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante”, o que, “requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración”. Debe descartarse la idea de que la verdadera razón del castigo de estas conductas sea una especie de “sospecha de apropiación” (Etcheberry IV, 246), lo que resultaría de difícil justificación a nivel constitucional y más bien superfluo, pues si efectivamente existe una apropiación, las disposiciones de los Arts. 233 y 235 son suficientes para abarcar todos los casos posibles de la misma y su aplicación desplaza necesariamente a la de este Art. 237.

## Capítulo 17

# PROTECCIÓN PENAL DE LA SALUD PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES

### §1. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El Art. 19 N° 9 CPR garantiza “el derecho a la protección de la salud”, agregando en su inc. 2° que “el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. En su dimensión de salud pública, este derecho importa la necesaria preocupación por la salud de todas y cada una de las personas como presupuesto para el desarrollo de acciones de salud en individuos determinados. Desde el punto de vista del Derecho Penal, el Código contempla en el §14, Tít. VI, L. II, una serie de crímenes y simples delitos tendientes a asegurar la protección de la salud de todos y el acceso a acciones de promoción, protección y recuperación pertinentes. Así, se castiga el ejercicio ilegal de las profesiones médicas (Arts. 313 a, b y c), el expendio de sustancias nocivas (Arts. 313 d y 314), el envenenamiento de comestibles y aguas (Art. 315), la diseminación de gérmenes patógenos (Art. 316) y, en general, la puesta en peligro de la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad (Art. 318).

No obstante, es el delito de tráfico ilícito de estupefacientes —cuya regulación se encontraba primitivamente en los derogados Arts. 319 a) g)— el que hoy en día ha adquirido una relevancia mayor, reflejada tanto en la preocupación demostrada por los Organismos Internacionales y los Poderes del Estado, como en el ingreso en los Tribunales de Justicia, y en las detalladas previsiones de la Ley N° 20.000, de 16.2.2005<sup>1</sup>. La propia Ley N° 20.000 señala en sus Arts. 1°, 43 y 65 que estos delitos afectan la salud pública, en la medida que las sustancias objeto material de los mismos lo hacen, y también a esta clase de delitos deben entenderse referidas las conductas punibles, a efectos de la aplicación extraterritorial de la ley chilena. Sin discusiones, nuestra jurisprudencia sostiene un predicamento similar (SCS 16.12.1985 (RDJ LXXXII, 264).

---

<sup>1</sup> \* En este Capítulo, las menciones a Arts. sin mayor especificación se entienden hechas a los de la Ley N° 20.000

Podemos especificar la protección de la salud pública en esta clase de delitos, como la que se brinda a la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda verse afectado por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas, a lo que debe agregarse el peligro que este delito supone para la libertad de los individuos afectados, de resultas de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción. Luego, la medida del peligro para estos bienes jurídicos se encuentra en la posibilidad de la difusión incontrolable de las sustancias prohibidas, ya que de ese modo tales sustancias son puestas ilícitamente a disposición de los consumidores finales.

Nuestra Corte Suprema ha puesto especial hincapié en la importancia del bien jurídico protegido en esta clase de delitos, para delimitar los hechos que estima lo afectan de aquellos que no, particularmente al momento de juzgar la lesividad de ciertos comportamientos que, hoy en día, parecen tener amplia aceptación social. Así, acogiendo defensas de falta de lesión al bien jurídico, ha fallado que:

a) No se puede tener por acreditada una lesión a la salud pública ni constituido el delito, si falta la prueba de la naturaleza y efectos de la droga incautada (SCS 20.11.2014 y 25.7.2012, *Repertorio*, 598. Allí pueden verse sentencias en sentido contrario, pero en la actualidad este es el pensamiento de la mayoría de los miembros titulares de la Segunda Sala de la Corte);

b) No puede configurarse el delito de cultivo de especies vegetales prohibidas, si el cultivo está exclusivamente destinado al consumo personal del acusado (SCS 4.6.2015, *Repertorio*, 582);

c) Está excluido el castigo por la falta de porte de sustancias prohibidas, si el porte no trasciende al público y éstas están destinadas al consumo personal (SCA Antofagasta 3.7.2012, *Repertorio*, 601, donde se cita también jurisprudencia en contra de la Corte de Apelaciones de La Serena (24.5.2011)). Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia en esta materia, lo mismo que la relativa a la prueba de la pureza de las sustancias, está, por regla general, mediatizada por las cantidades verdaderamente incautadas y la trascendencia que los Tribunales Superiores le asignan para entender lesionado el bien jurídico en cada caso;

d) No procede castigar por porte el transporte de hojas de coca para fines religiosos (SCA Antofagasta 30.11.2007, *Repertorio*, 575).

Sin embargo, la Ley N° 20.000 no contempla únicamente delitos contra la salud pública, sino también muchas otras figuras que afectan en mayor grado otros bienes jurídicos, principalmente, la correcta administración de justicia, como son la omisión del funcionario público de denunciar delitos de la ley (Art. 13); y la violación de secretos de la investigación (Art. 38). Además, se contemplan especiales delitos de riesgo, vinculados con el consumo de sustancias prohibidas por parte de personal armado (Gendarmería, Investigaciones, Fuerzas Armadas, Art.

14) y a cargo de medios complejos de transporte (gente de mar y personal aeronáutico, Art. 15), y un particular delito de peligro concreto para la salud individual, como es el suministro de hidrocarburos solventes a menores (Art. 5°). Antes de la promulgación de la Ley N° 19.913, de 10.10.2003, que crea la Unidad de Análisis Financiero, contemplaba la Ley N° 19.366 también los delitos de Lavado de Dinero (Art. 12) y de Asociación Ilícita para cometerlo (Art. 22), figuras que, por su carácter general, vinculadas a todo tipo de actividades del llamado “crimen organizado”, encuentran una regulación especial en la mencionada Ley N° 19.913 (Arts. 19 y 20).

#### A) Excurso: Despenalización del consumo y auto cultivo de la marihuana (*cannabis*)

El Prof. G. Jakobs, en una variación sociológica de su pensamiento, sostuvo que mucho antes de que se liberalizaran las reglas sobre el aborto en Alemania, las rígidas prohibiciones hasta entonces existentes eran sólo una ilusión normativa, “no eran verdadero Derecho”, pues “cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social” (Jakobs, Günther, “Prólogo” (2003), en Jakobs; Cancio, Manuel, *Derecho Penal del enemigo*, Madrid, 13s.). Si se aprecia la realidad cotidiana en el Chile de hoy, lo mismo podría decirse de las rígidas prohibiciones sobre el cultivo, elaboración, tráfico, posesión y consumo en público y en privado, concertado o no, de los derivados de la *cannabis* sativa: la marihuana parece estar presente en fiestas, reuniones y celebraciones de todo tipo, no sólo de jóvenes sin temor al peligro, sino también de profesionales de toda clase y edad. Como droga recreativa, su consumo corre a parejas con el del alcohol y el tabaco en toda ocasión festiva.

Sin embargo, es un error afirmar que dichas prohibiciones no son Derecho ni, por lo tanto, jurídicamente vinculantes, puesto que el Derecho para vincular jurídicamente sólo requiere que se reconozca como tal por quienes ejercen la fuerza que sus reglas autorizan aplicar para hacer cumplir sus mandatos en los casos que establece: en la medida que jueces, fiscales y policías sigan entendiendo que es delito el cultivo, elaboración, tráfico, posesión y consumo en público y en privado, concertado para ello, de los derivados de la *cannabis*, seguiremos viendo noticias acerca de personas que son procesadas por dichas conductas. En este contexto, la discusión jurídica seguirá girando en torno a si esas prohibiciones alcanzan al cultivo, la compra y posesión o porte de marihuana para la atención de un tratamiento médico o para su uso y consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo, hechos no punibles según nuestra legislación. En efecto, según el Art. 50 de la Ley N° 20.000 el uso y consumo recreativo en privado de la marihuana (y, en realidad, de todas las drogas) no es ni delito ni falta. Es más, el uso y consumo medicinal de tales sustancias justifica su posesión y empleo aún en espacios públi-



cos y en ambientes no privados. Como se ha dicho, el problema legal es que, no siendo el consumo privado recreativo delito, la ley castiga el cultivo y el tráfico que proveen de tales sustancias a los consumidores.

Por eso, cuando se habla de legalización del consumo recreativo de marihuana se piensa en los *Coffee Shops* holandeses o en leyes como las de Uruguay, Canadá y todos los estados de la costa oeste de los Estados Unidos de América, incluyendo California y los Estados de Washington y Colorado, que permiten el funcionamiento legal de plantaciones y establecimientos de distribución y venta de hierba de marihuana y otros productos derivados de la *cannabis* para fines puramente recreativos, bajo un cierto nivel de control estatal, similar al que se aplica hoy en día a la producción y venta de otras drogas empleadas con el mismo fin, como el tabaco y el alcohol.

Y de allí surge la pregunta acerca de si es posible en Chile una legalización de esa naturaleza. Desde un punto de vista puramente técnico, lo más curioso de este problema de política criminal es que, en Chile, la legalización del cultivo y comercialización de la marihuana para fines recreativos es posible sin intervención del Congreso, esto es, sin realizar cambio legal alguno. En efecto, según el Art. 63 de la Ley N° 20.000 corresponde exclusivamente al Presidente de la República determinar, por vía reglamentaria, cuáles son las sustancias y especies vegetales cuyo tráfico, cultivo y consumo público se prohíben, sin que existan en dicho cuerpo legal limitaciones para el ejercicio de dicha facultad, como no sea la de no incluir en tales listados sustancias que de ningún modo no sean estupefacientes o sicotrópicas o productoras de ellas. Pero nada limita al Presidente a la hora de decidir qué sustancias no incluir en dichos listados. Luego, para la legalización del cultivo y comercialización de la marihuana para fines recreativos basta con una modificación al Decreto Supremo N° 867 que elimine de los listados que califican como “especie vegetal” y “droga” sujeta a la regulación de la Ley N° 20.000 la marihuana, su resina, sumidades floridas o con frutos y sus extractos y tinturas.

En contra de lo anterior, podría alegarse que Chile ha suscrito tratados internacionales vinculantes en la materia, como las Convenciones de Viena de 1961 y 1988. Sin embargo, la Convención de 1961 no obliga a prohibir el cultivo de cannabis, sino a fiscalizarlo, para que su producción no exceda las necesidades del mercado interno. Y la de 1988 distingue entre el tráfico y el consumo personal, permitiendo en su Art. 3°.2. no sancionar la posesión, adquisición o cultivo de estupefacientes, atendiendo a los principios constitucionales y a los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de cada una de las Partes. Y en su Art. 3.11 establece una cláusula general de no obligatoriedad de tipificación, al disponer que “ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará al principio de que la tipificación de los delitos a que se refiere o de las excepciones alegables en relación con éstos queda reservada al derecho interno de las Partes”. En definitiva, mientras se siga fiscalizando las producciones agrícolas de *cannabis* e informan-

do adecuadamente a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de aquello, controlando y restringiendo el tráfico internacional de las sustancias producidas en Chile, no se incurrirá en infracciones que produzcan responsabilidad internacional del Estado. Otra cosa es que, claramente, ello no pueda ser del agrado de algunos Estados con los cuales tenemos fuertes relaciones. Pero si dentro de los Estados Unidos de América, el consumo recreativo de marihuana, su cultivo y distribución al efecto no son considerados delitos en importantes Estados miembros de esa Unión, parece un poco exagerado pensar en algún argumento coherente que justifique una reacción internacional en contra de adoptar similares regulaciones en Chile (para un panorama global, véase Bewley-Taylor, Dave; Blickman, Tom; y Jelsma, Martin (2014), *Auge y caída de la prohibición del cannabis*, Trad. B. Martínez, Ámsterdam).

Resuelto el aspecto legal, se puede plantear la pregunta acerca de si una legalización del consumo recreativo de la marihuana fomentará o disminuirá la criminalidad organizada en torno al narcotráfico. Al respecto, mi respuesta es que no sucederá ni lo uno ni lo otro, pues el tráfico de marihuana, ni aún en condiciones de prohibición, ha producido una criminalidad organizada como la que gira en torno a la cocaína. En efecto, la criminalidad organizada derivada del narcotráfico gira, entre nosotros, principalmente en torno a la cocaína y su muy nocivo derivado, la “pasta base”, cuya oferta es limitada, debido a condiciones geográficas (la cocaína sólo parece cultivable en gran escala en las sierras andinas), pero cuya demanda es exponencialmente ilimitada, dados los elevados niveles de dependencia que producen en los consumidores aún administrada en pequeñas dosis. Eso es lo que eleva sus precios y no los costos de producción y distribución, donde deben incluirse los asociados a las medidas que se adoptan para eludir la “prohibición”. La “prohibición” como costo sólo influirá en el precio para fijar el mínimo a que se está dispuesto a vender las sustancias en cuestión (como base del precio de largo plazo), pero no influye en el precio actual, que depende exclusivamente de la relación entre la cantidad ofertada y la demandada. Luego, la combinación entre altos precios en un mercado controlado por pocos proveedores y que debe costear la elusión de prohibiciones estatales produce los lamentables efectos que se observan con plenitud en México y Colombia: competencia por la vía armada para controlar territorios, corrupción de funcionarios, amedrentamiento de la población, etc., todo ello financiado por los consumidores dispuestos a pagar fuertes cantidades de dinero por un producto escaso frente a su enorme demanda. El *cannabis*, en cambio, es una especie vegetal de fácil cultivo en prácticamente todo el territorio nacional, para cuyo consumo no se requiere proceso productivo alguno (basta con arrancar las sumidades y hojas de las plantas y dejarla o no a secar un tiempo) y, por lo tanto, es incapaz de generar un mercado negro atractivo, aún en condiciones de prohibición como las actuales, pues siempre existe una gran oferta del producto en relación con su demanda efectiva.

Finalmente, queda el aspecto medicinal. La ley y las Convenciones Internacionales reconocen el uso medicinal de las drogas, incluyendo el cannabis, y su uso terapéutico es recomendado en diversos tratamientos paliativos del dolor y la ansiedad. Ese no es un problema real, salvo para quienes voluntariamente niegan toda evidencia científica al respecto. Y aunque del mismo defecto adolecen quienes niegan la existencia de estudios que informan sobre eventuales efectos perjudiciales para la salud de su consumo recreativo, ellos no parecen ser más o menos que los producidos por el alcohol, el tabaco o incluso los alimentos ricos en grasas dañinas. Lo mismo hay que decir sobre los efectos en la atención y concentración al conducir vehículos motorizados. Y también hay que aceptar que terceros que aspiran el humo expelido por los fumadores inhalarán pasivamente alguna dosis del producto de la combustión del cannabis. Por lo tanto, la plena legalización del consumo recreativo de la marihuana, junto con la del cultivo y venta al efecto, debería ir acompañada por regulaciones que hagan extensivas al consumo de marihuana las limitaciones que hoy existen para el consumo público del tabaco y para la conducción bajo la influencia del alcohol.

## §2. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN SENTIDO AMPLIO (ART. 3°)

El delito de tráfico ilícito de estupefacientes se encuentra descrito, en su sentido amplio, en el Art. 3° inc. 1°, parte final, de la Ley N° 20.000, como inducir, promover o facilitar, por cualquier medio, el uso o consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. Según la capacidad de las sustancias que se tratan para producir los efectos antedichos, la ley establece una pena diferenciada, siguiendo la tradición que distingue entre tráfico de drogas duras y drogas blandas. Se trata de un delito de emprendimiento, consistente en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor.

Esta figura amplia abarca en sí misma el resto de las figuras penales contempladas en dicha ley y que podrían considerarse parte del llamado “ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes”, esto es, aquellas conductas que conducen a la puesta indebida de sustancias estupefacientes a disposición de los consumidores finales (en el mismo sentido, SCS 21.1.2009, *Repertorio*, 573). Estas especiales formas de favorecimiento del tráfico ilícito se estudiarán a propósito de cada una de las cuestiones dogmáticas analizadas, en atención a su propia naturaleza, ya sea como formas particulares de tráfico en sentido estricto (Art. 3° inc. segundo); de favorecimiento, como el caso del suministro ilegal de drogas (Art. 7°) y de su prescripción sin necesidad terapéutica (Art. 6°); o de actos preparatorios del mis-

mo, como la elaboración de tales sustancias (Art. 1°) y su cultivo (Art. 8°); o de participación criminal, como la facilitación de bienes del Art. 11°; etc.

## A) *Tipicidad*

### a) *Autoría*

El autor de este delito es indeterminado, no importando la calidad de quien lo comete sino como circunstancia agravante de la letra d) del Art. 19, esto es, si el delito se cometiere por funcionarios públicos aprovechándose de su investidura o de las funciones que desempeñan. Por la misma razón, la calidad de consumidor o de adicto a las sustancias cuyo tráfico se prohíbe no excluye por sí misma la comisión del delito que se trata (SCS 17.5.1993, GJ 155, 88), pero permite sentar una base para presumir, si concurren otros elementos de juicio —como una escasa cantidad decomisada, la ausencia de otra prueba del tráfico, etc.—, que la droga de que se trata está destinada al consumo personal y próximo en el tiempo, lo que excluye los delitos de micro tráfico.

### b) *Objeto material*

La mayor parte de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes (y particularmente los contenidos en el Art. 1° y 3°) contemplan como objeto material las drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, capaces o no de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, que se describen detalladamente en los Arts. 1° y 2° del D.S. N° 867, respectivamente. Según este reglamento, son, entre otras, sustancias productoras de dependencia física o síquica, capaces de producir graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, las anfetaminas, la cocaína, la resina de Cannabis, la Cannabis (cáñamo índico) sumidades floridas o con frutos de la planta del género cannabis de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se designe, la heroína, el LSD y el opio (Art. 1°); y no producen estos graves efectos, pero deben considerarse también sustancias estupefacientes o sicotrópicas prohibidas, entre otras, el Barbital, la Codeína, la hoja de coca, y la metadona y sus derivados.

Nuestra ley sigue aquí aparentemente la tradición que distingue entre drogas duras y drogas blandas, aunque la atenuación prevista para el tráfico de esta última clase de sustancias es solamente facultativa y en muchas de sus disposiciones ni siquiera se contempla expresamente (p. ej., Arts. 6°, 7°, 8°, 10°). Además, la elevación del *cannabis*, su resina y sumidades floridas a la categoría de sustancia capaz de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública destruye el fundamento mismo de esta clasificación y bien puede discutirse su

constitucionalidad dado que, materialmente, tal sustancia no parece estar comprendida en el sentido de la ley como droga dura, por más que así lo quiera declarar el reglamento. No abona a favor de esta elevación de categoría de la *cannabis* el hecho de que con ello se superan ciertas deficiencias técnicas como sucedía antes, donde podrían producirse potenciales absurdos derivados de considerar en algunos casos, particularmente donde se castigan especiales actos preparatorios o formas de participación (Arts. 8° y 11°, p. ej.), más grave el acto preparatorio o de participación que el propio tráfico.

Sin embargo, esto no significa que sólo esas sustancias sean las que se pueden considerar objeto material de estos delitos, sino que también pueden serlo sus materias primas (Art. 3°) —incluyendo los llamados “precursores” (Art. 2°)— y aún las especies vegetales a que se refiere el Art. 8° de dicha ley y que enumera el 3° del mencionado Reglamento en la medida que la compra y venta de dichas especies —sobre todo tratándose de compras o promesas de compras “en verde”—, en cuanto sirve a su acercamiento hacia los consumidores finales, favorece objetivamente el consumo de sus productos. Incluso podría darse el caso de conductas que objetivamente “promuevan, faciliten o induzcan” al uso o consumo de tales sustancias (Art. 3°), cuyo objeto material no sea directa, sino indirectamente, dichas sustancias, como cuando son, desde el punto de vista del derecho civil, objeto (ilícito) de una promesa de venta.

En cuanto a las semillas de *cannabis*, el cambio en las apreciaciones sociales y ciertas confusiones normativas derivadas de las omisiones en la Convención Única de Estupefacientes de 1961 y la reglamentación local que no consideran expresamente a las semillas de *cannabis* en el Art. 1° del D.S. N° 867, aunque sí sus sumidades floridas o con frutos y los extractos y tinturas de ésta, han permitido interpretar que las semillas de las especies vegetales productoras de estupefacientes, en la medida que no contienen en sí mismas los agentes sicotrópicos o estupefacientes estarían excluidas del objeto material de este delito, como lo declaró la STOP (4° Santiago) 5.3.2008 (publicada con nota aprobatoria de Fernández C., J. A., *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXI, N° 1 (2008), 171-185, donde se declara por voto de mayoría que la comercialización de semillas de marihuana es una conducta atípica. Si efectivamente las semillas no están contempladas entre las materias primas prohibidas, la atipicidad de su posesión y tráfico sería coincidente con una jurisprudencia anterior que ha señalado que no existe delito de tráfico cuando la sustancia que se trata no es una de las señaladas en la ley, por ser imposible su comisión —tentativa absolutamente inidónea— (SCS 13.9.1995 (GJ 183, 108).

### c) Elemento normativo: la falta de competente autorización

Este especial elemento normativo del tipo, referido a la antijuridicidad, se desprende de la sistemática de la ley, y en particular de las figuras especiales de tráfico contempladas en ellas, todas las que se refieren ya sea a autorizaciones legales o administrativas. En efecto, quien produce, cultiva, transfiere, suministra o prescribe estupefacientes prohibidos, sólo comete delito si dichos actos se realizan “sin contar con la competente autorización”, en contravención de las disposiciones legales y reglamentarias que rigen su actividad, o fuera del ámbito autorizado dentro del legítimo ejercicio de una profesión.

Si no admitiéramos que la facilitación al consumo también supone actos que se realizan “sin la competente autorización” o “en contravención a las disposiciones que rigen la actividad que se trata”, llegaríamos a la absurda conclusión de que resultarían al menos objetivamente típicas las conductas del médico que, dentro de la *lex artis* prescribe una sustancia controlada, por inducir a su consumo; la del farmacéutico que la vende, por facilitarlo; y aún la del visitador médico, por promoverlo.

### d) Conducta punible y medios de comisión

Aunque el Diccionario define literalmente inducir como “instigar, persuadir, mover a uno”; promover como “iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro”, y también como “tomar la iniciativa para la iniciación o el logro de algo”; y facilitar como “hacer fácil o posible la ejecución de una cosa o la consecución de un fin”, desde la perspectiva del bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de estupefacientes, esto es, el peligro de la difusión incontrolada de las mismas, los términos inducción, promoción y facilitación no pueden referirse al “uso o consumo de tales sustancias” por una única persona determinada, sino, “al uso o consumo masivo de tales sustancias”, esto es, a su uso o consumo por personas indeterminadas.

La ley indica que este delito puede cometerse “por cualquier medio”, sin mayor especificación. Sin embargo, dada su directa vinculación con la Convención de Viena de 1988, podemos entender que tales medios, para poner a disposición de los consumidores finales las sustancias prohibidas, serían básicamente las siguientes conductas: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente en contravención a lo dispuesto en las convenciones internacionales —sin la competente autorización, según los términos de la ley chilena— (Art. 3.1.a) i)); el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes en con-

tra de lo dispuesto en las convenciones internacionales (Art. 3.1.a ii)); la posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente con el objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas anteriormente (Art. 3.1.a iii)); y la organización, la gestión o el financiamiento de alguna de las actividades antes enumeradas (Art. 3.1.a iv)). Todas estas conductas se encuentran incorporadas de manera explícita o implícita en las figuras especiales de tráfico ilícito de los Arts. 1° a 4° y 6°, 7°, 8° y 16° de la Ley N° 20.000, por lo que a ellas remitimos su análisis en particular, salvo los casos del tratamiento que haya de brindarse al financiamiento de estos delitos, y a la oferta (y oferta de venta), distribución, corretaje, y donación —como forma de favorecimiento por cualquier medio—, de estupefacientes prohibidos, que analizaremos a continuación.

En cuanto al financiamiento de las conductas constitutivas de tráfico, cabe estimarlo como autoría directa de la figura básica de inducir, promover o facilitar el consumo masivo de las sustancias prohibidas, pues por su capacidad de poner término a la ejecución del delito, cabe afirmar que tiene sobre el mismo el dominio del hecho. Cuando el financista pierde la capacidad de poner término a la ejecución del delito, debe considerarse como autor—inductor del Art. 15 N° 2 CP, por precio. En efecto, respecto del organizador, gestor o financista de la actividad de tráfico ilícito cobra pleno sentido el alcance natural y no jurídico de la expresión “inducir al consumo” que utiliza la ley y que dista también en parte de lo señalado en el Diccionario, pues no se refiere a la inducción a un acto impune, como el consumo personal, sino a la inducción al consumo masivo, a la difusión incontrolada de tales sustancias, y eso es precisamente lo que hace quien, aún sin tomar participación directa en la actividad de tráfico propiamente tal, “invierte” en esa actividad ilícita, financiando a sus operadores y esperando a cambio una utilidad en relación al capital invertido, utilidad que sólo puede provenir, directa o indirectamente, del gasto que en las sustancias ilícitas realizan los consumidores finales. Pero como ya dijimos, aquí no es necesario, como en los casos de delitos de lesión, que esta inducción lleve necesariamente al consumo a que se refiere, pues sólo es necesario acreditar el peligro de que tal consumo masivo llegue a realizarse, inducido por la conducta del autor.

La oferta es, según el Diccionario, “la promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar una cosa”, y la oferta de venta, es la que se hace específicamente para ello. La oferta es un acto unilateral formal, y, por tanto, para su consumación no requiere el consentimiento de otra persona ni el efectivo cumplimiento de lo prometido.

Distribución es, según el Diccionario, no sólo la acción y efecto de distribuir —“dividir una cosa entre varios, designando lo que a cada uno corresponde, según voluntad, conveniencia, regla o derecho”—, sino también, en su acepción comercial, el “reparto de un producto a los locales en que debe comercializarse”. Esta es la actividad que principalmente realizan los dirigentes de las organizacio-



nes criminales, tendiente a establecer zonas y lugares de comercialización de su producto.

Corretaje es, según el Diccionario, “la diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas”, concepto que necesariamente nos lleva al de corredor, quien es el que “asiste a los mercaderes para despacharles sus géneros, solicitando personas que los compran”. Naturalmente, todas las referencias que en estas definiciones se hacen a actividades lícitas deben dejarse de lado para rescatar de ellas la idea principal de la conducta que se trata: se castiga a un tercero que hace las veces de intermediario entre el productor y el distribuidor, entre el distribuidor y el vendedor, entre el vendedor y el consumidor final, etc.

Finalmente, la donación, como forma de entregar estupefacientes para su consumo indiscriminado “de cualquier modo”, en este caso, gratuito, también es una forma de inducir al consumo masivo de estupefacientes (SCA Santiago 21.4.1997; SCA Santiago 29.9.1987, donde se considera tráfico a cualquier título), ya que, utilizada como técnica de “mercadeo”, dependiendo de la naturaleza de la sustancia que se trate, el grado de adicción que dicha donación provoque, facilitará el posterior tráfico en sentido estricto, al menos entre las personas que, por estimar no tener medios para consumir tales sustancias, o por cualquier otra razón, no acceden a las ofertas de venta, pero sí son tentadas a probarlas, hecho que objetivamente facilita su consumo, y según el grado de adicción que dichas sustancias provoquen, induce a consumos posteriores.

### ***B) Justificación: exención específica de responsabilidad penal del agente encubierto, revelador y del informante policial***

Otra importante innovación de la Ley N° 20.000 ha sido una clarificación en su Art. 25 de los conceptos tanto en torno a la figura que genéricamente se conoce como agente provocador y el alcance de la exención de responsabilidad que a sus actuaciones se les asigna —para lo cual anteriormente había de recurrirse a las normas generales—, señalando en su inc. final que ellos “estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma”. Además, para los efectos operativos, se radica en el Ministerio Público la facultad de designar a funcionarios policiales como agentes encubiertos o reveladores, y a propuesta de éstos, informantes policiales; como

Se entiende por agente encubierto “el funcionario policial que oculta su identidad oficial y se involucra o introduce en las organizaciones delictivas simulando ser parte de ellas o estar interesado en la comisión del delito que se investiga, con el propósito de identificar a los partícipes o recoger pruebas que servirán de base

al proceso penal”. Como se señala en el Mensaje N° 232-344 (Boletín 2439-20) que acompañó al proyecto original de esta ley, aunque la definición de esta figura es idéntica a la del anteriormente vigente Art. 34 Ley N° 19.366, lo cierto es que, al incorporarse expresamente al agente revelador, su ámbito de actuación queda precisamente delimitado a la infiltración en organizaciones criminales. Su actuación estará amparada por la específica causal de exención de responsabilidad que ahora se establece en el inc. final del Art. 25, que puede verse como una causal de justificación, cuando, aparezca de evidencia la existencia de una situación de necesidad, que haga imprescindible utilizar la provocación a delinquir como (probablemente) el único método utilizable para conseguir la prueba de cargo contra la asociación criminal, y que se respeten los criterios de proporcionalidad y subsidiariedad expresamente señalados por la ley (Politoff, Sergio (1997), “El agente encubierto y el informante “infiltrado” en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”, GJ 203, 7s.). La cuestión de fondo es determinar si la actuación del agente encubierto en tales casos incide o no en la comisión de delitos que los miembros y dirigentes de la organización criminal de todos modos estaban dispuestos a cometer. Si tales delitos de todos modos se irían a cometer, la necesidad de la actuación policial aparece justificada, pues ella no afecta al que ya se ha resuelto a su comisión. Por otra parte, es también posible interpretar la nueva eximente como una causal de exculpación del agente encubierto, infiltrado en una organización criminal, cuya propia seguridad personal puede estar en riesgo por no realizar alguno de los delitos propios de la organización o por intentar evitarlos, siempre que tales delitos en que se participa o no se evitan tengan verdadera relación con el desarrollo de la investigación y su finalidad. Desde luego, esta limitación excluye la comisión de graves delitos contra las personas (homicidios, particularmente), pues no es ésta la finalidad de las organizaciones en que el agente se involucra, aunque no debe descartarse la posibilidad de que en casos de enfrentamientos entre organizaciones pueda el agente argumentar en su favor las disposiciones generales del Código relativas a la legítima defensa y el miedo insuperable.

El agente revelador, en cambio, no se introduce en organizaciones criminales, sino que corresponde propiamente a lo que antes de esta última reforma legal denominábamos agente pseudo encubierto, esto es, funcionarios policiales que, ocultando su calidad de tales, realizaban conductas de pseudo compra minorista o averiguaciones acerca de la ubicación de las personas que venden, cultivan, o trafican estupefacientes en sentido amplio. Según el inc. 4° del Art. 25, corresponde al “funcionario policial que simula ser comprador o adquirente, para sí o para terceros, de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, con el propósito de lograr la manifestación o incautación de la droga”. Puesto que sólo en el caso de la pseudo compra minorista podría aparecer la posibilidad de que la conducta del funcionario policial sea vista como constitutiva de delito, la limitación legal a estos casos parece razonable. La especial causal de exención de responsabilidad pre-

vista para este caso en el Art. 25, inc. final, funciona únicamente como causal de justificación, pues no parece que el agente revelador se vaya a ver expuesto a las graves circunstancias que podrían rodear la actuación del verdadero agente encubierto. No obstante, al incluirse expresamente en la ley esta figura, es necesario determinar los requisitos de la eximente: por una parte, sólo operaría respecto de agentes autorizados por el Ministerio Público, convirtiendo en ilícitas las actuaciones de pseudo compra por parte de agentes policiales que actúan por su propia voluntad. Con todo, la autorización en tal caso ha de entenderse en carácter general, pues de otro modo la actuación policial (y del Ministerio Público) se vería inútilmente sometida a trabas burocráticas, amén del sinnúmero de posibilidades de errores en cuanto a la designación de los sujetos investigados. Además, la actuación del agente revelador, como su propio nombre lo indica, no está justificada si ella lleva a la comisión de delitos que de otro modo no se cometerían (p. ej., induce a un tercero que no participa del tráfico a que “le venda” drogas, indicándole dónde conseguirlas), pues en tales casos no se estaría revelando un delito, sino induciendo ilícitamente a su comisión, excediéndose con mucho de “la debida proporcionalidad” con la finalidad de la investigación, que es descubrir a quienes cometen o están resueltos ya a cometer delitos, no inducir a su comisión. Esta es la situación conocida en la jurisprudencia norteamericana como *entrapment*, y que en *Sherman v. United States*, 356 U.S. 369 (1958) se estimó una defensa válida “sólo cuando la conducta criminal fue producto únicamente de la creatividad de los agentes policiales”. En Chile, nuestra jurisprudencia ha declarado que la intervención de un agente encubierto en una supuesta operación de compra venta de drogas con una imputada analfabeta y pobre, son circunstancias que permitían absolver a la acusada, por haber sido incitada al delito (SCA Santiago 9.6.2000, *Repertorio*, 575).

Finalmente, el informante es tanto “quien suministra antecedentes a los organismos policiales acerca de la preparación o comisión de un delito o de quienes han participado en él” —caso en el cual no le es aplicable la eximente prevista en el Art. 25, pues se trata de un simple testigo privilegiado (si ha participado en el delito, lo que correspondería es la aplicación de la atenuante de cooperación eficaz del Art. 22)—; como el que “con conocimiento” de los organismos policiales (y autorización del Ministerio Público) actúa como agente encubierto o revelador, casos estos últimos en que la eximente se aplica al informante, *mutatis mutandi*, en las mismas condiciones que a los verdaderos agentes encubiertos y reveladores.

### C) *Culpabilidad*

#### a) El error y el dolo

En esta clase de delitos fácil es señalar casos en que el error excluirá el dolo, cuando recaiga sobre la conducta típica: la dueña de casa que cumple el encargo

de un familiar de guardar un mueble, desconociendo que dicho artefacto posee un doble fondo en cuyo interior se mantienen estupefacientes; el transportista que porta una carga sellada sin saber que transporta también la droga guardada en su interior, etc. Más problemáticos son los casos en que el error recae sobre el objeto material de la conducta: como la propiedad relevante del objeto material, su capacidad “productora de dependencia física o síquica”, es un efecto del mismo en las personas, y no una característica de él directamente apreciable por los sentidos, la casuística a este respecto puede ser importante, sobre todo cuando se trata de sustancias elaboradas o de derivados químicos, y también tratándose de especies vegetales cuyas características son materia propia de botánicos y agricultores experimentados. A ello debe sumársele el hecho de que es una norma de carácter reglamentario la que delimita, entre todas las sustancias capaces de producir dependencia física o química, aquéllas cuya difusión incontrolada se pretende prevenir por la vía penal.

De allí que no baste afirmar que en estos casos el dolo precisa que el sujeto activo “conozca que las sustancias con que comercia son drogas tóxicas”, pues ese conocimiento, en propiedad, le está vedado al lego; como también le está vedado el conocimiento y significado de los listados contenidos en el D.S. N° 867, por cuanto de nada le sirve saber que el “Etonitaceno” es una de las sustancias incorporadas en el Art. 2° de dicho reglamento, si desconoce las propiedades físicas de ese compuesto. Debemos admitir que la descripción del objeto material de estos delitos es más cercana a un elemento normativo del tipo que a uno descriptivo y, por tanto, que a su respecto sólo es exigible una “valoración paralela en la esfera del profano”, o como señala Politoff (2001, 344), que “para obrar con dolo debe el sujeto conocer el significado de sus hechos en el mundo de la vida”. Así, es claro que, para traficar con estupefacientes, en sentido amplio, es necesario conocer solamente, al menos por la vía de la ostentación, que el objeto traficado se señala por otras personas como droga estupefaciente o psicotrópica, por producir ciertos efectos placenteros y algún grado de adicción, y que no es de libre circulación. De ninguna manera podría exigirse que se conocieran los elementos activos de dichas sustancias, los efectos fisiológicos que producen o su precisa inclusión en los listados del Reglamento respectivo, casos en los cuales sólo entre un círculo muy reducido de especialistas podrían encontrarse los autores de estos delitos. Por lo tanto, quien no sepa que las pastillas o las hierbas que recibía, entregaba, guardaba, transportaba, etc., eran de aquellas sustancias que producen ciertos efectos placenteros o estimulantes y que comúnmente se denominan “drogas”, no actúa dolosamente y no comete delito alguno.

Además, esta especial naturaleza del objeto sobre que recae el delito, también hace posible que el dolo eventual recaiga no ya en la conducta, se sabe que se está transportando, guardando, etc., sino en el objeto de la misma. Así, actuará con dolo eventual, y será punible a título de tráfico, quien recibe el encargo de “guar-

dar” unas “pastillas”, “matas” o “empanadas”, y representándose la probabilidad de que ese objeto encargado sea una sustancia prohibida —porque el encargo se lo hace un conocido traficante o por otra razón análoga—, acepta y cumple el encargo, siéndole indiferente que tales sustancias sean o no de aquéllas cuyo tráfico la ley castiga penalmente.

### **b) El pseudo tráfico culposo: abandono y cuidado negligente de especies vegetales (Art. 10, inc. 2°)**

La figura del inc. 2° del Art. 10° castiga con pena de relegación o reclusión menores en su grado mínimo y multa al que “estando autorizado” para efectuar siembras y cosechas de especies vegetales del género cannabis u otras productores de sustancias estupefacientes o psicotrópicas que, “por imprudencia o negligencia culpable, abandonare en lugares de fácil acceso al público, plantas, sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas, o que no cumpliera con las obligaciones establecidas en el Reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies”. Este inciso castiga tanto el abandono culposo de las especies vegetales y sus partes, como el imprudente cuidado de los cierros y restos de las mismas, aunque en su segunda parte no hable expresamente de imprudencia, la omisión propia que se describe (no cumplir con las obligaciones reglamentarias), es sin duda una especificación de este actuar imprudente.

A pesar de encontrarnos ante figuras cuya realización importa un riesgo ínfimo para el bien jurídico protegido —ni el abandono negligente ni la omisión de cierros están vinculados en el texto de la ley al tráfico ilícito como resultado previsible y que debiera evitarse, requisito necesario para entender tales conductas como formas culposas u omisivas del desvío del inc. primero del 10°—, el legislador de 2005 ha sido todavía más severo que el de 1995, aumentando la penalidad, antes únicamente pecuniaria. De allí que no estemos propiamente ante un favorecimiento culposo del consumo masivo de estupefacientes, ya que no se alcanza a apreciar cómo su comisión podría de alguna forma poner en riesgo de manera más o menos significativa el bien jurídico protegido, pues falta en ella la destinación a los consumidores finales (o a la red de distribución dirigida a los mismos) propia de esta clase de delitos. Piénsese, además, que se trata de abandono de partes de las especies o de cierros inadecuados de plantaciones de las mismas de agricultores autorizados a su cultivo y fiscalizados en el mismo, al punto que, p. ej., en la destrucción de que habla el Art. 14 del Reglamento de la Ley N° 20.000, si no se quema todo el sobrante, cabría pensar no sólo en una actitud negligente del agricultor involucrado, sino también de los funcionarios del Servicio Agrícola y Ganadero y de Carabineros o de la Policía de Investigaciones que deben estar presentes en el acto. Finalmente, cabe argumentar que para imponer una multa elevada a la infracción de un deber reglamentario no existe en nuestro ordena-

miento limitación alguna, por lo que la cuantía de la multa, que no se acerca a las elevadísimas que pueden imponer, p. ej., las Superintendencias de Seguros y Valores y la Superintendencia de Bancos, tampoco parece ser justificación suficiente para su incorporación al ordenamiento punitivo, y mucho menos como una aparente forma culposa de favorecimiento del tráfico ilícito de estupefacientes, que no lo es.

#### **D) *Iter criminis***

##### **a) La tentativa de traficar en general**

En materia de *iter criminis*, la Ley N° 20.000 contempla una disposición particular, su Art. 18, que establece: “Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución”. Sin embargo, esta disposición es, en cierta medida, superflua e inocua, atendida la naturaleza de los delitos que se tratan (en la mayor parte de los delitos contemplados en la Ley N° 20.000, la propia descripción típica asimila la tentativa con la consumación, y así sucede particularmente con los casos de tráfico ilícito de estupefacientes, tanto en sentido amplio como en el restringido, ambos contemplados en el Art. 3° de la Ley, donde se castiga por igual la posesión para transferir como la transferencia misma de las sustancias prohibidas, y el favorecimiento del consumo). En estos casos, la disposición del Art. 18 resulta irrelevante, porque de todas maneras la tentativa se castiga del mismo modo que la consumación, a nivel de descripción típica, ya que el legislador no espera que se produzca ningún hecho de “tráfico” para castigar como traficante a quien transporta sustancias que piensa vender con posterioridad (SCA Santiago de 25.9.1986, RDJ LXXXIII, 220).

Esta asimilación de la tentativa a la consumación, ya a nivel de la descripción típica, tiene importantes efectos dogmáticos que cabe destacar, diferentes a los que produce la asimilación sólo penológica que pretende el citado Art. 18 de la Ley N° 20.000. En efecto, en los primeros casos, la asimilación de la tentativa a la consumación hecha en la descripción típica excluye a sus autores del beneficio del desistimiento, al no existir éste en relación con los delitos consumados. Tal sucede, p. ej., en la oferta de venta de sustancias prohibidas, que constituye un delito de promoción o favorecimiento consumado, con independencia de si tal venta se realiza o no en el futuro, o en el transporte para el tráfico, donde el desistimiento del transporte no excluye la pena por el delito consumado basado en la posesión ilícita de tales sustancias. En cambio, cuando es posible la separación intelectual de la tentativa de la consumación, por permitirlo la descripción típica, la disposición del Art. 18 no impide aplicar el beneficio de la impunidad a quien desiste en su tentativa, pues la tentativa desistida no existe como tal tentativa a efectos de punibilidad. Así sucedería, p. ej., respecto de quien, tentado por una promesa

de dinero, envía a un medio de comunicación antecedentes acerca de una investigación preliminar, pero a medio camino manda a detener el envío, por lo que, habiendo dado principio de ejecución al delito del Art. 37 de la Ley N° 20.000, no llega a completar su acto, por desistimiento voluntario. Además, en los casos en que la propia descripción típica asimila la tentativa a la consumación, la tentativa de tales delitos —en el sentido del Art. 7° CP— no es posible conceptualmente, y los actos que aparentemente la constituyen sólo pueden verse como actos preparatorios, de los cuales sólo es punible, conforme al Art. 17 de la Ley N° 20.000, la conspiración.

### **b) Tentativa inidónea (delito imposible)**

Habrá delito imposible de tráfico ilícito de estupefacientes, siempre que el objeto material de la conducta que se pretende realizar no sea una de aquellas sustancias o drogas capaces de producir dependencia física o psíquica, sus materias primas, o, en su caso, los precursores de ellas a que se refieren la Ley N° 20.000 y el D.S. N° 867, y así lo ha declarado la sentrencia que absuelve a quien creyendo cumplir el encargo de llevar la cocaína a un reo, llevaba un polvo inocuo (SCS 13.9.1995 (GJ 183, 108).

### **c) Actos preparatorios y de tentativa especialmente punibles**

Como señalara el representante del Ejecutivo ante el Senado al discutirse la anterior Ley N° 19.366, no sólo la descripción típica del tráfico ilícito de estupefacientes asimila la tentativa de comisión de dicho delito a su forma consumada, sino que también, la propia ley, no conforme con ello ni con la regla penológica de su Art. 18, ha establecido formas particulares de tentativas especialmente punibles, asignándoles una pena propia, con el propósito de evitar eventuales lagunas de punición. Estas disposiciones son las que se refieren, básicamente, a muy particulares actos preparatorios: asociación para delinquir (Art. 16) y el llamado tráfico de precursores (Art. 2°); y a especiales formas de tentativa: elaboración de las sustancias prohibidas (Art. 1°) y cultivo de las especies vegetales que las producen (Art. 8°).

En estos casos, rige lo ya dicho respecto a las tentativas de tráfico en particular: la regla del Art. 18 no tiene aplicación y no se puede castigar la tentativa de la tentativa, esto es, respecto a tales delitos no existen formas de tentativas ni otros actos preparatorios punibles. La conspiración en estos casos debe entenderse referida al delito de tráfico en sentido amplio, y en ella, su desistimiento excluye la punibilidad.



### (1) *Conspiración (Art. 17)*

El Art. 17 de la Ley N° 20.000 castiga con las penas inferiores en un grado la conspiración para cometer “los delitos de que trata esta ley”. La remisión debe hacerse aquí a lo dispuesto en el Art. 8° CP, que establece los siguientes requisitos para hacer punible la conspiración: debe apuntar a la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley N° 20.000, y no pueden referirse a las faltas de su Arts. 50 y s. (no hay conspiración de faltas); debe existir, además, un concierto para la ejecución de ese crimen o simple delito, que no sea puramente aparente; y el concierto debe ser serio, pues Como advierte Pacheco I, 104: “ni el ocuparse dos personas en la posibilidad de un delito, ni el desearlo, es conspirar”.

### (2) *Asociación para delinquir (Art. 16)*

Este artículo sanciona “a los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer alguno de los delitos contemplados en esta ley”, graduando la penalidad según se trate del que “financie de cualquier forma, ejerza el mando o dirección, o planifique el o los delitos que se propongan”, para quien está prevista una pena agravada (¡presidio mayor en su grado medio a máximo!), o del que “suministre vehículos, armas municiones, instrumentos, alojamientos, escondite, lugar de reunión o cualquiera otra forma de colaboración para la consecución de los fines de la organización”. Aunque en la discusión parlamentaria se eliminó una propuesta de definición de asociación ilícita contemplada en el Proyecto que acompañó al Mensaje de la Ley (Boletín 2439-20), la mayor parte de los elementos que dicha definición contemplaba habían sido señalados previamente por nuestra jurisprudencia, la que para establecer la existencia de una asociación ilícita, y como los propios términos de la ley lo dan a entender, afirma que es necesaria la existencia de una organización más o menos permanente y jerarquizada, con sus jefes y reglas propias, destinada a cometer un número indeterminado de delitos también más o menos indeterminados, en cuanto a su fecha y lugar de realización, supuestos que la distinguen de la conspiración o el acuerdo casual para cometer un delito determinado (SCS 19.7.1978 (RDJ LXXV, 561) y SCA Punta Arenas 15.9.1993 (RDJ XC, 228); y en el mismo sentido: SEPÚLVEDA C., Eduardo (2001), “El delito de asociación ilícita en la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de drogas”, *Cuadernos Judiciales* N° 4, 65). Esta interpretación se ve reforzada por el propio texto de la Ley N° 20.000 que ha agregado, como nueva agravante especial en esta clase de delitos, el hecho de formar parte “de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito del artículo 16”. Luego, el sólo hecho de ser dos o más los partícipes en esta clase de delitos no constituye asociación ilícita, aún si ello deriva del hecho de tratarse de una agrupación o reunión más o menos permanente, en la

medida que de dicha agrupación no pueda decirse que se encuentra propiamente organizada como asociación ilícita (con jerarquía y normativa propia).

Además, se introduce la obligación de aplicar el régimen penológico del Art. 74 CP a los miembros de la asociación ilícita, por los delitos de tráfico que hubieren cometido, regulación que excluye la aplicación del principio de consunción a estos casos, tal como para el caso general de asociaciones ilícitas dispone el Art. 294 bis.

Dada esta referencia a los principios generales del delito de asociación ilícita, cabe postular la posibilidad, con finalidades político-criminales, de aceptar en esta especial asociación para el tráfico de estupefaciente la excusa legal absolutoria de la delación contemplada en el Art. 295 CP (cuyo efecto eximente es cualitativamente superior a la importante atenuación de la simple cooperación eficaz), como así también el especial delito de omisión de denuncia del Art. 295 bis de dicho cuerpo legal.

### (3) *Tráfico de precursores (Art. 2º)*

Incorporado a nuestra legislación por la Ley N° 19.366, el delito de tráfico de precursores tiene su origen en los Arts. 3.1.a) iv) y 3.1.c) ii) de la Convención de Viena de 1988. La naturaleza de acto preparatorio especialmente punible de esta figura queda de manifiesto por la distancia existente entre su objeto material, que son sustancias que se utilizan en la elaboración de la droga mediante su incorporación en la molécula de la misma o simplemente, sirven para sintetizar la sustancia y no se incorporan a ella, y el peligro que se pretende evitar —el tráfico ilícito de estupefacientes—. En efecto, se trata aquí del tráfico de las sustancias llamadas por la ley “precursores o sustancias químicas esenciales”, entre las que se cuentan, según el Art. 4º del D.S. N° 565/1995, y los Cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988, el ácido lisérgico, la acetona, el éter, etc., y que no son en modo alguno drogas o sustancias estupefacientes, sino sustancias que, sin poseer esas propiedades, de algún modo permiten que las materias primas con las cuales se elaboran los productos que se ponen a disposición de los consumidores finales, desarrollen en ellos las propiedades estupefacientes o sicotrópicas que poseen, sobre todo tratándose de la elaboración de cocaína.

La expresión “con el objetivo de destinarlo a la preparación de drogas estupefacientes”, importa en este caso una exigencia subjetiva mayor que la del tráfico ilícito en general, pues supone en el autor dolo directo, no bastando para la incriminación con la sola representación de la posibilidad de ese desvío. En estos casos, el hecho se castiga a título de imprudencia, con una pena sensiblemente inferior.

#### (4) *Cultivo de especies vegetales (Art. 8°)*

Al igual que sucede con el tráfico de precursores, la ley ha establecido una especial figura privilegiada, al sancionar, en su Art. 8°, a quienes, sin la competente autorización, “siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género *Cannabis* u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas”, por lo que su aplicación, de darse los presupuestos típicos, resulta preferente y excluyente de la figura básica de tráfico ilícito de estupefacientes. En cuanto al autor de esta figura, la propia ley parece dar a entender que habrá de serlo quien no se dedique al tráfico ilícito de estupefacientes propiamente tal, pareciendo referirse a los campesinos y agricultores que, por diversas razones, se dedican al cultivo de tales sustancias sin participar en la red de comercialización o elaboración de las mismas, pues de otra manera el privilegio se extendería desmesuradamente, al punto de convenir a los autores realizar toda la cadena de producción, pasando desde el cultivo hasta la venta, que participar en eslabones aislados de la misma, diferentes al cultivo.

Por lo que respecta al objeto material, la redacción del Art. 5° del D.S. N° 867 no deja lugar a dudas en cuanto a la naturaleza de las especies vegetales que se trata y del tratamiento que su posesión corresponde en la medida de la pena, en tanto especies vegetales vivas adheridas al suelo o en pie, y tratándose de *cannabis*, con independencia de si han desarrollado o no en sí los principios activos de las sustancias estupefacientes que producen (SCS 2.12.1991, RDJ LXXXVIII, 154). Sin embargo, pueden producirse ciertas dificultades en el tratamiento de la posesión de dichas especies, después de desarrolladas, en tanto productos de la cosecha, esto es, el “conjunto de frutos, generalmente de un cultivo, que se recogen de la tierra al llegar a la sazón”. Mientras las especies vegetales cosechadas permanezcan en poder de quien las cultivó, el delito será el de cultivo, a pesar de que la posesión de tales especies pueda verse también como posesión constitutiva de tráfico, en tanto no se produzca su transferencia a un tercero, tal tráfico debe descartarse, siendo la figura aplicable en todo caso la de este Art. 8°. Lo mismo puede decirse de los actos de elaboración propios de una cosecha, mediante los cuales se obtienen de las especies vegetales cultivadas las partes útiles a su fin.

En cuanto a la conducta, se especifica que el acto de favorecimiento ha de ser por la vía de la siembra, plantación, cultivo y cosecha de las especies vegetales que se tratan, expresiones todas que pueden resumirse en la voz cultivo, cuyo amplio significado las abarca: “dar a la tierra y las plantas las labores necesarias para que fructifiquen”.

Finalmente, cabe destacar, respecto a la atenuación facultativa de un grado que dispone la ley, que ella parece estar pensada, por un parte, atendiendo a la escasa cantidad de lo cultivado, y por otra, a las circunstancias personales del autor, como el caso de los campesinos y pequeños agricultores que, en zonas deprimidas económicamente, se dedican al cultivo de tales especies, siempre que no

participen de una manera más o menos directa en una organización criminal más amplia, donde quien cultiva cumple una función propia de una labor planificada de antemano.

Además, se debe tener en cuenta que, como el micro tráfico, el cultivo para el uso personal no se castiga a este título (SCS 4.6.2015, *Repertorio*, 582).

#### (5) *Elaboración de estupefacientes (Art. 1º)*

La extensa enumeración del Art. 1º de la Ley N° 20.000, que castiga a los que “elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas”, bien puede reducirse al primero de los verbos empleados, sin que por ello se altere su sentido: se castiga la elaboración de estupefacientes, “transformar una cosa (drogas) por medio de un trabajo adecuado” de cualquier forma que ella se haga, mientras la cosa no sea una especie vegetal viva y en pie y el trabajo no sea su cultivo, lo que se sanciona especial y privilegiadamente en el Art. 8º de la ley. En este caso, el legislador, al contrario de las otras formas de actos preparatorios o tentativas especialmente punibles, no ha establecido privilegios para el tratamiento de esta conducta, y ello es atendible, desde que ella supone siempre la adquisición previa y la posesión de las materias primas o las sustancias que se elaboran, fabrican, transforman, preparan o extraen, hecho en sí constitutivo del delito de tráfico, entendido como la actividad criminal destinada a poner a disposición de los consumidores finales tales sustancias.

Sólo la impaciencia del legislador y un infundado temor a que los Tribunales de Justicia no considerasen estas conductas propias del delito de tráfico explican, pues, la existencia de esta disposición separada de la que define el delito de tráfico propiamente tal.

#### (6) *El pseudo delicta sui generis de posesión de objetos destinados a la elaboración de drogas*

En una decisión fundamentada, según el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Justicia, Legislación y Reglamento del Senado, en que la redacción del proyectado inc. final del Art. 1º —que recogía la anteriormente vigente “presunción” de elaboración en quienes poseían objetos destinados a ella— debía adecuarse “al nuevo régimen procesal penal”, en vez de eliminar la pretendidamente equivocada presunción, dejando así verdaderamente entregada a los tribunales la apreciación de la prueba, se reemplazó la expresión original “se presumirá autor del delito sancionado en este artículo” por la de “incurren también en este delito”, creándose así un pseudo delicta sui generis de posesión de objetos destinados a la elaboración de drogas, que cometerían “quienes tengan en su poder elementos,

instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción” de sustancias estupefacientes o drogas. Sin embargo, puesto que no era la intención declarada del legislador ampliar el ámbito de la punibilidad sino, a lo sumo, “adecuar” el estilo de la redacción al nuevo sistema procesal, deberemos concluir que la modificación en la redacción no tiene otro efecto que el estilístico, pues tanto si se afirma que “se presume” (legalmente) la comisión de un delito como que “se incurre” en él en determinadas circunstancias que no son las de su descripción típica, habremos de concluir que una prueba contraria permitirá desvirtuar la “presunción” de que se haya “incurrido” en tal delito. De otro modo, la modificación operada por el Senado habría creado una verdadera presunción de derecho, constitucionalmente prohibida, de que mediante la realización de una conducta —la posesión de ciertos objetos— diferente a la descrita en el tipo penal —la elaboración de drogas— “se incurre” en dicha elaboración.

Por otra parte, si realmente se asumiera que este cambio estilístico ha creado una figura autónoma, esto es, un verdadero delicta sui generis, habría de concluirse que los hechos directos encaminados a la adquisición de los objetos cuya posesión se castigaría (p. ej., una oferta de compra de alambiques, cocinas, tubos de ensayo, etc.) constituirían tentativa, penada como delito consumado conforme al Art. 18, un exceso que seguramente no estaba en la mente del legislador, que, aunque con poca fortuna en la redacción, habremos de entender preocupado de las garantías procesales y de la debida proporcionalidad de las penas.

De este modo, podemos seguir afirmando que esta figura sólo permite presumir o afirmar que “se incurre” en la elaboración de sustancias prohibidas, cuando se trata de una posesión clandestina de elementos, instrumentos, materiales o equipos comúnmente destinados a dicha elaboración, esto es, no autorizada (toda la industria farmacéutica cometería el delito en caso contrario) o desviada de su objeto lícito original (lo que sucede particularmente con los objetos de uso común —cocinas, ollas, frascos, etc.—). Es esta clandestinidad lo que debe probarse para que pueda presumirse que mediante la posesión de tales objetos “se incurre” en el delito de elaboración de drogas. Y, desde luego, siempre podrá probarse en contrario, para destruir tal presunción o afirmar que “no se ha incurrido en el delito”, la autorización de su posesión (o, más bien, de la actividad lícita para la que se poseen) o, si no se desarrolla una actividad regulada como la farmacéutica, su utilización lícita.

## *E) Participación*

### **a) Aplicación de las reglas generales**

La jurisprudencia, sobre la base de afirmar que las amplias modalidades del anteriormente vigente Art. 5° de la Ley N° 19.366 —hoy inc. 2° del Art. 3° Ley

20.000- no alteran las reglas generales de la participación, ha concebido como autor de estos delitos no a cualquiera que toma parte en la ejecución inmediata y directa de los hechos que se trata, sino sólo a quienes de ellos tienen el poder de disposición sobre las sustancias traficadas o de decisión sobre los actos ejecutados, abre un espacio para aplicar la pena rebajada en un grado del que, según el Art. 51 corresponde al cómplice de un crimen o simple delito, a quienes, sin tener ese poder de disposición o de decisión sobre las sustancias de que se tratan, cooperan a la ejecución de los hechos punibles por actos anteriores o simultáneos ((SCA Valparaíso 28.1.1994 (GJ 163, 89). Ahora, en el mismo sentido, SCA Coyhaique 30.6.2012, *Repertorio*, 575.). Así se ha calificado como cómplice a quien guarda u oculta una cantidad de sustancia a pedido de un tercero que actúa sobre ellas con ánimo de señor y dueño (SCS 18.8.1992, RDJ LXXXIX, 113), siempre que el acto de guardar no pueda considerarse parte de una separación del trabajo, donde por el rol que realiza el agente toma parte inmediata y directa en un hecho sobre el que tiene poder de decisión (SCS 6.9.1995 (RDJ XCII, 252). Y aún se admite el encubrimiento, en los casos de quien sin conocimiento de la naturaleza de la sustancia que guardaba a un tercero, descubre ésta posteriormente (SCS 9.8.1994 (GJ 170, 94), y del que “se limitó a ocultar los efectos o instrumentos del delito, con posterioridad a su perpetración” (SCS 16.3.1995 (FM 434, 1157).

#### **b) Complicidad especialmente punible: el delito de entrega de bienes para la elaboración, plantación o tráfico de drogas (Art. 11)**

La ley dispone aquí que “el propietario, poseedor, mero tenedor o administrador a cualquier título de bienes raíces o muebles que, aun sin concierto previo, los facilite a otro a sabiendas de que serán destinados a la comisión de alguno de los delitos contemplados en los artículos 1° [elaboración], 2° [tráfico de precursores], 3° [tráfico en sentido amplio] u 8° [cultivo], será penado con la misma sanción establecida para el respectivo delito”. Se trata aquí de imponer una pena autónoma a uno de esos reducidos casos en que es concebible la complicidad del Art. 16 CP, por falta de concierto previo para el tráfico entre el cómplice y el autor de este último delito, descrita expresamente en el afán característico de las leyes sobre drogas de no dejar “lagunas de punibilidad” y reducir el ámbito de las reglas generales, como la del 51 CP.

Autor de esta especial forma de participación es cualquiera, siempre que no sea autor o coautor de delito de tráfico o de asociación ilícita para traficar, y tenga sobre la cosa que se entrega un poder de destinación proveniente de su calidad de propietario, arrendatario, administrador o tenedor a cualquier título de la misma. Quienes carecen de tales cualidades, y actúan como simples empleados de quien puede destinar la cosa a un fin ilícito, no pueden ser sujetos de pena a este título, pues su actuar sería una forma de participación en la participación. De este modo,

aunque el Art. 11 crea una forma especialmente punible de complicidad, no deja de ser por ello una forma de complicidad, como reconoce expresamente el Art. 55 CP, por lo que no cabe aquí desviarse del principio reflejado en los Arts. 15 a 17 y 50 a 54 de dicho cuerpo normativo, según el cual sólo existe complicidad punible con el autor de un delito, y no con el cómplice de ese delito.

La conducta punible es “facilitar”, lo que, en este contexto, solo puede entenderse como “proporcionar” o “entregar”, esto es, “poner en manos o en poder de otro a una cosa”, en este caso, bienes raíces y muebles, siempre que en o con ellos pueda objetivamente, elaborarse, almacenarse, expendirse o permitirse el consumo de estupefacientes, por lo que la referencia “a otra persona” contenida en la ley, resultaría superflua de no ser por la vinculación subjetiva que con ella se establece entre quien recibe el bien y quien comete el delito en que se participa, excluyéndose la posibilidad de establecer una suerte de complicidad en cadena: el que entrega un bien a otro, a sabiendas de que este otro lo entregará a un tercero para realizar un acto de tráfico, no comete este delito ni participa a ningún título en el del traficante, pues el único cómplice es el “otro” que, efectivamente, facilita al traficante el bien que se trata.

Finalmente, tratándose de una forma de participación especialmente punible, su tipicidad se configura no sólo por la realización de la conducta descrita legalmente, sino también en relación con los principios que rigen la participación criminal, a saber: convergencia, accesoriedad, exterioridad y comunicabilidad, referidos a las conductas criminales en que se participa.

## F) Concursos

El delito de tráfico ilícito de estupefacientes es un delito de emprendimiento, en el sentido empleado en este texto, a saber, uno en que el autor toma parte de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por él, y en las que participa una y otra vez. Por ello, debe descartarse la posibilidad de considerar como autor de varios delitos de tráfico a quien ha participado en una misma empresa criminal (aunque realice distintos tipos penales de la Ley N° 20.000), so pena de infringir el principio de *non bis in ídem* (SCS 27.9.1994 (RDJ XCI, 120), operando, entre las diferentes formas de poner a disposición de los consumidores finales sustancias prohibidas, el principio de consunción.

Así, se puede estimar como constitutivo de un único delito el hecho de extender varias recetas para el despacho de anfetaminas y metanfetaminas, las que eran falsas tanto en los nombres como en los domicilios de quienes se indicaban como pacientes, y transportar de un país a las sustancias prohibidas así obtenidas (SCS 8.8.1995, RDJ XCII, 136). No obstante, cuando se trata de tráfico de sustancias de distinta naturaleza, como marihuana o cocaína, en algunas ocasio-



nes se ha inclinado la jurisprudencia por recurrir al régimen concursal común, considerando la existencia de dos delitos, pero sin claridad en cuanto a la norma concursal aplicable, existiendo sentencias contradictorias que estiman en unos casos concurso real (SCS 14.10.1992, RDJ LXXXIX, 226) o reiteración (SCA San Miguel 14.9.1993, RDJ XC, 222), y en otro, concurso ideal (SCS 25.3.1992 (RDJ LXXXIX, 29).

Por lo que respecta al lavado de dinero, sancionado en la Ley N° 19.913, sin duda constituye el objetivo final del tráfico ilícito, en sentido amplio, pero no puede considerarse, de ningún modo, que esa actividad financiera que no tiene otro objetivo que encubrir el producto de una actividad ilícita, represente el riesgo para la salud pública que el castigo del tráfico ilícito, en sentido amplio, quiere prevenir. Luego, estamos ante un acto posterior de auto encubrimiento (cuando lo realiza el propio traficante o la organización criminal a que pertenece), que, respecto al delito principal y preferente de tráfico ilícito, en sentido amplio, se encuentra también en una relación de consunción (pero esta consunción desaparece si la actividad de lavado es, de alguna manera, independiente del propio tráfico, como cuando se recicla dinero proveniente de otras actividades criminales, propias o ajenas).

Una curiosa relación de subsidiariedad tácita se produce entre el delito de tráfico ilícito cometido por medio de sustracción (Art. 3° inc. segundo) y los delitos contra la propiedad que se basan precisamente en la sustracción, particularmente el hurto, y el robo con fuerza en las cosas o con violencia en las personas. En estos casos, aunque la intención implícita del legislador parece ser agravar la pena de la sustracción de estupefacientes por sobre la del hurto común, es un hecho que existen delitos contra la propiedad, como el robo con violencia, donde la sustracción puede ser elemento de figuras aún más graves que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Por ello, a efectos de no transgredir el principio de non bis in ídem, no puede considerarse dos veces el elemento sustracción y sólo cabe aplicar la disposición concurrente más grave, excluyendo la menos grave, cuyo contenido de ilicitud podrá tomarse en cuenta a la hora de la concreta determinación de la pena, en la forma prevista por el Art. 69 CP.

Finalmente, cabe destacar, que, al existir un hecho principal impune, por regla general, como lo es el consumo personal de estupefacientes, puede operar en estos delitos lo que Jakobs denomina consunción inversa, esto es, la absorción de un hecho delictivo anterior o acompañante en el principal lícito, lo que excluye la punibilidad de aquéllos, como sucedería, p. ej., en el hurto de ropa que realiza el prófugo para lograr su objetivo, o en los casos relativos al suicidio frustrado: puesto que el suicidio como tal es impune, también lo habrían de ser todos los delitos acompañantes a su tentativa, p. ej., un aborto provocado a raíz de la misma o la tentativa de su encubrimiento. Aunque de alguna forma esta consunción inversa viene reconocida implícitamente en la propia Ley N° 20.000 para algunas

de sus principales figuras (Arts. 4° y 8°) en la forma de un especial elemento normativo del tipo que dice relación con su justificación —“a menos que justifiquen que están destinadas a... su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”—, su alcance es evidentemente mucho mayor, bastando para darse cuenta de ello que quien adquiere en un momento materias primas para la elaboración posterior de drogas destinadas a su uso personal y exclusivo, no puede ser exceptuado sólo del delito del Art. 3° inc. segundo y castigado por el del 1° (“elaboración”), sin caer en una flagrante contradicción, al sancionar de este modo oblicuo una conducta que se supone impune, como lo es el consumo personal.

### *G) Penalidad*

#### **a) Atenuante especial de cooperación eficaz**

El Art. 22 de la Ley N° 20.000 establece una especial circunstancia atenuante, consistente en “la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley”. La apreciación de esta circunstancia impone una rebaja de la pena, desde su marco penal, de hasta dos grados, configurándose así en una atenuante especial, que no se compensa con las agravantes comunes y que opera en un momento posterior a la determinación judicial de la pena, según los Arts. 65ss del Código. Esta rebaja puede ser de hasta tres grados, si se trata de cooperar eficazmente en la investigación de una asociación ilícita. Conforme a nuestra jurisprudencia, para hacer efectiva esta atenuación, la información entregada “debe versar sobre antecedentes proporcionados por el reo, sin los cuales el delito o los responsables no habrían sido descubiertos o por lo menos deben tener la significación de cofundamentales en unión de los otros datos de autos” (SCS 5.3.1996 (RDJ XCIII, 48), como cuando al momento de la detención se señalan con precisión los nombres y ubicación de los proveedores de las drogas incautadas (SCS 29.10.1996 (RDJ XCIII, 216); pero no se configura la atenuante especial, cuando los datos revelados ya son conocidos por la policía, por dichos de un tercero (SCS 29.7.1997 (GJ 205, 117), ni basta el sólo reconocimiento de la propia participación en el delito SCS 21.8.1996 (GJ 194, 93).

Además, la cooperación debe ser, como su nombre lo indica, eficaz, en el sentido de producir alguno de los resultados que señala la ley, en palabras de la Corte Suprema, “la procedencia de la minorante está supeditada no a una actitud de mera colaboración, sino de modo ineludible a que los datos entregados por el agente contribuyan a determinar el hecho punible o su participación o bien a impedir la perpetración de otros similares” (SCS 28.10.1999, GJ 232, 110).

## b) Limitación de la atenuante del Art. 11 N° 7 y de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216

El Art. 20 excluye la posibilidad de considerar como atenuante en estos delitos la colaboración del condenado en la reparación del mal causado por el delito, como lo había aceptado alguna jurisprudencia anterior (SCS 5.6.1984, RDJ LXXXI, 72).

En cuanto a las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, el Art. 62 de la Ley N° 20.000 dispone que éstas no se aplicarán a los condenados con anterioridad por esta clase de delitos (con excepción de sus faltas), “a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el Art. 22”, esto es, su colaboración eficaz. Además, según lo dispuesto en el Art. 1° Ley N° 18.216 no puede imponerse como pena sustitutiva a ningún condenado por esta clase de delitos la de trabajo en beneficio de la comunidad.

## c) Agravantes especiales

El Art. 19 contempla una serie de circunstancias agravantes, que analizaremos enseguida, cuyo efecto consiste en elevar en un grado la pena. Esta elevación puede hacerse desde el mínimo, conservando un marco penal de igual cantidad de grados que la pena inicial, puesto que el texto legal no contempla una limitación como la del Art. 68 CP en cuanto a la forma en que ha de hacerse el aumento. Así, si por concurrir alguna de estas circunstancias se aumenta en un grado la pena del delito de tráfico de drogas susceptibles de causar graves efectos tóxicos del inc. 2° del Art. 3° Ley N° 20.000 —presidio mayor en sus grados mínimo a medio—, el resultado será un marco penal de presidio mayor en su grado medio a máximo. Además, para hacer más “efectivas” estas agravaciones, ha dispuesto el inc. final de este Art. 19 que “si concurren dos o más” de ellas, “la pena podrá aumentarse en dos grados”, facultad que habrá de tomarse con mucha prudencia si no quiere llegarse al paroxismo penológico de castigar estas conductas con penas que pueden llegar hasta la de ¡presidio perpetuo!

(1) Haber participado en una agrupación de delincuentes (Art. 19, letra a)

Esta es la única circunstancia propiamente nueva agregada por la Ley N° 20.000, y su inclusión parece responder a una finalidad práctica: lograr la imposición de penas mayores en caso de comprobarse la existencia de una asociación de personas que no llega a configurar las características de una asociación ilícita. Esta finalidad, implícita en el texto de la ley, se ve reforzada por una interpretación gramatical y sistemática de los términos en juego. En efecto, por una parte, aunque el Diccionario define una “reunión” simplemente como “un conjunto de personas reunidas”, lo que haría la expresión equivalente a una coparticipación criminal, este no parece ser el sentido en que se emplea en la circunstancia en cues-

ción. Más atingente parece, en cambio, la definición que ofrece la Academia de “agrupación” en su tercera acepción, esto es, “un conjunto de personas [...] que se asocian para un fin”. Pero como tal asociación para un fin es también lo propio de una asociación ilícita, podemos, por exclusión, señalar que la agrupación a que se refiere esta circunstancia, teniendo una existencia más o menos permanente en el tiempo, derivada de la identidad de los fines perseguidos por sus miembros, no puede considerarse una asociación ilícita, porque carece de la jerarquización y organización propios de ésta: jefes, reglas propias, y el reflejo de su existencia en los medios que a ella se destinan.

Por otro lado, un inesperado frente de discusiones puede encontrar esta circunstancia a la hora de interpretarse la desafortunada expresión “delincuentes” con que se califica a las agrupaciones que se tratan, pues parece evidente que su interpretación girará en torno a si todos o la mayor parte de los miembros de la agrupación han de tener antecedentes penales previos o si la expresión sólo hace referencia a los fines y el actuar concreto de dicha agrupación (delinquir).

(2) *Utilización de violencia, armas o engaño (Art. 19, letra b). Regla especial del Art. 17 B de la Ley Sobre Control de Armas. Alteración del sistema de determinación de penas*

No parece muy discutible afirmar que la agravante de cometer el delito “utilizando violencia, armas o engaño” comprende tanto el uso de la fuerza física como el de la coacción psicológica, así como la representación falsa de la realidad a que conduce el engaño. Evidentemente, a este caso parece referirse también el uso de armas, novedad que la circunstancia presenta en su redacción conforme a la Ley N° 20.000. Sin embargo, nada indica que esta agravante no esté también referida a los casos de autor mediato con agente exculpado, por error de tipo (caso del uso del engaño) o por estar sujeto a una fuerza irresistible o un miedo insuperable (caso del uso de la violencia). Baste para ello imaginar el caso no poco frecuente de quien engañado transporta o hace entrega de sustancias prohibidas por encargo de quien lo engaña; o el de quien, violentado por otro, cumple similar encargo. Las mismas razones que llevan a la agravación de la pena de quien utiliza inimputables justifican también en este caso la calificación: se introduce a un tercero inconsciente o amenazado a la actividad criminal y se lo expone al riesgo de sufrir las consecuencias penales de la conducta de otro que, desde atrás, dirige el desarrollo del delito.

Además, atendidas las enormes penas que la aplicación de esta agravante supone, ha de entenderse que ella subsume, por el principio de consunción, los delitos de coacciones o amenazas que pudieran cometerse en la utilización de la violencia o armas. Sin embargo, la redacción del nuevo Art. 17 B de la Ley de Control de

Armas conduce a un efecto penológico diametralmente diferente: en primer lugar, la pena del delito de drogas se aplica por separado a la de la correspondiente infracción por porte ilegal de armas, sumándose ambas penas según el Art. 74 del Código; y en segundo término, la pena por el delito de tráfico de drogas que corresponda ha de determinarse tomando únicamente en cuenta el grado o grados fijados por la ley, sin atención a las circunstancias atenuantes concurrentes, salvo que se aprecie la de cooperación eficaz del Art. 22.

(3) *Suministro a menores de edad o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas (Art. 19, letra c)*

Esta agravante, corresponde a la circunstancia de “victimización de menores” establecida en el Art. 3.5 f) de la Convención de Viena de 1988, y parece justificarse por sí misma, atendido el hecho que apunta al peligro concreto que el suministro de tales sustancias, la promoción o inducción a su consumo, representa entre menores de edad, quienes aún no son completamente responsables de sí mismos y, por tanto, se encuentran más expuestos a la dependencia. Su ampliación a personas con facultades mentales disminuidas o perturbadas puede también fundarse en similares consideraciones.

El principal problema que esta norma tiene consiste en el efecto que ha de dársele al error sobre la menor de edad o la salud mental del sujeto suministrado. La solución en estos casos, tratándose de una figura calificada no puede ser otra que la del error de tipo excluyente de la culpabilidad respecto a la calificación, por falta de dolo, tanto si se trata de un error invencible como de uno vencible, ya que no existen figuras culposas correspondientes. Por tanto, para que opere la agravante, es necesario que el autor pueda reconocer, de acuerdo a la experiencia propia del profano en el mundo de la vida, que la persona a quien le suministra es un menor de edad o se encuentra perturbado mentalmente según su contextura, forma de expresarse o vestimenta. Por lo mismo, puede considerarse suficiente conocimiento a estos efectos uno equivalente al dolo eventual, esto es, la duda seguida de la aceptación del riesgo. En cambio, no podrá estimarse esta agravante si la menor edad o enfermedad mental de la víctima no son directamente apreciables por los sentidos de una persona puesta en la realidad (como sería el caso de que ellas debieran determinarse mediante certificados o pericias especiales).

(4) *Aprovechamiento del cargo público (Art. 19, letra d)*

La circunstancia está redactada en términos similares a lo previsto en la Convención de Viena de 1988, que en su Art. 3.5. e) sugiere tomar en cuenta para agravar la pena en estos delitos “el hecho de que el delincuente ocupe un cargo

público y de que el delito guarde relación con ese cargo”. La noción de funcionario público no ha de ser aquí diferente a la que se emplea en el resto de las materias penales, esto es, la persona que cumple una función pública, con independencia de la modalidad jurídica con que a esa función se vincule.

En cuanto al aprovechamiento o abuso de la investidura o función, parece obvio resaltar que con estas expresiones la ley ha querido excluir una interpretación puramente objetiva de la agravante, que se contente con constatar que el autor cumplía una función pública al momento de cometer el delito. Por tanto, debe descartarse como constitutiva de la agravante la conducta del funcionario que trafica fuera del ámbito temporal y espacial de ejercicio de sus funciones públicas. Pero aun cuando su conducta se despliegue dentro del ámbito de la función pública que desempeñe, ella será punible de manera calificada sólo en caso de estar motivada por fines ajenos a dicha función. Esto excluiría la punibilidad calificada de quien, cumpliendo labores de asistencia social, p. ej., suministrase pequeñas cantidades de sustancias prohibidas a las personas que atiende, si fuesen toxicómanos, y siempre que el suministro tuviese como finalidad superar una crisis de abstinencia o una situación de necesidad similar.

#### (5) *Valimiento de inimputables (Art. 19, letra e)*

La circunstancia de cometer el delito “valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal” reproduce la del Art. 72 del Código penal, en términos más comprensivos, pudiendo considerarse otro caso de reconocimiento legal de la llamada autoría mediata. Por lo mismo, esta agravante desplaza a la regla del Art. 72 del Código, en cuanto se refiere al que se prevale de un menor de edad, y al mismo tiempo, abarca situaciones no previstas en dicha disposición, específicamente, el prevalimiento de personas enajenadas mentalmente.

A pesar de que la introducción de estas disposiciones parece estar orientada a evitar que por la vía de la utilización de menores de edad e inimputables se burle la eficacia de la ley, lo cierto es que la agravante se puede justificarse por sí sola atendido el peligro que para el desarrollo del menor y la seguridad del inimputable, constituye su introducción en la comisión del delito y la consiguiente exposición al riesgo particular de generar una dependencia a las sustancias que, en sentido amplio, se trafiquen.

#### (6) *Cometer el delito en lugares de concurrencia frecuente de personas indeterminadas (Art. 19, letras f, g y h)*

En la antigua agravante del N° 3 del Art. 23 de la Ley N° 19.366 de cometer el delito “en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñan-

za, centro asistencial, lugar de detención, recinto militar o policial, institución deportiva, cultural o social, o sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicas”, el factor común de la enumeración era que en el momento de cometerse el delito haya personas en su interior o en sus inmediaciones, ya que es precisamente la aglomeración de individuos la que facilita la distribución y consumo de la droga. Por ello, a pesar de la división en tres grupos de casos que plantean las letras f), g) y h) del Art. 19 Ley N° 20.000, este fundamento común se mantiene y todavía tiene valor la opinión de Aravena, en el sentido de que lo que aquí sanciona el legislador “especialmente”, “es valerse de la multitud de personas que dichos lugares suponen, para distribuir más fácilmente la droga, lo que implica por una parte la posibilidad de pasar inadvertido en el tumulto y por otra “poner en riesgo” la salud de un mayor número de personas” (Aravena, Patricio (1998), “Tratamiento jurisprudencial del tráfico ilícito de estupefacientes”, en Politoff, Sergio y Matus, Jean Pierre, *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago, 228s.)

Específicamente, la letra f) del Art. 19, se refiere a cometer el delito “en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que los escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales”. Qué haya de entenderse por “inmediaciones” de los lugares que menciona la ley no parece claro desde el punto de vista semántico, sobre todo porque la definición del Diccionario nada aporta (“proximidad en torno a un lugar”). Sin embargo, atendido el objetivo de protección de la norma, parece referirse a las proximidades de los lugares que señala, donde los escolares o estudiantes se aglutinan en número indeterminado al entrar o salir de ellos, o por donde necesariamente deben pasar a esos efectos, y siempre que al momento de la comisión del delito ellos estén presentes. Como esta agravación, que se hace cargo de lo dispuesto en el Art. 3.5 g) de la Convención de Viena de 1988, se justifica como forma de protección de los menores de edad, cuya libertad corre más peligro frente a la exposición de sustancias prohibidas, resulta incompatible con la agravación de suministrar tales sustancias a menores de edad, en aplicación del principio *non bis in idem*, reconocido en materia de circunstancias por el Art. 63 CP.

Esta limitación no rige respecto de los casos de la letra g) del Art. 19, esto es, del tráfico “en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales”. Sin embargo, en este caso ha de tenerse presente que la agravación no puede aplicarse únicamente atendiendo a la naturaleza del lugar que se trata, sino principalmente al hecho de que en el momento de la comisión del delito estén reunidas en él personas indeterminadas. Luego, cuando esa multitud de personas falta o no puede ponerse en riesgo, no opera la agravante, como cuando se trafica en una discoteca en horas en que ella



no funciona, o en las puertas de un estadio donde no se desarrolla ningún espectáculo deportivo.

Finalmente, lo mismo señalado respecto de la agravación anterior ha de decirse con relación a la de cometer el delito en “un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial” (Art. 19, letra h), agregando a su respecto que aparece como inaplicable, en cuanto a la referencia a los centros hospitalarios, respecto de los delitos de prescripción y suministro abusivos (Arts. 6° y 7°); y en cuanto a los lugares de detención, reclusión, militares o policiales, respecto del delito de consumo personal del Art. 14. En ambos casos, el fundamento para la exclusión de la agravante es el principio de inherencia del citado Art. 63 CP, pues el lugar donde se cometen tales delitos es de tal manera inherente a ellos que de otro modo no se habrían podido cometer o se encuentra expresamente señalado por la ley al castigar el hecho.

### §3. TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES EN SENTIDO ESTRICTO. MODALIDADES DE TRÁFICO (ART. 3° INC. 1°)

El Art. 3°, inc. primero de la Ley N° 20.000 castiga con las penas de su Art. 1° “a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas”. El tráfico ilícito de estupefacientes, en sentido estricto, representa la forma por antonomasia de inducción, favorecimiento o facilitación del uso o consumo de dichas sustancias, y es por ello una figura especial de este delito y no constituye un *delicta sui generis*. Por tanto, al igual que la figura básica, el tráfico ilícito de estupefacientes en sentido estricto, es un delito de emprendimiento. Así lo ha entendido también la Corte Suprema al declarar que “lo castigado es el tráfico de drogas en tanto conducta habitual de un sujeto en orden a la compra, venta e intermediación de ella, sin una referencia necesaria a la situación en que se encuentra específicamente la droga con que el sujeto sea sorprendido; en otras palabras, se castiga el tráfico de drogas y no exclusivamente el tráfico de sólo aquella droga con la que sea efectivamente descubierto o aprehendido un sujeto” (SCS 23.5.1995 (RDJ CXII, 65).

Las particularidades de esta figura de tráfico ilícito de estupefacientes, en sentido estricto, respecto de la figura básica son dos: en primer lugar, que se refiere solamente a la actividad de tráfico en sentido estricto; y, en segundo término, que dicha actividad no es necesaria probarla como tal, sino que puede probarse acreditando alguna de las conductas que la ley señala como “modalidades de tráfico” en el inc. segundo del Art. 3°.

### A) *La voz “traficar” en sentido estricto*

Por traficar, entiende el Diccionario “comerciar, negociar con el dinero y las mercancías” (Así también, SCA Valparaíso 28.1.1994 (GJ 163, 89). Sin embargo, la interpretación que a la voz “traficar” le ha dado nuestra jurisprudencia es en muchos casos más amplia que la transcrita, basándose en el alcance que se le atribuye a la expresión “a cualquier título”, lo que permite incluir en ellas actos de donación (SCA Santiago 29.9.1987, RDJ LXXXIV, 160) y excluir la necesidad de acreditar un elemento subjetivo especial, como sería el ánimo de lucro (SCA San Miguel 13.6.1995, RDJ XCII, 147).

### B) *Las modalidades de tráfico (Art. 3° inc. segundo)*

El inc. 2° del Art. 3° señala que “se entenderá que trafican”, esto es, que son autores de conductas constitutivas de tráfico, a los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, substraigan, posean, suministren, guarden o porten consigo sustancias estupefacientes. Estas conductas no constituyen por sí mismas delitos independientes, pues lo que aquí se castiga no es, p. ej., la transferencia de estupefacientes sin la debida autorización, sino el tráfico de estupefacientes que dicha conducta significa. Esto significa que el número de transferencias, importaciones, transportes, etc., que de tales sustancias se detecten, no lleva a la configuración de tantos delitos de tráfico como sustancias se traten, sino simplemente a uno sólo: el tráfico ilícito de estupefacientes.

De este modo, dichas conductas funcionan aparentemente como en el modelo de los delitos mixtos alternativos, pero con la gran diferencia que en esa clase de delitos las alternativas aparecen como modalidades de una única acción —v.gr., matar a otro con veneno o por precio en el homicidio calificado (Art. 391 CP)—, en tanto que en los delitos de emprendimiento, como el de tráfico ilícito de estupefacientes aparecen como modalidades independientes de una misma actividad compuesta de una serie indeterminada de acciones, iniciadas o no por el autor, y en las que éste participa una y otra vez. Luego, lo que la ley ha pretendido estableciendo estas “modalidades de tráfico”, es posibilitar el castigo por dicha actividad aun cuando sólo se haya acreditado una cualquiera de las conductas que la constituyen, no siendo necesario acreditar que esa conducta es parte de una actividad de tráfico, hecho que se presume o, en palabras de la ley, “se entiende” que existe. Así, la SCS 30.6.2008, *Repertorio*, 574, declara que estas conductas son simples presunciones legales, sujetas a prueba en contrario.

### a) Posesión y adquisición

Posesión de estupefacientes es el hecho de tener el poder de disposición de los mismos o, en otras palabras, su tenencia con ánimo de señor y dueño, ya sea que se tenga por sí mismo o por otra persona a su nombre. Por lo tanto, posee quien tiene poder de disposición sobre las cosas que se tratan, con independencia de que tal poder se manifieste mediante la aprehensión directa de ellas, o mediante su control por vías indirectas, como sería el caso de quien encarga su custodia a otra persona o de quien utiliza para esos fines lugares, artefactos o medios mecánicos que se encuentran bajo su control, e incluso de quien es destinatario de un envío de tales sustancias y, en tal calidad, puede disponer de ellas. También posee quien, habiendo adquirido por compra o permuta las sustancias de que se trata, tiene sobre ellas poder de disposición, aunque no las haya recibido materialmente, el llamado caso de la compra sin entrega material.

Adquirir tiene en este contexto, su propio sentido fáctico, cual no es otro que el “hecho por el cual se hacen propias las sustancias de tráfico ilícito”, es decir, el hecho por el cual se entra en posesión de dichas sustancias, con independencia de su tenencia material.

### b) Tenencia, guarda y porte

Aunque la mera tenencia, o aprehensión material de las sustancias que se tratan no es suficiente para constituir posesión, no por ello deja de constituir una modalidad de tráfico ilícito de estupefacientes, en la medida en que, según la ley, supone participación de manera directa e inmediata en dicho tráfico, por consistir en guardar o portar consigo tales sustancias, según veremos enseguida.

Por guardar sustancias estupefacientes, según el Diccionario, hemos de entender una forma de tenencia de las mismas consistente en “tener cuidado” de ellas, “vigilarlas y conservarlas”, así como ponerlas “donde están seguras”, y aún “conservarlas o retenerlas”. Por otra parte, se debe tener presente que en este caso la ley ha querido castigar especialmente a quien, no siendo poseedor, guarda a nombre de éste las sustancias que se tratan, pues de otro modo no tendría mayor sentido su inclusión en el texto, dado que el poseedor, por la propia naturaleza de su posición, guarda las cosas que posee. Esta es, por lo demás, la aplicación que de la disposición en estudio ha hecho la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, que ha sostenido que quien guarda la droga, aunque no sea quien la comercialice, toma “parte inmediata y directa” en la realización del tráfico ilícito de estupefacientes (SCS 6.9.1995 (RDJ XCII, 252).

Quien tiene las sustancias estupefacientes directamente bajo su control corporal, las porta, lo que el Diccionario define como “traer o llevar”, verbo al que la ley agrega la forma especial del pronombre consigo, excluyendo de este modo

la tenencia por vía indirecta, que queda reservada sólo a la expresión guardar. Como en el caso anterior, la ley ha señalado expresamente esta modalidad del tráfico, previendo que, en muchas ocasiones, los poseedores de las sustancias que se tratan se valen de terceros —los portadores— para trasladarlas de un lugar a otro, terceros que no tienen sobre tales sustancias poder de disposición alguno, y que muchas veces no reciben a cambio de sus servicios sino cantidades fijas, independientes de la venta posterior de las sustancias que se tratan, los llamados “burreros”. Pero también alcanza esta modalidad al distribuidor local que lleva consigo las sustancias prohibidas que, tarde o temprano, pondrá a disposición de los consumidores finales. En este caso, basta acreditar el porte para configurar el delito, sin entrar a determinar si sobre las sustancias que se tratan tenía o no el agente un ánimo de señor y dueño.

### c) Transferir y suministrar

De todas las acepciones que ofrece el Diccionario para la voz transferir, la más ajustada al sentido del texto legal es la cuarta, que entiende por tal “ceder o renunciar en otro el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre la cosa”, concepto que a estos efectos no difiere mucho del de suministrar, “proveer a uno de algo que necesita”, sino sólo en el punto de vista de la definición.

El sentido de incluir estas expresiones junto a la posesión y venta, que parecen incorporarlas, no es otro que el legislador ha dado a entender que la actividad de tráfico, si bien puede comenzar con la primera transferencia o suministro, también puede continuar en el tiempo y no varía su naturaleza con el número de transferencias o suministros que se realicen, ni con el hecho de que quien transfiere necesariamente posee las sustancias que se tratan, de modo que tal sujeto, no comete tantos delitos de tráfico como sustancias posee, o como ventas o suministros aislados realiza, sino uno solo: el delito de tráfico ilícito de estupefacientes del inc. primero del Art. 3° de la Ley N° 20.000. Otra consecuencia importante de incorporar estas conductas dentro de las llamadas presunciones de tráfico es que con ello el legislador las vincula explícitamente a la demostración adicional de la inexistencia de la circunstancia que señala in fine la disposición en comento, esto es, que tales conductas no estén destinadas al consumo personal y próximo en el tiempo.

### d) Transportar, importar y exportar

Transportar estupefacientes o sustancias sicotrópicas, es, según el Diccionario, “llevarlas de un paraje o lugar a otro”. Se señala con razón que en la expresión “transporte”, también “se englobarían todas las actividades que conllevan el traslado de la droga de un punto a otro”, incluyendo en ellas la importación —“intro-

ducir en un país géneros, artículos o costumbres extranjeros”— y la exportación —“vender géneros a otro país” (Prieto R. Javier (1986), *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico español*, Barcelona, 202).

El transporte, la importación y la exportación de sustancias estupefacientes no ofrecen mayores dudas como presunción de tráfico, cuando el transportista tiene a su vez el poder de disposición sobre las mismas. Tampoco surgen dudas de calificar como transporte constitutivo de tráfico el consignar las sustancias prohibidas para que otro realice su traslación material —el envío en términos de la Convención de Viena de 1988—, o incluso cuando el envío se realiza por vía postal —pública o privada—, o por cualquier otro sistema a un lugar diferente. En ambos casos, el transporte, la importación y la exportación no son más que formas de ejercer la posesión de las sustancias de que se tratan.

Por tanto, lo que la ley ha querido dejar en claro al incorporar expresamente las modalidades en estudio como conductas constitutivas de tráfico, es señalar que también participan de modo inmediato y directo en dicho tráfico, y por tanto son autores del mismo, quienes realizan los actos constitutivos de transporte, importación, y exportación de dichas sustancias, aunque no tengan la posesión ni la tenencia material de ellas. Así, p. ej., el agente de aduanas que tramita una importación o exportación de tales sustancias a nombre de otra persona, importa o exporta materialmente las mismas, y responde por sus actos como autor del delito que se trata. Lo mismo sucede con el empresario de transportes que contrata un envío de tales sustancias, pues, aunque nunca tenga materialmente las cosas, y el porte lo realice un empleado, dicho empresario es el transportista a los efectos de esta ley.

### e) Sustraer

La ley ha incorporado también entre las modalidades de tráfico ilícito la sustracción de las sustancias de que se trata, a pesar de que dicha modalidad no agrega nada a las ya existentes de adquisición y posesión, pues es sólo un modo de adquirir las cosas —a efectos penales— y entrar en su posesión. La única explicación a la inclusión de esta modalidad de tráfico es el prurito del legislador de no querer dejar entregada al juez la decisión de si sustraer es o no una forma de adquirir, para evitar absurdas lagunas de punibilidad. Sin embargo, la inclusión expresa de esta modalidad de adquisición no sólo resuelve un problema ya solucionado por la propia ley, puesto que a la sustracción sigue necesariamente la posesión, o al menos el porte de las especies sustraídas; sino que, además, produce otros más graves, que tienen que ver con los posibles concursos en relación con las figuras comunes de los delitos de apropiación contenidos en nuestro Código.

#### §4. MICROTRÁFICO, FIGURA PRIVILEGIADA (ART. 4º)

La principal modificación en materia de tipos penales introducida por la Ley N° 20.000, respecto de la derogada Ley N° 19.366, es la incorporación del delito de micro tráfico en su Art. 4º, que castiga, sin hacer distinción entre la naturaleza de la droga traficada, con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo al que “sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º [...] a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”; imponiendo “igual pena”, al que “adquiera, transfiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas sustancias, drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro”.

Se trata de una figura, cuyo propósito declarado es ofrecer a los tribunales la posibilidad de imponer una pena inferior a los *dealers* callejeros, o como los denomina el Mensaje N° 232-241 de 2.12.1999, que acompañó al texto sometido al Congreso, “personas que comercializan pequeñas cantidades de drogas en poblaciones urbanas”. Según el Mensaje citado, la necesidad de esta reforma estaría detectada tanto en el informe de la Comisión Especial de Drogas de la Cámara de Diputados (1998-2002), donde se afirmó que “una de las principales deficiencias que se han detectado en la aplicación de la ley [N° 19.366], dice relación con la rigidez de las penas que establece para los traficantes, lo que conlleva a una saturación de las cárceles del país, por la gran cantidad de personas procesadas y condenadas por traficar pequeñas cantidades de drogas, ya que la ley, en estos casos, no faculta a los jueces para aplicar penas alternativas de cumplimiento de condenas”; como en los resultados de “talleres de análisis de la ley N° 19.366, organizados por el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes con Ministros de Cortes de Apelaciones y Jueces del crimen de Santiago, San Miguel, Arica, Iquique y Antofagasta el año 1997” donde se concluyó “que es conveniente” “conceder al juez facultad para rebajar las penas en determinados casos en que por las circunstancias personales y la gravedad del delito resulta injusta una pena mínima de cinco años y un día, unida a la imposibilidad de otorgar aquellos beneficios que niega esta ley [N° 19.366]”. Luego, según el Mensaje, el llamado micro tráfico no se encontraba “apropiadamente” tratado en la Ley N° 19.366, pues en dicha ley las penas “aparecen desproporcionadas cuando se deben aplicar por igual a quienes trafican con pequeñas cantidades de drogas, como a aquellos que en forma organizada y transnacional producen o comercializan grandes volúmenes o drogas aún más peligrosas, como el LSD o la heroína, utilizando además variados medios y recursos, traspasando las fronteras, corrompiendo funcionarios públicos y en algunos casos ejerciendo violencia para lograr sus propósitos”;

a lo cual el Mensaje agrega: “muchas veces esta desproporción, tratándose de personas de escasos recursos, sin antecedentes de actividades delictivas anteriores, a veces de avanzada edad, ha derivado, como quedó establecido en los informes antes referidos, en la no aplicación de castigo”.

En la práctica, este propósito legislativo se resolvió mediante la incorporación de un elemento especializante del tráfico ilícito de estupefacientes, la pequeña cantidad de las sustancias traficadas, que lo transformaría, al menos normativamente, en una forma específica y privilegiada de poner a disposición de consumidores finales tales sustancias: el micro tráfico. En efecto, la sola lectura de los dos primeros incs. del Art. 4° demuestra que las conductas que en él se mencionan no son diferentes de la facilitación de sustancias para el consumo ajeno, el tráfico en sentido amplio y estricto, salvo por la mención de que éste recaiga en pequeñas cantidades.

Luego, toda la cuestión dogmática radica en determinar qué ha de entenderse por pequeñas cantidades. Al respecto, la ley ofrece una directriz clara: con toda seguridad pequeña cantidad es la necesaria para su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, pero destinada a la venta. En efecto, aunque en principio pareciera que una cantidad de esa naturaleza obligaría a sancionar a título de consumo y no de micro tráfico, lo cierto es que ésta es precisamente la *ratio* de la ley: castigar por esta forma privilegiada de micro tráfico al que realiza conductas de tráfico con las mismas pequeñas cantidades que tendría en su poder el consumidor no traficante, o como señala el inc. final de este Art. 4° de la Ley N° 20.000: imponer penas por este delito y no por la falta de consumo “cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título”. Sin embargo, con este punto de partida es poco lo que se gana en determinación del ámbito de lo punible, pues más allá de lo necesario para el consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo de una persona, la ley habla del tráfico de pequeñas cantidades, es decir, del plural que correspondería esa pequeña cantidad. Enfrentados nuestros tribunales a determinar qué cantidades se puedan considerar pequeñas para establecer la existencia de un delito privilegiado de micro tráfico, se ha producido en sus fallos tal dispersión de criterios en atención a su integración, zona geográfica y peligrosidad de los imputados, que es difícil racionalizar. El problema se ha visto agravado porque la Corte Suprema ha delegado esta determinación en los jueces del fondo, señalando que estamos ante una cláusula regulativa que no puede ser objeto de control por la vía de un recurso de nulidad por infracción de derecho (SCS 19.7.2005. Véase con detalle la evolución jurisprudencial y los efectos de este fallo en la práctica, en Ruiz, Fernando. “El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal en la Ley N° 20.000”, RPC, Vol. 4, N° 8 (2009), 408-429).



***A) Elemento negativo del microtráfico: la circunstancia de no estar destinada la droga objeto de la conducta al tratamiento médico o al consumo personal***

El inc. 1° del Art. 4° agrega como elemento negativo del delito privilegiado de micro tráfico, que el mismo no será aplicable si el acusado justifica que las pequeñas cantidades que posee, transporta, guarda o porta “están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”. El alcance de este elemento negativo del tipo es más amplio que el aparente, pues aunque esta circunstancia se establece explícitamente sólo en relación al micro tráfico, el análisis sistemático del tráfico ilícito de estupeficientes, tanto en ese sentido estricto como en el amplio de inducir, promover o facilitar el consumo de dichas sustancias, así como la simple lógica, llevan a la conclusión que los delitos derivados de esa figura amplia de tráfico no se cometen cuando la sustancia, materia prima, precursor, semilla, cultivo o especie vegetal que se adquiere, posee, elabora, cultiva, etc., está destinada al consumo personal de quien la utiliza. Así sucede particularmente con el cultivo de drogas destinado al consumo personal que, como ya hemos dicho, nuestros tribunales superiores han declarado atípico.

La razón por la cual, cuando la conducta está destinada a proveer el consumo personal, se excluye la tipicidad del micro tráfico de estupeficientes, se aplica también al tráfico en sentido amplio: no puede sancionarse la facilitación del consumo propio sin sancionar el consumo (SCA Santiago 6.6.1997, GJ 204, 146). Y el consumo individual no es punible en Chile, salvo los excepcionales casos en que, por razones de orden público, se le castiga como falta (Art. 50 de la Ley N° 20.000); o como simple delito, cuando afecta la seguridad de naves, aeronaves o de las labores propias de los cuerpos armados del país (Art. 14 y ss. Ley N° 20.000). De allí que no pueda admitirse que nuestra ley pretenda castigar por una vía oblicua lo que expresamente entiende lícito, aunque no loable.

**a) Sentido y prueba de las expresiones “tratamiento médico” y “uso personal exclusivo y próximo en el tiempo”**

La prueba del destino a un tratamiento médico de determinadas sustancias es relativamente sencilla, sobre todo por el régimen de control que existe respecto de las recetas que se utilizan necesariamente en estos casos. Sólo surgirán algunas dificultades probatorias en caso de que una persona realice alguna de las conductas que se señalan en el inc. segundo del Art. 3°, respecto de sustancias que estén destinadas al tratamiento médico de un tercero, como sería el caso de los parientes que adquieren tales sustancias para un enfermo que se encuentra postrado, quienes se las suministran, etc. También puede darse el caso de quien adquiera para

sí o para el tratamiento médico de otras sustancias que se trate, pero fuera del mercado farmacéutico formal, caso en el cual las dificultades probatorias podrían aumentar, pero que, de ninguna manera, se encuentra excluido de este elemento negativo del tipo. Además, justificado el tratamiento médico, es irrelevante, en principio, la cantidad de sustancia que se posea, adquiera, elabore, etc., o el tiempo que su consumo exija, a menos que ella exceda de la cantidad requerida para el tratamiento especificado en particular, o que su acumulación denote que no será destinada a dicho fin, como si se tienen grandes cantidades de sustancias con fecha de caducidad muy cercana, imposibles de consumir, dentro del tratamiento médico, antes de dicha fecha.

Tratándose del uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, la ley por una parte limita el elemento negativo al destino que a las sustancias que se tratan le da el sujeto activo de las conductas descritas en la ley —uso personal exclusivo—, y siempre que tales sustancias sean susceptibles de consumirse por esa persona dentro de un plazo más o menos breve —uso próximo en el tiempo—. Para determinar si las especies traficadas se encontraban o no destinadas a su uso personal exclusivo y próximo en el tiempo, se han propuesto criterios relativos a la cantidad de sustancia que se trata y la calidad de consumidor habitual del portador, a los que habría que añadir otro implícito, recogido por nuestra jurisprudencia, y cuya importancia es cardinal en esta clase de delitos: “que el tráfico no resulte acreditado por otros medios de prueba más directos” (SCA San Miguel 13.6.1995, RDJ XCII, 147), tal como lo reconoce legalmente ahora el inc. final del Art. 4° de la Ley N° 20.000.

En efecto, ni la escasa cantidad decomisada, ni el carácter de adicto o dependiente de la droga del acusado resultarán suficientes para desvirtuar la presunción de tráfico, si por otras vías de prueba se demuestra que esa cantidad poseída se estaba, p. ej., ofreciendo a terceros o transportando para ese fin, o existen otros antecedentes al respecto, como el hecho de acreditarse una siembra o elaboración anterior al consumo (SCA Talca 18.3.1997, Rol N° 286-853), la incautación de una importante e innecesaria cantidad de envoltorios de dosis individuales (SCA Antofagasta 15.1.1993 (RDJ XC, 56), grandes sumas de dinero no justificadas, o de balanzas de precisión o de otra clase de artefactos que denoten la actividad de tráfico (micro tráfico).

En cuanto al criterio de la escasa cantidad, aunque la jurisprudencia nacional insiste en que la tenencia de una ínfima cantidad de droga no puede apreciarse como notoriamente destinada a un comercio ilícito de estupefacientes (SCS 29.7.1996 (GJ 193, 82), no existen en Chile criterios más o menos claros y explícitos, sea de orden médico o jurisprudencial, para determinar, en general y sin que de ellos se siga necesariamente una condena o una absolucón, qué cantidad de sustancias estupefacientes, en relación a su clase y calidad, debe considerarse propia de un consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Por lo que respecta al criterio del carácter de adicto o consumidor habitual del inculpado, alguna jurisprudencia ha entendido que sin éste no es suficiente el criterio de la escasa cantidad (SCS 4.11.1997, RDJ XCIV, 262), tendiéndose en general a una doctrina que toma en cuenta ambos factores para la determinación del destino de la droga (SCA San Miguel 27.3.1996, GJ 189, 155), lo que podría llevar a peligrosas consecuencias, sobre todo, porque significaría que primerizos en el consumo que no acreditaran su carácter habitual nunca, podrían justificar el destino personal; mientras que avezados dealers podrían siempre argumentar en su favor con su calidad de adictos, procurando portar escasas cantidades.

## §5. PRESCRIPCIÓN ABUSIVA DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES (ART. 6º)

El delito de prescripción abusiva de estupefacientes del Art. 6º, castiga con las penas de presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa al “médico cirujano, odontólogo o médico veterinario que recetare alguna de las sustancias señaladas en el Art. 1º, sin necesidad médica o terapéutica”. Estamos ante un delito especial impropio, cuyo círculo de autores se encuentra restringido por la ley a los “médicos cirujanos, odontólogos o médicos veterinarios”, lo que constituye un avance en la determinación de esta clase de sujetos activos, generalmente designados sólo como “facultativos” por la ley penal, como en los Arts. 345 y 492.

Nuevamente entra en juego aquí una necesaria interpretación de la figura penal a la luz del bien jurídico, pues la prescripción indebida de estupefacientes sólo lo afecta materialmente cuando de ella se sigue una difusión incontrolada de las sustancias prescritas, esto es, cuando las sustancias prescritas no se destinan al consumo personal del paciente a quien se prescriben. Luego, será atípica o no será materialmente antijurídica, la conducta del facultativo que prescribe sustancias estupefacientes o sicotrópicas en base a un diagnóstico y tratamiento objetivamente equivocados, sin que exista, por tanto, necesidad terapéutica de esos fármacos; ni tampoco cometerá delito el facultativo que, teniendo un diagnóstico correcto, prescriba una sustancia estupefaciente para mejorar no esa enfermedad en particular sino la salud en general del paciente. En ambos casos, no existe el peligro de difusión incontrolada de las sustancias que se tratan y, por tanto, se encuentran fuera del ámbito de lo punible, porque las conductas, en el improbable caso que llegasen a afectar al paciente, nunca afectarían, además, a la salud pública, bien jurídico que aquí se pretende proteger.

En cuanto al objeto material, aunque la ley lo remite directamente a las sustancias mencionadas en su Art. 1º, lo cierto es que no todas ellas son de prescripción médica —como es el caso de la Cannabis, que no tiene uso médico aceptado en Chile y no se encuentra en los establecimientos farmacéuticos—, por lo que, del

total de las sustancias prohibidas la prescripción abusiva punible sólo puede recaer en aquéllas cuya disponibilidad farmacéutica se encuentre acreditada, ya que de otro modo estaríamos en un caso de delito imposible, tanto por la inidoneidad absoluta del medio —la receta—, como por inexistencia absoluta del objeto material del mismo. De todos modos, no debe descartarse la posibilidad de que, aunque no se cometa esta figura especial, el facultativo que recomiende a sus pacientes el consumo de Cannabis pueda ser castigado por la figura genérica del favorecimiento del consumo ilícito del Art. 3° inc. 1° in fine, aprovechándole en tal caso, la rebaja facultativa de dos grados que alcanza a dicha disposición penal.

La conducta punible es recetar las sustancias que se tratan, sin necesidad terapéutica. Por recetar entiende el Diccionario “prescribir un medicamento, con expresión de su dosis, preparación y uso”. Sin embargo, tal concepto es poco operativo a este respecto, pues no se trata aquí de sancionar penalmente un acto reñido con la ética profesional, sino de prevenir que el facultativo autorizado como está por su profesión para la prescripción de las sustancias cuyo tráfico ilícito se pretende evitar, use dicha autorización como plataforma para iniciar una empresa de tráfico ilícito, poniendo indebidamente a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas.

## §6. SUMINISTRO ABUSIVO DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES (ART. 7°)

El Art. 7° de la Ley N° 20.000 castiga con las penas de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, multa y otras sanciones especiales —clausura temporal o definitiva del establecimiento y prohibición de participación en establecimientos de similar naturaleza—, al “que, encontrándose autorizado para suministrar a cualquier título las sustancias o drogas a que se refiere el Art. 1° de esta ley, o las materias que sirvan para obtenerlas, lo hiciere en contravención de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes”. La pena se desconecta del sistema del Art. 1° pues aquí lo castigado incorpora el abuso de la autorización concedida, de modo que, por una parte, no se permite la rebaja facultativa del Art. 1°, en atención a la naturaleza de la sustancia que se trata; y por otra, se imponen penas adicionales vinculadas precisamente a la infracción de la autorización concedida: clausura y prohibición de participación en establecimientos similares.

Esta figura reúne las mismas características del delito de desvío de cultivos en materia de autores, esto es, se trata de una figura especial impropia, donde sólo quien se encuentra autorizado a suministrar las sustancias que se trata comete el delito, quedando la sanción de los partícipes no calificados entregadas a las figuras correspondientes.

Sin embargo, su diferencia fundamental con la figura del Art. 10 de la ley, radica en la discutible constitucionalidad de la técnica empleada en la descripción típica, pues parece que “no se cumple con la exigencia, explicitada por el Tribunal Constitucional, consistente en que la ley penal debe describir expresamente la conducta incriminada ‘en sus aspectos esenciales’ (‘núcleo esencial’) y sólo puede dejar a otras normas el desarrollo o precisión de aspectos no esenciales” (STC 4.12.1984, *Repertorio*, 15). En efecto, no existiendo disposiciones legales que regulen la materia, sino sólo las disposiciones generales del Código Sanitario y las específicas de los D.S. (Salud) 435 de 1982, 404 y 405 de 1984, y 466 de 1985, parece difícil discernir la clase de infracción reglamentaria que llevaría a considerar como delito el suministro contrario al reglamento y no una simple falta administrativa.

Sin embargo, tomando como punto de partida la necesaria vinculación que ha de dársele a estas figuras penales con el bien jurídico protegido, las únicas infracciones reglamentarias relativas al suministro de estupefacientes que justificarían una sanción penal serán aquéllas que importen poner a disposición de consumidores finales las sustancias prohibidas, sustrayéndolas del régimen de control a que se encuentran sometidas. Ello reduce el ámbito de aplicación de esta figura a la conducta consistente en proveer sustancias para cuyo suministro se encuentra autorizado a terceros que no justifiquen en la forma reglamentaria la necesidad terapéutica de ellas. Luego, las únicas infracciones reglamentarias que darían origen a la aplicación de esta figura penal serían básicamente el despacho sin receta, con recetas inapropiadas o en cantidades superiores a las recetadas, juntamente con la alteración de los registros correspondientes, sustrayendo de este modo dichas sustancias al régimen de control establecido.

Esta conclusión reduce el conjunto de sujetos activos a los Directores Técnicos o químicos-farmacéuticos de los laboratorios y establecimientos farmacéuticos abiertos al público, únicos destinatarios de las normas referidas al despacho de recetas de sustancias controladas. Cuando la autorización sea otorgada a una persona jurídica, responderá el Director Técnico que comete la infracción, y los representantes de la persona jurídica, en la forma prevista en el Art. 58 inc. 2° CPP.

Como estamos aquí también ante un delito especial impropio, los terceros que participan en la comisión del delito con el autor no se castigan por este título, sino por el de tráfico correspondiente, ya que sobre ellos no pesa el deber de cumplir con los términos de la autorización concedida, por lo que, a su respecto, rige plenamente la rebaja facultativa de dos grados del Art. 1°, cuando las sustancias indebidamente suministradas no sean de aquéllas que provocan grave daño a la salud pública. Del mismo modo, el dependiente que por su cuenta y sin autorización del Director Técnico del establecimiento se dedica al despacho de las sustancias prohibidas comete el delito de tráfico ilícito en sentido estricto, y puede beneficiarse de la rebaja facultativa indicada.

Finalmente, en cuanto a las sanciones especiales que se imponen, “atendidas las circunstancias del delito”: clausura temporal o definitiva del establecimiento y prohibición de participación en el mismo, su aplicación generará más de un problema cuando se trate de establecimientos de propiedad de personas jurídicas, como son la mayoría de los farmacéuticos existentes en Chile. Para el caso de que la conducta que se persiga lo sea a título de tráfico propiamente tal, las penas de comiso que se establecen en la ley, son lo suficientemente amplias para producir efectos similares a la suspensión prevista.

### §7. DESVIACIÓN DE CULTIVOS (ART. 10 INC. 1º)

Aquí se castiga con pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y que, “estando autorizado para efectuar las siembras, plantaciones, cultivos o cosechas” de especies vegetales del género cannabis y otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, las “desvíe o destine al tráfico” como tales especies o realice similar conducta con “sus rastrojos, florescencias, semillas u otras partes activas”. La particularidad de esta figura radica también en su círculo de autores, pues la conducta —desviar o destinar al tráfico ilícito— no requiere mayores explicaciones conocido el concepto de tráfico ilícito y lo que el Diccionario define por desviar: “separar de su lugar o camino una cosa”; y destinar: “determinar una cosa para algún fin o efecto”, en ambos casos, el tráfico ilícito. Lo mismo puede decirse del objeto material del delito, y cuyo contenido también ya se analizó. Como el delito básico de tráfico, esta figura no puede realizarse por omisión ni culposamente (la figura del inc. 2º del Art. 10 no corresponde a un desvío negligente, sino a un delito autónomo).

Los autores del delito de desvío de especies vegetales productoras de estupefacientes sólo pueden ser quienes, estando autorizados para cultivar especies vegetales productoras de sustancias estupefacientes, abusan de la autorización concedida y desvía parte de su producción al mercado ilícito. Ello parece justificar que la penalidad base sea igual a la del tráfico propiamente tal, sin admitir la rebaja penológica del Art. 8º. Sin embargo, la sola circunstancia de existir un abuso en el ejercicio de una autorización administrativa no parece suficiente razón para “dejar de lado una distinción razonablemente fundada”. Se trata de un delito especial impropio, por cuanto los terceros que participan en la comisión del delito con el autor no se castigan por este título, sino por el de tráfico correspondiente, ya que sobre ellos no pesa el deber de cumplir con los términos de la autorización concedida al agricultor que desvía sus cultivos. Por lo mismo, el empleado o el tercero que desvía las especies vegetales que se tratan sin el consentimiento de quien se encuentra autorizado a cultivar, no cometen este delito sino el de tráfico que corresponda, pues la autorización a ellos no los vincula.

Sin embargo, a pesar de la especial preocupación demostrada por el legislador, esta disposición no alcanza a quien, contando con la competente autorización para cultivar una cantidad determinada de especies vegetales, cumple con el mandato de la autorización, pero abusa del respaldo legal para cultivar otras especies o una mayor cantidad de la autorizada. En tales situaciones lo desviado no serán las especies vegetales sino el sentido de la autorización, y la conducta se enmarcará en la figura especial de cultivo ilícito de especies vegetales productoras de estupefacientes del Art. 8°.

## §8. TRÁFICO ILÍCITO POR OMISIÓN (EL DELITO *SUI GENERIS* DEL ART. 12)

Las figuras de tráfico ilícito de estupefacientes no son susceptibles de cometerse por omisión impropia, pues en esta clase de delitos no se exige propiamente la ocurrencia de un resultado en el sentido causal. Esta conclusión no alcanza a los casos en que el legislador ha establecido delitos de omisión propia, como el del Art. 12. Esta figura omisiva castiga con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, multa y clausura (facultativa) a “quien se encuentre, a cualquier título, a cargo de un establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile o música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otros abiertos al público, y tolere o permita el tráfico o consumo de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 1°”, añadiendo, además, que la penas previstas sólo se impondrán al autor “a menos que le corresponda una sanción mayor por su participación en el hecho” (Art. 12 Ley N° 20.000). Luego, la figura en estudio sólo puede tener aplicación a quienes, no siendo los favorecedores o facilitadores del consumo indebido de tales sustancias (que serían propiamente autores del delito de tráfico del Art. 3°), toleran, los actos de tráfico que dicho favorecimiento implica, esto es, los permiten como algo que no se sigue por lícito, sin aprobarlo expresamente.

El sujeto omitente es un sujeto calificado, aquél que tiene un poder de control o dirección reconocido legal o convencionalmente sobre el lugar o establecimiento en que se producirá la situación típica, y que tiene capacidad real de acción.

La situación típica generadora de la obligación es la comisión de un delito de tráfico ilícito o la realización de un acto de consumo personal en los lugares que la ley señala (establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile y música, recinto deportivo, o un establecimiento educacional de cualquier nivel, u otro de similar naturaleza abierto al público). Abiertos al público son aquellos establecimientos cuya entrada no puede negarse sino por razones objetivas, como horarios, etc. No son, por tanto, locales abiertos al público aquellos clubes privados cuyo acceso se encuentra restringido únicamente a quienes son



socios del mismo, o los casinos o comedores reservados de ciertas instituciones, etc. Además, debe tratarse de lugares donde se pueden encontrar o reunir personas conocidas y desconocidas entre sí. De allí que un local abierto al público, pero donde el público no se puede encontrar o reunir entre sí, salvo que sean personas conocidas íntimamente, no puede considerarse de “similar naturaleza” a los mencionados expresamente por la ley. Un ejemplo de tales locales son los hoteles para encuentros íntimos, las máquinas automáticas de fotografía, y los baños públicos individuales.

En cuanto a la acción esperada, la conducta omitida propiamente tal, es tomar las precauciones adecuadas para evitar dichos actos. Ello consiste, básicamente, en que el dueño o administrador del establecimiento abierto al público que se trata, una vez descubierta la existencia de los actos de tráfico o consumo que la ley reprueba, adopte medidas destinadas a impedir su reiteración, como sería el establecimiento de avisos prohibiendo dichas conductas, impedir el ingreso a su establecimiento de quienes sabe realizan dichos actos, etc. En contra de lo que aquí se afirma, Etcheberry IV, 303, considera que este delito se traduce, “en la práctica”, de “una exigencia de poner el hecho [tráfico o consumo en lugares abiertos al público] en conocimiento de la autoridad, aunque el texto no lo dice, pues rara vez será posible o lícito usar la fuerza privada para tales fines”.

## §9. FALTAS CONTRA LA SALUD PÚBLICA RELATIVAS AL CONSUMO PERSONAL (ARTS. 14, 15, 50 Y 51)

Por regla general, el consumo privado de sustancias estupefacientes o sicotrópicas no es en Chile un delito, ni siquiera una falta, pues se trata de actos privados que no ponen en riesgo eventual más que la salud individual del propio consumidor, hecho el cual la ley, con sano criterio, ha preferido dejar librado a la propia conciencia de las personas. Además, como ya vimos, el hecho de acreditar el consumo personal sirve, además, para excluir la sanción por alguno de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, salvo que se trate de consumo por personas especialmente obligadas a evitarlo, atendido el hecho del riesgo que ello generaría, como sucede con el personal de las fuerzas armadas, Gendarmería e Investigaciones, y con el personal aeronáutico y la gente de mar (Arts. 14 y 15).

Por tanto, la racionalidad del castigo a título de falta de ciertos actos de consumo personal sólo puede vincularse al mismo bien jurídico “salud pública”, entendiéndose que, en las especiales situaciones previstas por la ley, las circunstancias en que se realiza el consumo podrían llevar a una sensibilización de dicho bien jurídico, mediante un real o supuesto efecto multiplicador —difusión incontrolable— que la exposición pública o en público del consumo privado podría acarrear. Las distinciones apuntadas han sido recogidas en el Art. 50, donde se castiga el con-

sumo personal en los siguientes casos: a) consumo en lugares públicos o abiertos al público; b) tenencia o porte para el consumo en tales lugares; y c) consumo concertado en lugares privados. Por su parte, el Art. 51 impone una agravación a esta falta si el hecho se comete en lugares de detención, o en recintos militares o policiales por personas ajenas a ellos (el personal militar y policial comete el delito del Art. 14), o por docentes o trabajadores de un establecimiento educacional, dentro del mismo.

En cuanto al consumo en lugares públicos o abiertos al público, la ley señala, a modo ejemplar, los siguientes: calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música, o en establecimientos educacionales o de capacitación. En todos estos casos, al igual que como afirmábamos respecto de las agravantes de las letras f), g), y h) del Art. 19, lo relevante es que el consumo se produzca mientras exista la posibilidad de que terceros indeterminados puedan observar su realización y tenerla por buena, única justificación al castigo en estos casos.

La racionalidad legislativa supuesta en la interpretación del supuesto del consumo en lugares públicos ha de suponerse también en el caso del castigo del porte para el consumo en lugares públicos. Aquí caben dos casos: a) el del que porta ostensiblemente tales sustancias, esto es, de manera tal que sea percibido por terceros indeterminados, dando así por bueno tal hecho frente a la comunidad; y b) el del que porta para su consumo en los lugares que se trata, como cuando se concurre con tales sustancias a espectáculos deportivos o culturales. En este último supuesto, la racionalidad de la ley es permitir que pueda evitarse el consumo público antes de su ejecución, supuesto que de no existir el inc. 3° del Art. 51 sería impune, por constituir —a lo más— una simple tentativa de la falta de consumo en lugares públicos.

En cambio, no constituye esta falta el simple porte sin ostentación en lugares públicos para el consumo personal en lugares privados. En efecto, por una parte, falta en esta situación la *ratio legis* de los supuestos antes analizados; y por otra, se trata del único supuesto en que tendrían sentido las prescripciones relativas al micro tráfico y el cultivo (Arts. 4° y 8°), donde claramente el porte o posesión para el consumo personal próximo y exclusivo en el tiempo está exento de responsabilidad penal. Luego, si se admite que el que posee, transporta, guarda o porta consigo sustancias prohibidas no comete el delito de micro tráfico del Art. 4°, cuando ello está destinado a su consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo, debe admitirse que la persona pueda efectivamente alegar, al menos en un supuesto, esta exención de responsabilidad, pues de otro modo la ley sería inoperante. Luego, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, nos encontramos ante un supuesto de consunción inversa, donde la atipicidad del consumo personal de estas sustancias —que por regla general no afecta a la salud pública— absorbe la aparente tipicidad de este acto preparatorio (su porte en lugares públicos para el

consumo en lugares privados), pues de otra forma dicha atipicidad no sería más que una ilusión, y la ley entraría a regir el fuero interno de las personas, cuestión inaceptable en un Estado Democrático de Derecho. A esta conclusión no se opone lo dispuesto en el inc. final del Art. 51, que parece limitar la exención de responsabilidad sólo al porte de dichas sustancias “para la atención de un tratamiento médico”, pues tal exención de responsabilidad penal es únicamente aplicable a los casos de consumo que la ley sanciona (consumo o porte para consumir en lugares públicos y también para el que consume concertadamente en lugares privados), pero no para el que porta para consumir en lugares privados, supuesto no sancionado en el mencionado Art. 51.

Finalmente, en cuanto al consumo concertado en lugares privados, la racionalidad de la disposición radica en la exposición en público, aunque sea selecto, del consumo personal, previendo un posible efecto multiplicador en quienes no siendo consumidores pudieren eventualmente encontrarse o ingresar a los recintos privados donde se consume. El evidente peligro de permitir por esta vía el allanamiento indiscriminado sin orden judicial de tales recintos se encuentra mitigado por la regulación del Art. 206 CPP, que exige la existencia de llamadas de auxilio u otros signos evidentes de la comisión del delito para la práctica de dicha diligencia.



# Apuesta por Tirant LATAM, la base de datos jurídica más completa de Iberoamérica.




## latam.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Tirant Derechos Humanos
- \* Husos horarios
- \* Legislación internacional
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Novedades
- \* Traductor

 +34902121215

 +34963696675

 [atencion.latam@tirantonline.com](mailto:atencion.latam@tirantonline.com)

 [latam@tirantonline.com](mailto:latam@tirantonline.com)