

## **Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal Parte Especial**

Versión refundida de los materiales de discusión de las unidades 1 a 9 de la parte especial, elaborados por Jean Pierre Matus Acuña, y Héctor Hernández Basualto, con las observaciones recibidas y las conclusiones arribadas en las sesiones del Foro Penal

### **Notas:**

1. A partir de la Unidad 2b, el método de trabajo adoptado por el Foro Penal prescindió de las observaciones escritas previas y todas las discusiones habidas en las sesiones quedaron directamente reflejadas en los materiales de estudio. Se contiene, sin embargo, como unidades 2a y 3a, para efectos del registro, el texto ordenado de las observaciones recibidas. Por lo tanto el texto que, a partir de la unidad 2b) aparece **en rojo** como propuesto es el mismo aprobado por el Pleno del Foro. En **azul** o entre paréntesis “()” se dejaron las materias discutidas.
2. A partir de la Unidad 8, sólo se presentan los fundamentos del texto, ya que en esa época se empezó a trabajar directamente con la numeración del articulado definitivo, según se iban discutiendo las observaciones.

## Unidad 1. Delitos contra la vida

### Tema 1. Homicidio y Lesiones. Encabezado

#### A. Texto propuesto

**CÓDIGO PENAL**  
**LIBRO II**  
**TÍTULO I**  
**DEL HOMICIDIO Y LAS LESIONES**  
§ 1. Del homicidio

#### B. Fundamento

1. En el orden puramente sistemático, el texto propuesto opta por:

- a) Ubicar los delitos de homicidio y lesiones en el primer Título del Código, asumiendo que es la vida y la salud son dos de los bienes jurídicos que en la actualidad pueden estimarse de los más valiosos, si no los que más, como parece reflejarse en la sistemática de las obras de nuestros autores<sup>1</sup>, y también en la de los recientes Códigos español y francés<sup>2</sup>.
- b) Intentar abarcar en este título todas las figuras relevantes de homicidios y lesiones hoy dispersas en el Código como formas calificadas no sólo del homicidio sino de otros delitos (secuestro, sustracción de menores, robo y violación calificados, especialmente), incluyendo entre ellas todas las manifestaciones legales actualmente vigentes, salvo aquéllas que se consideran desprovistas de sentido en la actualidad, como el infanticidio<sup>3</sup>, o cuyas dificultades interpretativas parecen hacer aconsejable su supresión (como el homicidio y las lesiones en riña, que pasan a formar una agravación común). Además, se incluye la figura del genocidio, para dar cumplimiento a lo acordado por el Foro al respecto, y a las obligaciones contraídas por el Estado en la materia.

---

<sup>1</sup> Cfr., por todos, *Garrido Montt III*, pp. 18ss.

<sup>2</sup> Así, el Título I del Libro II del Código español de 1995 se denomina “del homicidio y sus formas”, apareciendo en el Título III las lesiones (este Código ha dejado de lado la división sistemática del anterior en títulos y párrafos); en tanto que el Título 12 del Código francés de 1992 (donde comienza la descripción de los hechos punibles), “De los atentados contra la persona humana”, comienza con un capítulo primero sobre los atentados a la vida de la persona, seguido del relativo a los “atentados contra la integridad física y síquica de la persona”. En cambio, el StGB conserva aún la sistemática decimonónica, que otorga preminencia en la exposición a los delitos contra el Estado y la sociedad, relegando a un segundo plano los atentados contra la vida y demás derechos personales. Sin embargo, ya desde el *Libro de estudio* de Edmundo Mezger, que data de la década de 1950 (la 4ª ed. es de 1954), la exposición sistemática comienza por los delitos contra la vida, bien jurídico fundamental.

<sup>3</sup> Cfr. Jean Pierre Matus y otros: *Informe final Proyecto Sistematización de Tipos Penales Vigentes en Chile*, Ministerio de Justicia, Santiago 2002.

c) En cuanto a la denominación del Título, “Del homicidio y las lesiones”, se ha preferido a la del actual Título VIII, Libro III CP, con el objeto de evitar la discusión acerca del alcance la expresión “delitos contra las personas” y de la verdadera ubicación que correspondería a los delitos de “aborto”<sup>4</sup>. Tampoco ha parecido oportuno denominar estas figuras como atentados contra la vida humana, la persona u otra expresión similar, atendidas las evidentes diferencias en nuestra comunidad acerca de cuándo comenzaría dicha vida, quiénes deben considerarse personas, qué grado de protección ha de dársele, etc. Por lo mismo, el título respecto a los delitos de aborto, lesiones al feto y manipulación genética se ha puesto a continuación, como Título II, evitando prejuzgar con ello las profundas cuestiones filosóficas involucradas en esta discusión, tal como lo ha hecho el Código español de 1995.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Por una sistematización diferente de la Prof. Silvia Peña*

“Preferiría designar a los delitos por el bien jurídico contra el cual atentan. Así, englobaría en el Título I, bajo la rúbrica “Delitos contra la vida en sus diversas formas”<sup>5</sup> (alternativamente, la rúbrica podría ser: “Delitos contra la vida y otros delitos afines”), el homicidio, el auxilio al suicidio y el aborto. Esto, para ser consecuente con la rúbrica, porque el auxilio al suicidio no es propiamente homicidio.”

“...Las lesiones las incluiría en un título aparte bajo la rúbrica “Delitos contra la integridad corporal y la salud individual”, junto con los daños graves a la salud provocados por el contagio deliberado o imprudente de enfermedades infecciosas graves e incurables (por ejemplo, SIDA, hepatitis B u otras similares), los que creo que no podrían quedar cubiertos por ninguna de las figuras de lesiones previstas.

... En mi opinión, el aborto estaría mejor ubicado en un Título I junto con los delitos contra la vida. En cuanto a las lesiones al feto, deberían quedar incorporadas a los delitos contra la integridad corporal y la salud, mientras que la manipulación genética —si se decide legislar al respecto— habría que incluirla como una situación de riesgo generalizado (para la estirpe humana en su conjunto), pero no junto a delitos contra bienes individuales.

En cuanto al ordenamiento de los tipos penales, si en cada párrafo se parte con la figura básica para tratar luego los más graves, dentro de los tipos con pluralidad de hipótesis también deberían figurar en primer lugar las menos graves y en último término las más graves (esto también es válido para los delitos tratados anteriormente).”

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay.

---

<sup>4</sup> La ubicación que la *Comisión Redactora* dio a estas figuras seguía el criterio sistemático del CP Belga, hoy abandonado tanto por el CP español de 1995, como el alemán, en los cuales figura el *aborto* en un párrafo independiente, inmediatamente a continuación de los delitos de *homicidio*. En cuanto a la calificación del *aborto* como *delito contra la vida*, Cfr., por todos, ETCHEBERRY III, 17s.

<sup>5</sup> Creo que con esto se subsana el problema de incluir el aborto dentro de los delitos contra la vida “a secas”, aunque son muchos los códigos que así lo han hecho.

**E. Redacción Aprobada por el Foro Penal**

**CÓDIGO PENAL**

**LIBRO II**

**TÍTULO I**

**DEL HOMICIDIO Y LAS LESIONES**

**§ 1. Del homicidio**

**Tema 2. Homicidio simple**

**A. Texto propuesto**

... **Art.80. El que mate a otro será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado medio.**

**B. Fundamento**

En relación al actual Código, la única diferencia en la definición de homicidio es el aumento leve de su penalidad, con la supresión del grado mínimo del actual art. 391 N° 1. En cuanto a la definición del delito, se entiende que otra diferente podría causar más problemas dogmáticos que la actual, amén de ser imposible en una definición legal resolver todos esos problemas, vinculados generalmente a aspectos de aplicación de los conceptos básicos de la parte general en la interpretación del delito.

La modificación del marco mínimo de la pena se justifica en que la valoración actual parece muy baja, atendida la importancia de la vida humana como bien jurídico fundamental. Ello se demuestra no sólo con una somera comparación de las penas previstas para este delito en el ordenamiento comparado<sup>6</sup>, sino también si se compara la actual pena del homicidio con las recientes reformas legislativas a otros delitos<sup>7</sup>. De este modo, queda un espacio (la reclusión mayor en su grado mínimo), para sancionar aquellos hechos graves que se consideren merecedores de pena de crimen, pero que no tengan la gravedad del homicidio, al no perderse la vida de un ser humano.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que en este proyecto, y para los casos extremos, existe un importante número de circunstancias atenuantes, cuyos efectos en la determinación de la pena permiten sustanciales rebajas y el acceso a la pena sustitutiva de

---

<sup>6</sup> En España, la pena es de prisión de 10 a 15 años (Art. 138); en Francia, de hasta 30 años de prisión criminal (art. 221-1); en Alemania, con pena de crimen *no inferior* a cinco años de privación de libertad (y hasta 15), pudiendo llegar a la privación perpetua en casos “de especial gravedad”, aunque no sean asesinatos u homicidios calificados propiamente tales (§ 211).

<sup>7</sup> i.e., arts. 440 N° 1, 361, 436, delitos de la Ley 19.366, delitos informáticos, etc., por mencionar algunos crímenes de notable interés social, cuya pena hace aparecer ridículamente desproporcionada (por lo baja) a la del homicidio simple del actual art. 390 N° 2.

libertad vigilada (en el caso de un homicidio simple consumado con dos o más circunstancias atenuantes, la rebaja de hasta dos grados que permite el art. 47, regla 2ª, puede elevar a imponer la pena de reclusión menor en su grado máximo, permitiendo así la aplicación de la pena sustitutiva de libertad vigilada).

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Rechazando el aumento de la pena del homicidio simple*

##### (1) De Carlos y Karin Künsemüller

“Como primera cuestión, de carácter general, nos llama la atención de que en el “Fundamento” del homicidio simple se justifique el aumento del marco mínimo de la pena de presidio mayor en su grado mínimo al grado medio- argumentándose para ello que la valoración actual de la vida humana, en cuanto bien jurídico, parece muy baja, comparando la actual pena con las recientes reformas legislativas a otros delitos, como p.ej., los contenidos en los arts. 440, 436, 361, delitos de la Ley 19.366. La sanción asignada a algunos crímenes de notable interés social hace aparecer ridículamente desproporcionada (por lo baja) a la del homicidio simple, actual artículo 391 nro 2.

En tal virtud, el razonamiento es- si lo entendemos bien- que como existen otros delitos de menor gravedad, castigados con penas excesivas y desproporcionadas, debe elevarse necesariamente la del homicidio, que ampara el bien jurídico más importante.

Estamos en desacuerdo con la aceptación y resignación explícitas que se da a conocer en el texto respecto de la existencia en el Código de graves - y, por ende, repudiables - infracciones a los principios esenciales de lesividad y de proporcionalidad de la pena - como por ejemplo en el artículo 440 - y su consideración como base orientadora para incrementar la pena del homicidio simple. No es esta última sanción la “ridículamente desproporcionada”, sino que lo es la establecida en desafortunadas modificaciones legales a propósito de ciertos ilícitos, influidas, como sabemos, por situaciones sociales coyunturales. Nos parece que el Foro debería enmendar en su propuesta esas aberraciones legislativas, reduciendo la magnitud exagerada de las penas introducidas por ellas y no utilizarlas como parámetro comparativo válido para respetar la proporcionalidad de la pena en el homicidio, por que ello resulta absolutamente contradictorio y carente de consistencia valórica.

Probablemente la Comisión haya pensado que no será posible proponer una enmienda a esas regulaciones citadas, que reflejan la ausencia en el pasado de una Política Criminal coherente y que debe aceptarse su permanencia en el Código en las condiciones existentes. Estamos persuadidos de que una mayoría absoluta o casi absoluta de nuestro Foro está por una corrección radical de las escalas punitivas en determinados sectores del Código, como p.ej., en los delitos contra la propiedad, denunciados en innumerables escritos como representativos de grave violación a principios limitativos del ius puniendi.

Pensemos en que cuando se llegue al debate sobre el artículo 440, el Foro acuerde - como es previsible- o bien, eliminarlo como delito autónomo distinto del hurto, o bien, asignarle una pena de presidio menor; en tal evento, quedaría automáticamente sin efecto el fundamento dado para el aumento de la pena del homicidio simple.

No obstante el innegable valor ético-social de la vida humana independiente y su reconocimiento como bien jurídico digno y necesitado de protección penal - que nadie pone en duda - creemos que debería revisarse el criterio empleado para fundamentar la cuantía de la nueva pena dispuesta para el homicidio ,ya que, como hemos advertido, tal punto de vista legitima severas vulneraciones preexistentes de principios capitales del Derecho Penal.”

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“Como se ha señalado, el único cambio guarda relación con la penalidad. No comparto que sólo se trate de un aumento leve. El que se haya suprimido un grado no puede estimarse como un aumento de mínima significación, más aún si se trata de una pena de crimen. Además, la justificación dada por parte de la Secretaría llama la atención, pues que hayan despropósitos legislativos no es razón suficiente para permitir un aumento. Que el homicidio tenga una pena baja si se compara con otros delitos, no quiere decir que sea desproporcionada por lo bajo. Por el contrario, la desproporción se ve reflejada en las figuras surgidas por las sucesivas reformas legislativas.”

(3) *Del Prof. Gonzalo Medina*

La eliminación del grado inferior de la penalidad se fundamenta en la penalidad observada en derecho comparado así como en el cotejo con ciertos tipos penales.

No parece la forma más adecuada de resolver las diferencias de penalidad entre el homicidio simple y las demás figuras citadas, aumentando la penalidad del primero. La vía más correcta pareciese ser la racionalización de la penalidad de las figuras que llevan asociada una pena desproporcionada, tal como las figuras de la ley 19.366 o diversos atentados a la propiedad.

De ello se siguen consecuencias para los marcos penales de las restantes figuras descritas en la Unidad 1 de la propuesta, debiendo adecuarse aquellas.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

***Art.80. El que mate a otro será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado medio.***

**Tema 3. Homicidio calificado**

**A. Texto propuesto**

***...Art. 81. La pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:***

**Primera. Con alevosía.**

**Segunda. Por o mediante premio o promesa remuneratoria.**

**Tercera. Con ensañamiento, aumentando inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido.**

**Cuarta. Cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido, para favorecer su impunidad.**

**Quinta. Cuando se cometa con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.**

**Art. 82. En los casos de la circunstancia cuarta del artículo anterior, se impondrá el *máximum* de la pena cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de un delito de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación.**

**La misma pena se impondrá en los casos de la circunstancia quinta del artículo anterior.**

## **B. Fundamento**

El art. 81 propuesto mantiene en lo esencial la actual estructura del homicidio calificado, suprimiendo únicamente la circunstancia del veneno, por entenderse comprendida en la de alevosía<sup>8</sup>; y la de premeditación conocida, por las numerosas dificultades que su interpretación presenta, cuando no se trata de supuestos también comprendidos en la alevosía<sup>9</sup>. A la circunstancia del precio se agrega la expresión “mediante”, igual a la circunstancia agravante ya aprobada por el Foro, y con su mismo fundamento: evitar un absurdo beneficio para el mandante del sicario<sup>10</sup>. A estas tres circunstancias se redujo también el homicidio calificado en el nuevo Código penal español<sup>11</sup>.

Además, se agregan una circunstancia, la cuarta, que da cuenta del mayor desvalor que supone la comisión de un homicidio como forma de favorecer la de otro delito, reconocida de manera asistemática por nuestra actual Código (arts. 141, 142, 372 bis, 433 N°1, 474).

La pena propuesta para el homicidio calificado elimina los grados inferior y superior de la actual, el primero, para no confundirla con la pena del homicidio simple (lo que sucedería en la práctica de no concurrir otras circunstancias en el hecho), y la segunda, por haber desaparecido en el proyecto las penas perpetuas.

---

<sup>8</sup> Polittoff/Bustos/Grisolía, p. 126.

<sup>9</sup> Garrido Montt, T. III, p. 62.

<sup>10</sup> Cfr. *Parte general del borrador de nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia, 2003, pp. 189ss.

<sup>11</sup> **Artículo** 139. Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Con alevosía.

2.ª Por precio, recompensa o promesa.

3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

Además, tratándose de la comisión de un homicidio calificado con motivo u ocasión de un secuestro, sustracción de menores, violación o robo, se toma en consideración la actual valoración de tales hechos en el Código (se trata de las figuras con mayor pena en el mismo), y se propone que la pena sea el *máximo* de la correspondiente al homicidio calificado. Se destaca de este modo que el mayor desvalor de estas figuras que el legislador ha ido construyendo de manera dispersa, es la muerte de una persona en un contexto delictivo mayor o de móviles abyectos. Con ello, en esta Propuesta se pretende, además, prescindir de la tipificación de las figuras complejas antes mencionadas – como se ha hecho en el Cp español de 1995 –, cuya interpretación provoca grandes perplejidades y contradicciones valorativas, y evitar el efecto “sorpresivo” que puede producirse de dejar estos hechos entregados a la regulación concursal común.

Del mismo modo, se propone aplicar el *máximo* de la pena al culpable de *genocidio*, figura que no se contemplaba expresamente en nuestra legislación y cuya gravedad es hoy en día prácticamente indiscutible<sup>12</sup>, respecto de la cual, además, ya se hace referencia expresa en el aprobado artículo 18 N° 12 de la Parte General de este proyecto.

### C. Observaciones recibidas

#### a) ***Rechazando la pena asignada al homicidio calificado (por baja), en general, del Prof. Álvaro Fernández***

“Aunque entiendo que es una materia que se resolvió en la Parte General, considero que imponer únicamente una pena de reclusión mayor en su grado máximo para los supuestos más graves de homicidio calificado es un tremendo error. Debería establecerse como pena máxima el presidio perpetuo (en España puede llegarse hasta los 25 años). Frente a delitos tan graves como el Genocidio u otras hipótesis que consagra el artículo 81 propuesto (los más graves del código), el Estado de Derecho debe contar con penas más duras; más aún si tomamos en consideración las normas aprobadas sobre libertad condicional. Un despropósito que hará muy difícil poder defender este código ante la opinión pública y las autoridades políticas.”

#### b) ***Para agregar la definición de alevosía en la circunstancia primera del art. 81, del Prof. Jaime Retamal***

Sugiere “Introducir en el artículo 81, circunstancia primera, con fines aclaratorios, la expresión “entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobreseguro”, a fin de que haya identidad entre la agravante y la calificante, y ninguna duda interpretativa acerca de su correspondencia”.

#### c) ***Rechazando la expresión “mediante” en la circunstancia segunda del art. 81, del Prof. Álvaro Fernández***

“En relación con la circunstancia Segunda del artículo 81 “Por o mediante premio o promesa remuneratoria”, no estoy de acuerdo con la utilización de la expresión

---

<sup>12</sup> Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte general*, p. 571.



“mediante”. Si bien también se utiliza esta expresión en las agravantes, considero que ello no es correcto porque se está haciendo referencia a una conducta de participación (inducción). Quien paga a otro para que se cometa un delito es un inductor que desarrolla una conducta accesoria a la del autor. Por ello, para sancionarlo por homicidio calificado resulta innecesario utilizar esta expresión. Debe mantenerse el criterio de que, en general, en los tipos está descrita la conducta del autor y no de los partícipes. Ver al respecto el Código Penal español que no hace semejante distinción”.

**d) *Sobre la circunstancia cuarta del art. 81***

(1) *Rechazándola, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“No queda claro el sentido y necesidad de esta norma, especialmente si se considera el régimen previsto en la parte general del borrador —art. 55— para los supuestos de comisión de dos o más delitos.”

(2) *Para limitar su efecto, del Prof. Miguel Viveros*

El “Art. 81, circunstancia cuarta ... amplía la situación actual, en la medida que el delito cometido con motivo u ocasión del homicidio [...] puede ser cualquier otro, sin estar limitado a las hipótesis de delitos complejos, calificados, actualmente previstos en la ley. Por lo mismo, consigno mis reservas.”

(3) *Para aclarar su sentido, de los profs. Silvia Peña, Pedro Doren y Fernando Londoño<sup>13</sup>*

(4) *Para eliminar la expresión “u ocasión”, del Prof. Gonzalo Medina*

La fórmula usada en la circunstancia cuarta, así como en el artículo 82, de “motivo u ocasión” es redundante, sería suficiente la utilización de “con motivo” que deja claro el nexo funcional que ha de verificarse entre las dos conductas para hacer aplicable la calificación.

**e) *Para agregar una circunstancia calificante por parentesco***

(1) *De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“Probablemente podría discutirse en torno a la probable consideración como hipótesis calificada, respecto del hecho de dar muerte al padre, madre o hijo (Código Argentino, Código Portugués), al haberse eliminado el tipo de parricidio”.

“La supresión del parricidio como figura autónoma no es un tema fácil en nuestro medio, pero la proposición se sitúa en la orientación de los Códigos europeos más importantes.”

---

<sup>13</sup> Los Profs. Peña y Doren presentan las propuestas de redacción alternativas que se incorporan más adelante.

(2) Del Prof. Jaime Retamal

“No se pretende mediante la modificación propuesta, simplemente reeditar sin más el parricidio, sino de dar cuenta mediante una circunstancia agravante especial, del mayor reproche que puede significar para el autor en específicas circunstancias, el dar muerte al pariente cercano, al cónyuge o al conviviente. Es por ello, que se exige que la circunstancia constituya un reproche adicional a la comisión del homicidio, dando cuenta que las circunstancias fácticas pueden expresar que su ejecución no va acompañada de un mayor reproche.

Como se recordará la razón de la mayor gravedad del parricidio frente al homicidio simple se encontraba según la doctrina mayoritaria en la mayor culpabilidad del autor objetivamente presumida en el precepto.

Ahora bien, esta circunstancia fue duramente criticada, debido al hecho de que la mayor parte de los parricidios encontraban su explicación en los estados pasionales, lo que hacía lamentable que el juez no tuviera la posibilidad de valorar la culpabilidad en sentido atenuatorio, lo que se evidenciaba en el conyugicidio, el más habitual, que obedecía a situaciones en las que el autor se limitaba a liberarse de su anterior condición de víctima

Sobre este punto, en mi opinión, resulta necesario vincular el fundamento del injusto del dar muerte al pariente, cónyuge o conviviente (antiguo parricidio) con la concepción de culpabilidad pertinente, ya sea como reproche a quien ha estado o tenido la facultad de realizar o no algo, o vincularlo con concepciones más modernas como de la culpabilidad, como la fidelidad del derecho.

Subyacería entonces en estos casos, donde la ley presume que los vínculos consanguíneos la originan, una comunidad de afectos y sentimientos, esto es lo que hace que el atentado contra la vida del pariente se presente como más reprochable.

Ahora bien, la consagración legal del antiguo parricidio dentro de nuestro derecho, y la interpretación realizada por nuestra doctrina, permitieron la siguiente consecuencia práctica que se pretende evitar con la redacción propuesta: la agravación de penalidad tendría un efecto automático, esto es, dado el vínculo consanguíneo o conyugal, debe aplicarse la figura calificada en todo caso. Lo decisivo entonces para la existencia de este delito, era exclusivamente la existencia de un determinado vínculo de parentesco, acompañada de la muerte del pariente, pero no una particular y efectiva relación de afecto, que incluso podía no existir.

Además de ello, esta concepción más bien formal, de la denominada agravación automática por la presencia del vínculo, contradecía la vigencia efectiva del principio de culpabilidad, ya que con ello se recurre a una culpabilidad presunta como fundamento de la agravación de la pena en la forma antes señalada. Si no se quiere caer en una presunción de derecho de mayor culpabilidad frente a la presencia del vínculo, resulta necesario renunciar a cualquier fundamentación que imponga una agravación automática de la pena del homicidio cuando el hecho haya sido cometido contra un pariente o el o la cónyuge.

Si se es coherente entonces, junto al fundamento de la agravación en este caso debe concurrir un supuesto, en que además de lesionarse la vida humana, la acción realizada por el pariente, cónyuge o conviviente impliquen un mayor reproche debido a la existencia de relaciones parentales, consanguíneas o conyugales que generan confianza y afecto entre las personas, y no debido a la existencia de un simple vínculo jurídico.

Se utiliza la conocida fórmula de “conocer la relación que liga al pariente”, de tradición en nuestra doctrina y jurisprudencia, a fin de excluir expresamente los supuestos de imprudencia y dolo eventual.

Además, y sin perjuicio de las normas de parte general, se agrega la expresión “constituya para él un reproche adicional”, a fin de dejar en claro la incomunicabilidad absoluta de la circunstancia al resto de los eventuales coautores o partícipes.”

**f) *Para condicionar el efecto de las calificantes, del Prof. Álvaro Fernández***

“El homicidio calificado debería contener una cláusula general que en la cual se admita la posibilidad de apreciar homicidio simple, aun concurriendo circunstancias calificantes, si no se acreditara que concurre en el caso concreto la significación desvalorativa que comportan (idea ya propuesta por Torío en España).”

**g) *Sobre el tratamiento penal del genocidio***

**(1) *Para regular autónomamente el delito de Genocidio.***

**(a) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“Dado que el delito se configura en atención al elemento subjetivo, pero se perfecciona al dar muerte a un solo miembro del grupo, la doble agravación de la pena en relación con el homicidio parece excesiva. En la legislación española o alemana, por ejemplo, la sanción de estas conductas es equivalente a la del homicidio calificado (en Alemania, incluso, se requiere que con la intención de destruir un determinado grupo... se mate a miembros del grupo, §220a StGB)

Por lo demás, si se sanciona en forma independiente del homicidio calificado, sería posible, en su caso, la concurrencia de una agravante en caso de que se presente alguna de las tipificadas en el art. 8 de la parte general del borrador de nuevo CP”.

**(b) *Del Prof. Raúl Carnevali***

“No comparto en absoluto la propuesta de la Secretaría Técnica en cuanto a incluir el delito de genocidio dentro de las circunstancias del homicidio calificado. Por de pronto, se trata de delitos totalmente distintos, que afectan bienes jurídicos diversos. En efecto, en el genocidio se ven vulnerados bienes jurídicos supraindividuales, es decir, se refiere a grupos humanos que se constituyen como una unidad social. Se trata de un delito de resultado cortado, pues si bien el agente debe atentar contra intereses individuales, su intención debe ser la destrucción total o parcial del grupo al que pertenece la víctima, aunque no se requiere que aquello llegue a concretarse.

Asimismo, los supuestos de genocidio que contempla el Art. 6 del Estatuto de Roma y el Art. II de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio son más amplios y no se reducen sólo a la matanza de miembros del grupo, sino que incluyen, por ejemplo, las lesiones graves. Por lo que ni siquiera se cumple con los deberes de

incriminación, dado que no existe la debida congruencia entre la norma internacional y la norma punitiva interna.

Si lo que se pretende es cumplir con una obligación internacional, me parece que el camino aquí adoptado es el menos adecuado. No pueden entenderse dentro del mismo tipo comportamientos de diversa gravedad, no es posible valorar de la misma forma el homicidio calificado con el genocidio. Es más me parece una mala señal que ni siquiera se denomine a tales comportamientos como genocidio. No debe olvidarse que las normas penales cumplen también una función simbólica —no de manera exclusiva, como ya lo puesto de manifiesto la doctrina—, y una forma de hacerlo es a través del *nomen iuris*.

Soy del parecer que se incorpore dentro del Código Penal un título sobre delitos que afectan a la comunidad internacional y allí incluir, entre otros, el delito de genocidio.”

(c) *De la Prof. Myrna Villegas*

"El delito de genocidio debe ser considerado como un delito de *nomen iuris* propio y no como una circunstancia calificante del homicidio. Ello porque el bien jurídico protegido en el delito de genocidio va más allá del bien jurídico individual (vida, integridad física, integridad sexual, libertad ambulatoria), sino que ataca bienes jurídicos colectivos. En este caso se trataría de la igualdad de las personas y por qué no, del propio ordenamiento constitucional democrático, que no permite la comisión de tales actos, al haber ratificado tratados internacionales relativos a derechos humanos.

Es así como el Genocidio debería ser tratado en un título diferente, a continuación del homicidio, en mi modesta opinión siguiendo en parte el modelo del Código Penal español [...] <sup>14</sup> Es probable que siguiendo este modelo, los bienes jurídicos amparados por el genocidio quedarán más protegidos que si se lo considera como simple calificante del homicidio. Sin ánimo de *lege ferenda*, en mi modesta opinión, debería en todo caso, realizarse una revisión exhaustiva del artículo recién transcrito, debiendo eliminarse la apología del genocidio (apartado 2), debido a que la apología es una figura que ocasiona no

---

<sup>14</sup> Se transcribe el artículo citado por la Prof. Villegas: “Art. 607.1. Los que, con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren algunos de los actos siguientes, serán castigados con:

1° Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena superior en grado.

2° Con la pena de prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3° Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 159.

4° Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5° Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier lesión distinta de las señaladas en los números 2° y 3° de este apartado.

La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

pocos problemas doctrinales. En todo caso, de contemplarse la apología en el Código Penal, debería tratarse en la Parte General, como forma de provocación al delito.

En cuanto a la penalidad [...] se le asigna la misma que para el homicidio calificado, lo que no parece acertado de acuerdo al principio de proporcionalidad y al mayor desvalor de acción y de resultado que supone el tipo penal de Genocidio. Tal como se puede entrever del artículo recién transcrito del Código Penal Español, se trata de una figura en la que se castiga a los que con el fin de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, mataren, agredieren sexualmente o causaren lesiones a los miembros de dicha comunidad, así como limitaren su libertad ambulatoria. *En el texto propuesto del art. 81 circunstancia quinta solo se contempla el resultado de muerte, no así por ejemplo el de lesiones, o atentados contra la integridad sexual.*

El bien jurídico protegido y su consideración como crimen de lesa humanidad le hace merecedor de una mayor protección penal. En mi modesta opinión en este caso la pena debería asirse al sistema de penas relativamente determinadas asignándole la pena de reclusión mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. No obstante, entiendo que han desaparecido del proyecto las penas perpetuas. *Una solución podría ser aplicar la pena de reclusión mayor en su grado máximo en su máximo*<sup>15</sup>.

(2) Para mejorar la redacción de la figura

(a) *De la Prof. Silvia Peña*

“Me temo que *étnico* y *racial* apuntan a lo mismo, por lo que la conjunción de ambas expresiones resulta redundante. Asimismo, como verbo rector creo que *aniquilar* o *exterminar* serían más apropiados que *destruir*, por cuanto este último evoca generalmente la idea de cosas materiales.”

(b) *Del Prof. Gonzalo Medina*

La inclusión del genocidio por medio de la circunstancia calificante quinta del propuesto artículo 81 parece sólo referir a una tendencia interna trascendente. Pareciera apropiado, en caso de regularse esta materia en dicha ubicación sistemática, que ella incorporara a lo menos algún componente objetivo, tal como la masividad o sistematicidad de la conducta.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

a) ***Para agregar la definición de alevosía en la circunstancia primera del art. 81, del Prof. Jaime Retamal***

“Art. 81 ...  
*Primera. Con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobreseguero*”.

---

<sup>15</sup> Nota de la Secretaría Técnica: La pena propuesta por la Prof. Villegas es la que aparece prevista para el genocidio en el inc. segundo del artículo 82 propuesto.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**b) Para sustituir la circunstancia cuarta del art. 81**

(1) De la Prof. Silvia Peña

*Art. 81...*

*Cuarta. Cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, ya sea para facilitar su ejecución, asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí y los demás responsables.*

(2) Del Prof. Pedro Doren

*Art. 81...*

*Cuarta. Cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad.”*

**c) Para agregar al art. 81 una circunstancia calificante por parentesco, del Prof. Jaime Retamal**

*“Art. 81...*

*Sexta. Cuando el ofensor, conociendo la relación que lo liga, sea el cónyuge, el conviviente, el ascendiente o el descendiente legítimo o ilegítimo de la víctima, y siempre que esta circunstancia constituya para él un reproche adicional a su ejecución.”*

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 81. La pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:**

**Primera. Con alevosía.**

**Segunda. Por o mediante premio o promesa remuneratoria.**

**Tercera. Con ensañamiento, aumentando inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido.**

**Art. 82. La misma pena del artículo anterior se impondrá cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad.**

**Cuando el homicidio se cometa con motivo u ocasión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación, se impondrá el máximo de la pena.**

**F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto**

Se acogen las objeciones respecto de la regulación del genocidio y se propone incorporar dicha figura, junto con otras, en un título especial sobre delitos contra el derecho internacional. Consecuentemente, se elimina la circunstancia quinta.

Se regula separadamente la situación de los delitos complejos, acogiéndose además la propuesta de redacción del Prof. Pedro Doren.

#### **Tema 4. Homicidio a ruego**

##### **A. Texto propuesto**

**Art. 83. El que mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, aunque concurren alguna de las circunstancias del artículo 81.**

##### **B. Fundamento**

El Artículo 83 se intercala a continuación de los homicidios calificados, como regulación del *homicidio a ruego*, asignándole la misma pena que al homicidio por omisión, para impedir así su castigo como homicidio calificado y aún como homicidio simple, atendida la voluntad del suicida. Sin embargo, no se introducen las consideraciones piadosas del art. 143.4 Cp español (“enfermedad grave” etc.)<sup>16</sup>, por estimarse que, de concurrir, se encuentran comprendidas en las circunstancias atenuantes ya aprobadas en la Parte General<sup>17</sup>.

##### **C. Observaciones recibidas**

###### **a) *Sobre la necesidad y conveniencia de incorporar el homicidio a ruego***

###### **(1) *De la Prof. Silvia Peña***

“Tengo mis dudas de que, en el caso del homicidio a ruego de enfermos terminales, el médico o enfermera que accede a poner fin a sus sufrimientos deba ser castigado como

---

<sup>16</sup> **Artículo** 143. 1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El 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, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este Artículo.

<sup>17</sup> Particularmente en la 2ª del artículo 7º aprobado. Cfr., *Parte General del Borrador de nuevo Código penal*, pp. 189ss.

homicida, aún con pena atenuada. Lo mismo en el caso de la desconexión de personas mantenidas artificialmente con vida gracias a aparatos que suplen sus funciones neurovegetativas (respiración y circulación).”

(2) *Del Prof. Felipe Caballero*

“No me parece conveniente sancionar específicamente el homicidio consentido; toda vez que implica cerrar legislativamente las posibilidades de discutir en torno al alcance y límites del consentimiento, estableciéndose su casi nula relevancia (debido a que la diferencia de pena con el homicidio no consentido es bajísima) en materia de disponibilidad de la propia vida.

Además la incorporación a la PE de esta figura reforzaría legalmente una hermenéutica autoritaria sobre los deberes del Estado respecto a la protección de la vida de los ciudadanos, con todas los conflictos y problemas que ello provocaría al momento de especificar dogmáticamente justificantes o exculpantes para resolver situaciones límites (eutanasia, ortotanasia, etc). El derecho a la vida garantizado constitucionalmente (art. 19 N° 1 CPR) no puede plantearse como un deber que le atañe al Estado de impedir la disponibilidad de la propia vida, ya que la dignidad y la libertad personal quedarían con muy poca capacidad dinámica para ser ponderados prevalentemente en un conflicto de interés con la vida.”

(3) *Del Prof. Miguel Viveros*

“No estoy de acuerdo con Art. 83 de la propuesta. Por lo pronto, me parece innecesario, pues las hipótesis que podrían merecer un tratamiento menos severo, serán favorecidas con una atenuante (Art. 7 Nros. 2 y 6).”

(4) *De la Prof. Myrna Villegas*

“El nuevo tipo penal de homicidio a ruego, en la modesta opinión de esta profesora informante, parece carecer de sentido, ya que se trata de una figura muy similar al auxilio al suicidio. No obstante, siendo más perspicaz, pareciera ser que nos encontramos con la penalización expresa de la **eutanasia**, contra la tendencia en boga en la legislación comparada<sup>18</sup>, de suprimir este tipo penal. Sin ánimo de lege ferenda, considero que no aparece feliz la introducción de este nuevo tipo penal, no solo por esta razón, sino porque la conducta: matar a otro que lo solicita, en otras palabras, *prestar auxilio* a quien desea darse muerte a sí mismo, es perfectamente encasillable dentro del auxilio al suicidio.”

**b) *Para hacer más exigente la figura, de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller***

“El art. 83 introduce el “homicidio a ruego” y, sin perjuicio de la complejidad intrínseca del tema, somos de opinión de que se utilice la fórmula “a petición seria, expresa, inequívoca e

---

<sup>18</sup> Por ejemplo, Holanda



insistente de...”, agregándose el elemento motivaciones humanitarias o piadosas, a fin de hacer más exigente la figura.”

**c) *Rechazando la incompatibilidad del homicidio a ruego con el calificado***

*(1) De la Prof. M<sup>a</sup>. Magdalena Ossandón*

“En la medida en que el fundamento para reducir la penalidad de esta figura es el menor desvalor de la acción y, especialmente, la menor culpabilidad del autor, no parece compatible con la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 81. La redacción debería ser la contraria: la atenuación es posible, salvo que concurra alguna de las circunstancias segunda a cuarta del artículo 81 (excluyendo sólo la alevosía).”

*(2) Del Prof. Miguel Viveros*

“Otros casos creo no justifican la norma y, desde luego, contra lo señalado en el Art. 83, in fine, la concurrencia de alguna de las circunstancias del Art. 81 me parece completamente incompatible con un tratamiento más benigno. Por otro lado, los enormes problemas probatorios involucrados en la "solicitud expresa e inequívoca", también justifican este rechazo, sin perjuicio de otras consideraciones de índole valorativa, respecto a las cuales dudo pueda alcanzarse algún mínimo consenso”

**d) *Para aclarar la no aplicación de la atenuante 2<sup>a</sup> del art. 7º, en este caso, del Prof. Álvaro Fernández***

“Con respecto al artículo 83 que establece la figura del homicidio a ruego, a mi juicio debe buscarse una fórmula para que no sea aplicable también la atenuante del artículo 7 número 2 (obrar por motivos altruistas o piadosos...) u otra análoga, ya que si ello es así se estaría privilegiando una conducta dos veces por idénticas razones. En efecto, el fundamento de la menor penalidad del homicidio a ruego está en esas circunstancias, de lo contrario no tendría mayor justificación. Debemos recordar también que con una atenuante y ninguna agravante podría aplicarse la pena inferior en un grado al mínimo de lo señalado en la ley, lo que en este caso resultaría excesivo”.

**e) *Haciendo presente un error de referencia respecto de la pena asignada en la fundamentación del texto***

*(1) De los profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“En la página 12, se hace presente que al “homicidio a ruego” se le asigna la misma pena del “homicidio por omisión”, “para impedir su castigo como homicidio calificado y aún como homicidio simple, atendida la voluntad del sujeto pasivo.”

Ocurre que el homicidio por omisión no tiene una sanción propia, ya que en el art. 88 se establece que el que omite evitar la muerte de otro ... será condenado como autor de los

respectivos delitos de homicidio comprendidos en los párrafos anteriores. Entonces, si es que estamos en lo cierto, la pena del homicidio por omisión es, por vía de remisión, la misma del homicidio por acción ¿simple? Pareciera existir aquí un punto necesitado de aclaración.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 83. El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.**

**F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto**

Se acogen las observaciones recibidas en orden a precisar el móvil piadoso de la conducta, para no aplicar el privilegio a casos en que dicho móvil se halle ausente.

**Tema 5. Auxilio al suicidio.**

**A. Texto Propuesto**

... § 2 Del auxilio al suicidio

**Art. 84. El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grado máximo, si se efectúa la muerte.**

**B. Fundamentos**

Se reproduce la fórmula del actual artículo 392, entendiendo que la limitación subjetiva y la condición objetiva de punibilidad que contempla son suficientes para evitar una desmesurada punibilidad de esta clase de hechos.

Además, salvo que se trata de un supuesto de *autoría mediata*, regulado en la Parte General del Código<sup>19</sup>, no nos parece razonable el castigo de simple *inducción* al suicidio, ni las abiertas fórmulas del actual art. 143 CP español.

En cuanto a la pena, atendido el mayor valor que se le otorga a la vida humana en este Proyecto, en comparación con el actual Código, y para mantener también la proporcionalidad con las penas de los delitos de lesiones del §3, se ha suprimido el grado mínimo del actual art. 392, restando una pena de un único grado.

---

<sup>19</sup> Cfr. Politoff/Bustos/Grisolía, p. 241.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Para tipificar la inducción al suicidio*

##### (1) De la prof. Silvia Peña

“Creo que si se tipifica como delito autónomo una actividad de mera colaboración o complicidad, con mayor razón debiera incriminarse la del *instigador*, por tratarse de la forma más grave de participación, equiparada en general a la autoría para efectos de su punición. Pienso que en el caso de personas especialmente proclives al suicidio (por ejemplo, personas deprimidas o disminuidas mental y físicamente por abuso de drogas o alcohol), la inducción puede ser eficaz para provocar el suicidio, pero quedaría impune por la accesoriedad de la participación, sin que tampoco se pueda castigar como autoría mediata, dada la condición de imputable del suicida. ... En el aspecto formal, sustituiría la expresión “con conocimiento de causa” por “a sabiendas”. Además, en la parte final sobra una “s” en el posesivo “su”.”

##### (2) Del Prof. Álvaro Fernández

Respecto de la figura de auxilio al suicidio consagrada en el artículo 84 del texto propuesto, no veo por qué excluir de la sanción penal a la inducción si es una forma de participación más grave que la mera cooperación.

##### (3) Del Prof. Miguel Viveros

“Merece una consideración detenida la posibilidad de incluir dentro del Art. 84 la hipótesis de la inducción; descartándose que se trate de un autoría mediata de homicidio, no parece muy consistente sancionar al mero auxiliador y dejar impune al inductor del suicidio.”

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay.

### E. Redacción aprobada por el Foro Penal

#### § 2 De la inducción y el auxilio al suicidio

**Art. 84. El que induzca a otro a suicidarse sufrirá la pena de reclusión menor en su grado máximo.**

**El que con conocimiento de causa preste auxilio a otro para que se suicide será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio.**

**Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si se efectúa la muerte del suicida.**

## F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto

Se aceptan la observaciones y sugerencias de los Profs. Peña, Viveros, y Fernández, por sus propios fundamentos, en el entendido que no se incluye al autor mediato de homicidio.

### Tema 6. Lesiones. Propuesta Original, Rechazada por el Foro Penal

#### A. Antecedentes

En la sesión de la Sala del Foro Penal de 18 de marzo de 2004, se acordó rechazar la propuesta sometida a votación por la Secretaría Técnica, sugiriéndose el reemplazo del sistema propuesto de calificación de las lesiones que atiende a los resultados y particularmente a los días de incapacidad o enfermedad, por un sistema que permita la calificación atendiendo a la peligrosidad de los medios empleados u otro criterio ubicado en el desvalor de acto, con el objeto de impedir cualquier riesgo de recurso a la calificación por el resultado o de vulneración al principio de culpabilidad (responsabilidad objetiva). Por tanto, previa a la presentación del nuevo texto propuesto, se reproducen en este lugar los Materiales de Discusión tenidos a la vista por el Foro al momento de rechazar la propuesta de la Secretaría Técnica.

#### B. Tema: Lesiones. Encabezado y sistemática.

##### a) *Texto Propuesto*

##### ... § 3. De las lesiones

##### b) *Fundamentos*

El Proyecto pretende superar la discusión sobre cuál o cuáles serían los bienes jurídicos protegidos en el actual §3 del Tit. VIII L. II CP<sup>20</sup>, las inconsistencias penológicas que la distinción entre mutilaciones y lesiones conlleva<sup>21</sup>, la aparente y discutida limitación que el encabezado del art. 397 parece hacer respecto de las lesiones por omisión<sup>22</sup>, la difícil delimitación entre lesiones leves y menos graves (desaparecidas las faltas en este Proyecto) y las dificultades que los actuales arts. 400 y 401Cp parecen traer a la interpretación de los tipos penales en juego<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr.. Etcheberry III, 112.

<sup>21</sup> Politoff/Bustos/Grisolia, 217.

<sup>22</sup> Garrido Montt III, 160.

<sup>23</sup> En particular, con la entrada en vigencia de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, que considera ciertos supuestos de lesiones faltas como hechos ajenos a la jurisdicción penal.

Por lo anterior, se propone un sistema que, recogiendo en lo esencial las actuales valoraciones y supuestos regulados por el Código, es relativamente novedoso para esta clase de delitos, en cuanto permite sistematizar, conforme a la gravedad del daño causado, las distintas clases de lesiones, aparte de revalorizar la protección de la salud de la persona, como barrera de contención de delitos más graves.

Además, junto con intentar dar cuenta en la medida de lo razonable de los criterios actualmente vigentes para la agravación de las lesiones –la duración de los efectos de la lesión (*lesiones simplemente graves* del art. 397 N° 1); los efectos graves y más o menos permanentes en la vida futura del lesionado (*lesiones graves-gravísimas* del art. 397 N° 1); y la forma de producir la lesión (*mutilaciones*, arts. 395 y 396)–, considerados por un importante autor como “distanciados de la realidad, impreciso[s] e insuficiente[s]<sup>24</sup>”; la sistemática propuesta considera –como se hizo respecto del homicidio– los supuestos en que el legislador castiga especialmente la producción de ciertas lesiones al cometerse otros delitos, como los de *secuestro* y *sustracción de menores* (arts. 141 y 142), *torturas* del art. 150-A, o *robo con lesiones* del art. 433 Cp.

Finalmente, el texto elimina toda referencia a elementos subjetivos que pueda permitir las dificultades interpretativas que ahora surgen al analizar los delitos del §3 del Tít. VIII, L. II.

**c) Observaciones recibidas**

- (1) Rechazando la amplitud del término “lesionar”, por abrir la posibilidad de cometer el delito “sin tocar al ofendido”, de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller.

“Esta fórmula implica ...[que], si no es necesario un daño corporal efectivo, ¿entonces no podría ser que la acción tampoco necesita ser de índole corporal, de maltrato físico? ¿Podría surgir el delito de lesiones sin tocar al ofendido? Los verbos rectores herir, golpear y maltratar de obra son, sin duda, mucho más precisos.”

**d) Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**e) Propuesta de redacción corregida**

**... § 3. De las lesiones corporales**

---

<sup>24</sup> GARRIDO MONTT III, 148.

C.

D. **Tema: Lesiones. Figura básica**

a) ***Texto Propuesto***

**... Art. 85. El que lesione a otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarios.**

b) ***Fundamentos***

Se trata, simplemente, de escribir en términos positivos la actual regulación del art. 399, sobre *lesiones menos graves*, dejando la discusión acerca de si debe haber o no un efectivo *daño corporal* para la existencia de ellas<sup>25</sup> al desarrollo jurisprudencial y doctrinal, descartando solucionar legislativamente la discusión, como sí lo hace el actual art. 147 CP español de 1995 al exigir un efectivo “menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental”<sup>26</sup>.

La pena es la misma que se establece actualmente para las lesiones menos graves, incluyendo la pena alternativa de multa, dejando al juez la tarea de determinar en el caso concreto la pena más ajustada a la situación de los intervinientes.

El problema de la distinción con la falta de lesiones leves se soluciona con la eliminación de éstas<sup>27</sup>, que pasan a ser absorbidas por este simple delito, entendiendo con ello que la actual legislación, al establecer dicha falta, de cierto modo no toma en cuenta el valor del ser humano, tal como se entiende hoy en día en nuestra comunidad.

---

<sup>25</sup> LABATUT/ZENTENO II, 171s, POLITOFF/BUSTOS/GRISOLÍA, 205SS.

<sup>26</sup> Se comprende en dicho menoscabo la producción de *enfermedades* (TAMARIT Sumalia, José María: *Comentario al art. 147*, en QUINTERO/MORALES, *Comentarios*, 89) y, en concepto del Tribunal Supremo español, “cualquier menoscabo”, perceptible: hematomas, equimosis, escoriaciones, contusiones, arañazos “y demás de parecida especie que supongan una mutación de los tejidos epitelial o subcutáneo de pequeña monta” [SSTS 30.12.1985 (A. 6471), 4.4.1989 (A. 3015) y 23.12.1989 (A. 9772)].

<sup>27</sup> La armonización de esta solución con la actual Ley de Violencia Intrafamiliar supone considerar en ella únicamente hechos no constitutivos de lesiones físicas; y en la ley de Tránsito, la eliminación de la distinción entre lesiones menos graves y leves.

**c) Observaciones recibidas**

(1) *Sobre la aparente inclusión de las vías de hecho como forma lesiva*

(a) *De los Profs. Carlos y Karen Künsemüller*

“La referencia a la fórmula de las lesiones menos graves nos parece equívoca, ya que, pese a la redacción del art. 399, ha sido opinión dominante - al menos en la jurisprudencia - la de que, en el contexto de los preceptos del párrafo 3.-, se trata de un delito material, de resultado lesivo para la salud individual o integridad corporal.

Creemos que no sería conveniente dejar librado este punto tan crucial- por razones vinculadas a la garantía de certeza y taxatividad- a la discusión doctrinaria y jurisprudencial, teniendo en cuenta, sobre todo, la diversidad de pareceres que previsiblemente existirá. Estimamos más conveniente la salida del Código hispano.

Al respecto, el Código Alemán exige en su art. 223, infligir a otro malos tratos “**corporales**” o “**dañar la salud**”, siendo por lo tanto, más preciso que la fórmula propuesta.”

(b) *Del Prof. Fernando Londoño*

“Me parece imprescindible que se resuelva legislativamente la cuestión sobre si “debe haber o no un efectivo daño corporal” para que las lesiones sean típicas. Sobre cómo resolver la cuestión, personalmente me inclino por exigir un efectivo menoscabo (ídem CP Español); por último, sobre este punto, creo que de todas formas el texto propuesto no es del todo “neutral”; antes bien, puede interpretarse más claramente en el sentido de que **no se precisa de daño corporal**. Dicha conclusión puede desprenderse de los N°s 1 y 3 del art. 86, ambas normas en las que se alude a las “lesiones” como *causa* y no como *consecuencia* (“si a consecuencia de las lesiones queda la víctima demente...”; “o las lesiones dejan en ella huella permanente...”); se desprende entonces, a partir de dicha redacción, que lesiones y “vías de hecho” coinciden (Cfr. Etcheberry; p. 81; ed. 1976)”.

(2) *Sobre la falta de precisión del verbo rector, de la Prof. Silvia Peña*

“En general, creo que habría que definir con mayor precisión en qué consiste la acción de lesionar, pues la propuesta deja, en realidad, entregada al juez la construcción del tipo.”

(3) *Sobre la supuesta necesidad de incluir un tipo especial de lesiones por transmisión, de la Prof. Silvia Peña*

“[faltaría castigar especialmente] los daños graves a la salud provocados por el contagio deliberado o imprudente de enfermedades infecciosas graves e incurables (por ejemplo, SIDA, hepatitis B u otras similares), los que creo que no podrían quedar cubiertos por ninguna de las figuras de lesiones previstas.”

(4) *Sobre la penalidad asignada a las lesiones, de la Prof. M. Villegas*

“Se mantiene la pena para las *lesiones gravísimas* (art. 86 N°1): reclusión mayor en su grado mínimo, lo que me parece acertado. Se eleva levemente la pena de las *lesiones graves simplemente graves* (art. 86 N°2) a la de reclusión menor en su grado máximo, en concordancia con la pena asignada a las lesiones graves gravísimas, lo que también me parece acertado. Pero posteriormente y al tratar las *lesiones menos graves*, la pena se mantiene: reclusión menor en su grado mínimo y facultativamente la de multa. En cuanto a las *lesiones leves*, si bien es cierto ellas desaparecen en el Proyecto quedando absorbidas por las lesiones menos graves, aparecen en el cuadro comparativo de penas. En mi opinión, es correcta esta absorción que realiza la propuesta, no obstante, de permanecer las lesiones leves, la pena de reclusión menor en su grado mínimo me parece demasiado elevada, debiendo ser la de prisión en su grado máximo y/o multa, según se indica en el cuadro comparativo en sus últimas partes.”

d) *Propuestas de redacción recibidas*

No hay.

e) *Propuesta de redacción corregida*

**... Art. 85. El que lesione a otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarios.**

**E.**

**F. Tema: Lesiones calificadas**

a) *Texto Propuesto*

**... Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado:**

**1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si a consecuencia de las lesiones queda la víctima demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme;**

**2°. Con la de reclusión menor en su grado máximo, si la víctima sufre enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días;**

**3°. Con la de reclusión menor en su grado medio, si la víctima sufre enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 7 días, o las lesiones dejan en ella una huella permanente, siempre que no se trate de uno de los casos comprendidos en los números anteriores.**

**Art. 87. Al responsable de alguna de las lesiones comprendidas en los números 1 y 2 del artículo anterior se le impondrá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo,**



**cuando las perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido, para favorecer su impunidad.**

**En todo caso, la pena será de reclusión mayor en su grado medio cuando dichas lesiones se perpetren con motivo u ocasión de la comisión de un delito de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación.**

### ***b) Fundamentos***

El sistema de lesiones calificadas propuesto mantiene inalterado el actual art. 397 N° 1, salvo por no definir los medios de comisión –lo que, al mismo tiempo, ahorra la redacción de un tipo como el del actual art. 398–, que comprende los casos más relevantes de daños funcionales a la salud, incluyendo los derivados de las diversas formas de mutilaciones de los arts 395 y 396, cuando tienen similar gravedad (la castración en la impotencia, las mutilaciones en los impedimentos). Se evitan de este modo las discusiones sobre las disfunciones penológicas de los actuales arts. 395 a 399.

Además, se eleva levemente la pena del art. 397 N° 2 Cp (incapacidad o inutilidad para el trabajo por más de 30 días), para dejar un espacio (art. 86 N° 3 propuesto) a un grupo de casos actualmente comprendidos en las lesiones menos graves, pero cuya sanción no parece razonable mantener en un margen tan mínimo, como son las lesiones de duración superior a 7 días –que no pueden considerarse *leves*, según el actual art. 196 E de la Ley de Tránsito– y las instantáneas de efectos permanentes (que incluirían también las mutilaciones de miembros menos importantes).

Finalmente, al igual que en el homicidio calificado, se establece una figura calificada de lesiones graves (de los números 1 y 2 el propuesto art. 86, correspondientes a los actuales art. 397 N° 1 y 2), cuando han sido cometidas con motivo u ocasión de otros delitos graves.

### ***c) Observaciones recibidas***

(1) *Rechazando las calificaciones por el tiempo de duración de las lesiones, de la Prof. Silvia Peña*

“Además, no se supera el sistema de los plazos, con sus implicancias de responsabilidad objetiva, pues el tiempo de curación depende de una serie de factores individuales de la víctima (su estado de salud anterior a la agresión, su edad, su vigor, la atención médica recibida, etc), que no siempre van a la par con la intensidad del ataque ni la intención del hechor.”

(2) *Para ampliar la redacción del N° 1 del art. 86, del Prof. Pedro Doren*

“En el Art. 86, N° 1, caso de las llamadas lesiones graves gravísimas, propongo cambiar el enunciado de las consecuencias de las lesiones por otro de mayor amplitud, como lo hace el moderno Código Penal español.”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

(3) Para reducir el tiempo de duración de las lesiones del N° 2 del art. 86, de la Prof. M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez

“Se mantiene el término de duración de la incapacidad para el trabajo en " por más de 30 días". Sería posible discutir dicho plazo en atención a que nos podemos encontrar con supuestos de gran lesividad para la integridad física de una persona, pero que gracias al avance de la ciencia y tecnología producen incapacidad para el trabajo por menos de dicho tiempo. En atención a ello se sugiere reducir el plazo a 20 días.”

(4) Para eliminar la frase final del N° 3 del art. 86, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón

“La frase final del número 3 es innecesaria”

(5) Rechazando, por innecesario, el art. 87

(a) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“Se repite la observación hecha en relación con la figura equivalente de homicidio: no queda claro el sentido y necesidad de esta norma, especialmente si se considera el régimen previsto en la parte general del borrador —art. 55— para los supuestos de comisión de dos o más delitos.”

(b) *Del Prof. Gonzalo Medina*

En el inciso segundo del propuesto artículo 87 resulta complejo la calificación en caso de torturas, siendo preferible dejar entregada esta materia a las reglas generales de concurso de la parte especial

(6) Sobre el error en la designación de la pena del art 87, inc. primero

(a) *Del Prof. Pedro Doren*

“Hay que revisar el Art. 87, porque la agravación que se busca no se produce en el caso del N° 1 del Art. 86, donde la pena ya es de reclusión mayor en su grado mínimo.”

(b) *Del Prof. Álvaro Fernández*

Mala redacción del artículo 87 inciso 1, pues señala que se impondrá - en la hipótesis que describe - la pena de reclusión mayor en su grado mínimo en el caso del número 1 del artículo 86 en circunstancias que ese número ya establece dicha penalidad

(c) *Del Prof. Gonzalo Medina*

“No resulta claro en la propuesta el efecto de la calificación del inciso primero del artículo 87 tratándose de las lesiones descritas en el artículo 86.1 de la propuesta. Aparentemente no tendría efecto alguno.”

(7) *Para mejorar la redacción del art. 87, del Prof. Pedro Doren*

“Asimismo, propongo ajustar la redacción del Art. 87, inciso 1º, según indicamos para la circunstancia Cuarta del Art. 81.”

(8) *Para limitar el efecto del art. 87, del Prof. Miguel Viveros*

El “Art. 87 ... amplía la situación actual, en la medida que el delito cometido con motivo u ocasión de [...] las lesiones puede ser cualquier otro, sin estar limitado a las hipótesis de delitos complejos, calificados, actualmente previstos en la ley. Por lo mismo, consigno mis reservas.”

(9) *Para eliminar la expresión “u ocasión”, del Prof. Gonzalo Medina*

La fórmula usada ...de “motivo u ocasión” es redundante, sería suficiente la utilización de “con motivo” que deja claro el nexo funcional que ha de verificarse entre las dos conductas para hacer aplicable la calificación.

d) *Propuestas de redacción recibidas*

(1) *Para sustituir el N° 1 del art. 86, del Prof. Pedro Doren*

*Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado:*

1.- Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si las lesiones causaren a la víctima la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica;

e) *Propuesta de redacción corregida*

...

**Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado:**

**1º. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si la víctima queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedida de algún miembro importante, notablemente deforme, o portadora de alguna enfermedad transmisible grave e incurable;**

**2º. Con la de reclusión menor en su grado medio a máximo, si la víctima sufre**

**enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días; 3°. Con la de reclusión menor en su grado mínimo a medio, si la víctima sufre enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 7 días, o las lesiones dejan en ella una huella permanente, siempre que no se trate de uno de los casos comprendidos en los números anteriores.**

**Art. 87. A no ser que corresponda imponer mayor pena conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de este Código, si las lesiones se perpetran con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad, el responsable será castigado por todos los delitos cometidos:**

**1°. Con el máximo de la pena señalada si se trata de alguna de las lesiones comprendidas en el número 1 del artículo anterior.**

**2° Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo si las lesiones fueran de las comprendidas en el número 2 de dicho artículo.**

**3° Con la pena de reclusión mayor en su grado medio cuando, tratándose de las lesiones de los números 1 o 2 del artículo anterior, se cometan con motivo u ocasión de la comisión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación.**

## **Tema 7. Lesiones. Nueva Propuesta de Redacción**

### **A. Concepto de lesión (encabezado y figura básica)**

#### **a) *Fundamentos del rechazo a la propuesta original***

En la sesión del Foro Penal de 18.03.2004 que rechazó del texto propuesto como § 3 del Tít. I, L. II, se reiteraron los conceptos contenidos en algunas observaciones recibidas oportunamente acerca de la aparente indeterminación de la expresión “el que lesione” a otro y, sobre todo, de su incapacidad para dirimir la polémica acerca de si las simples vías de hecho o violencias que no producen otro resultado que el dolor o la molestia deben considerarse o no lesiones corporales (así, entre otros, se manifestó el Prof. Invitado Jorge Gálvez).

Además, desde otro punto de vista, el Prof. Felipe de la Fuente, señaló que la expresión lesionar no comprendía los daños psicológicos, lo que le parecía insuficiente en ciertos casos (menores, personas desvalidas).

#### **b) *La cuestión en el derecho comparado continental***

En nuestra órbita cultural, la definición de la figura básica de lesiones tiene variadas formulaciones y modelos.

(1) *El sistema en España e Italia: Las lesiones como delito de resultado, diferente del simple maltrato físico*

(a) *España*

El Código penal español de 1995 distingue claramente los delitos de *lesiones* (comprendidas en el Tít. III del L. II, arts. 147ss), de los *maltratos o simples vías de hecho*, considerados únicamente una *falta* que no causa lesión en su artículo 617.2<sup>28</sup>, o como un hecho de “violencia doméstica” no constitutivo de lesiones, en su art. 153<sup>29</sup>, cuya impropia ubicación dentro del mismo Título que los delitos de lesiones es siempre puesta de manifiesto por los autores<sup>30</sup>. De allí que los autores afirmen sin complicación alguna que las lesiones son, en su sistema, *delitos de resultado* que deben producir un efectivo “menoscabo en la integridad corporal o en la salud física o mental”<sup>31</sup>. Y así lo deja claramente de manifiesto el art. 147.1, inc. primero, donde se recoge la figura básica del delito:

“Artículo 147.

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código<sup>32</sup>.”

---

<sup>28</sup> Art. 617.2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días.

<sup>29</sup> **Artículo 153.** El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

<sup>30</sup> Cfrt. Tamarit, op. cit., p. 105: “A pesar de su ubicación sistemática, las violencias habituales en el ámbito familiar *no son propiamente un delito de lesiones*” (el subrayado es nuestro).

<sup>31</sup> José Tamarit Sumalia, *Comentario al Tit. III, L. II Cp*, en Gonzalo Quintero Olivares et. al.: *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, Pamplona 1999, p. 88.

<sup>32</sup> Que castiga las *lesiones faltas* y la *falta de maltratos de obra*: Artículo 617. 1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.

(b) *Italia*

El Código italiano mantiene hasta ahora una regulación del tipo básico de lesiones que destaca, en primera línea, su carácter de *delito de resultado* (la lesión debe producir una *malattia*<sup>33</sup>), y en segundo término, su calificación de acuerdo al tiempo de duración de dicho resultado (inferior a 20 días). Así, su art. 582 dispone:

**582 Lesione personale.** Chiunque cagiona ad alcuno una lesione personale, dalla quale deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni.

Se la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni e non concorre alcuna delle circostanze aggravanti previste negli artt. 583 e 585, ad eccezione di quelle indicate nel n. 1) e nell'ultima parte dell'art. 577, il delitto è punibile a querela della persona offesa.

Para ratificar lo antes señalado, el Código italiano castiga especialmente (pero en forma separada de los delitos de lesiones), una forma de maltrato físico especialmente grave: la violencia intrafamiliar, haciendo especial hincapié en que tal maltrato no es una lesión, sino que de él *pueden derivarse lesiones*, al incorporar reglas especiales para el caso que de dicho maltrato “se derive una lesión personal”. Así lo dispone su art. 572, situado entre los que atentan contra los “deberes familiares”:

**572 Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli.** Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente<sup>34</sup>, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte la reclusione da dodici a venti anni.

(2) *Alemania: Las lesiones como delitos de resultado, que pueden provocarse por maltrato físico*

En el StGB, la figura básica del delito de lesiones se ubica en su Sección 17ª (§§223ss) bajo el significativo epígrafe de *hechos punibles contra la integridad corporal*:

---

2. El que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días.

<sup>33</sup> La sent. n. 10643 del 09-12-1996, de la Sala IV de Casación Penal ha declarado que el concepto clínico de “malattia” “*richiede il concorso del requisito essenziale di una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e di quello di un fatto morboso in evoluzione, a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l'adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte. Ne deriva che non costituiscono malattia, e quindi non possono integrare il reato di lesioni personali, le alterazioni anatomiche, a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità*”.

<sup>34</sup> **Art. 571 Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina.** Chiunque abusa dei mezzi di correzione o di disciplina in danno di una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, ovvero per l'esercizio di una profesión o di un'arte, è punito, se dal fatto deriva il pericolo di una malattia nel corpo o nella mente, con la reclusione fino a sei mesi. Se dal fatto deriva una lesione personale si applicano le pene stabilite negli artt. 582 e 583, ridotte a un terzo; se ne deriva la morte, si applica la reclusione da due a otto anni.”

§ 223. **Körperverletzung.**

(1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Puesto que evidentemente en la parte en que el tipo se refiere a *dañar la salud de otro* estamos ante un *delito de resultado*, la cuestión acerca de si ese resultado de afectación a la integridad o la salud corporal es exigible para configurar el delito se presenta respecto de los *maltratos corporales* a que hace referencia.

Como en este materia el StGB permanece, a pesar de las numerosas reformas sufridas, prácticamente con la misma configuración desde 1871, son todavía válidas a sus respecto las apreciaciones de Mezger, quien entiende el *maltrato corporal* no como las simples vías de hecho sino como aquél que ha “*producido una perturbación no insignificante del bienestar corporal o de la integridad corporal*”, a lo que agrega que “*no es suficiente un simple maltrato psíquico*”, señalando como formas de maltrato corporal las siguientes: *provocación de un dolor corporal* (con “*cierta intensidad*”), y *lesión de la integridad corporal* (aunque no se halla producido dolor)<sup>35</sup>.

Como se desprende de lo recién transcrito, la lesión en la forma de *maltrato corporal* es también en Alemania un *delito de resultado*, y no de mera actividad, más cercana a la *falta de lesiones leves* del art. 617.1 Cp español, que a la de simples *maltratos que no causan lesión* del 617.2.

No deja de ser significativo para apreciar que en este modelo las lesiones también se conciben como *delitos de resultado*, la interpretación que Etcheberry ofrece del tipo de lesiones entre nosotros –evidentemente influida por este modelo–: “*para calificar de herida, golpe o maltrato de obra una acción humna es preciso atender tanto a su naturaleza intrínseca como al efecto que produce. Este efecto (que es la razón por la cual la ley considera tales actos lesivos al bien jurídico que protege) puede consistir: en un daño a la integridad corporal, en un daño en la salud, o en dolor o sufrimiento ajeno*”<sup>36</sup>.

Todo lo anterior parece confirmarse aún más con la existencia del especial delito de “*maltrato a personas en custodia*” del § 225<sup>37</sup>, donde al *maltrato* propiamente tal se agregan

---

<sup>35</sup> Edmundo Mezger: *Derecho Penal, Libro de estudio, parte especial*, Trad. de la 6ª ed. (1956) de Conrado Finzi, Buenos Aires, 2001, p. 73s.

<sup>36</sup> Etcheberry III, p. 117. Los subrayados son nuestros.

<sup>37</sup> **§ 225. Mißhandlung von Schutzbefohlenen.** (1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die

1. seiner Fürsorge oder Obhut untersteht,
2. seinem Hausstand angehört,
3. von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder
4. ihm im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist,

quält oder roh mißhandelt, oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat in die Gefahr

1. des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder
2. einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung

otros verbos rectores más alejados de la idea de efectivo daño corporal a la que parece reducirse la descripción del § 223, como el “atontar” o “martirizar” a la víctima, precepto respecto del cual se admite que “se castigar también el maltrato síquico”<sup>38</sup>.

(3) Francia: lesiones como violencias sin resultados perceptibles

De todos los países del sistema continental vinculados a nuestra tradición jurídica, aunque muy débilmente en materia penal, resulta ser Francia el único en cuya legislación el tipo base de lesiones no supone un resultado, sino únicamente una *actividad: ejercer violencias*, las que pueden consistir – según la Corte de Casación francesa – únicamente en hechos que nosotros calificaríamos ya no de *vías de hecho*, sino solamente de *intimidación*: “abordar a una niña pequeña con una piedra y hacerle proposiciones deshonestas”, “amenazar a otra persona con un revólver”, “tirarle petardos por delante”, etc.<sup>39</sup>.

Sin embargo, a pesar de que no se discute que las *violencias* se puedan causar por cualquier medio y puedan consistir incluso en perturbaciones anímicas, como en los ejemplos recién propuestos, al derogarse del nuevo Código de 1992 las contravenciones, donde se contemplaban las *violencias ligeras* (art. 624-1), el ámbito típico de las *violencias* que no producen un resultado más o menos severo (mutilación, enfermedad permanente, incapacidad por más de 8 horas, arts. 222-9 y 11), se ha reducido a supuestos especialmente graves, por concurrir circunstancias especiales en la víctima –menor edad, desvalimiento, relación familiar, carácter de autoridad, testigo, denunciante, etc.–, o de otra clase –premeditación, pluralidad de malhechores, uso de armas, etc.–, art. 222-13<sup>40</sup>, extendiendo

---

bringt.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

<sup>38</sup> Mezger, op. cit., p. 74.

<sup>39</sup> Cfr. Ives Mayaud, *Code penal*, Dalloz 2000, p. 249.

<sup>40</sup> **Article 222-13.** Les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur.

3° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ;

4° Sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 127-1 du code de la construction et de l'habitation, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

4° bis Sur le conjoint, les ascendants et les descendants en ligne directe des personnes mentionnées au 4° ou sur toute autre personne vivant habituellement à leur domicile, en raison des fonctions exercées par ces personnes ;

4° ter Sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute autre personne chargée d'une mission de service public ainsi que sur un professionnel de santé, dans l'exercice de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;



expresamente las modalidades de comisión a la administración de sustancias nocivas en los mismos casos, art. 222-15<sup>41</sup>; e incluso a las violencias psíquicas por medio de llamadas telefónicas maliciosas y reiteradas o de la producción de ruidos molestos, art. 222-16<sup>42</sup>.

### c) *Fundamentos de la nueva propuesta*

La revisión detallada de los sistemas del delito de lesiones en el derecho comparado, permite concluir que, salvo en el sistema francés (con las particularidades ya anotadas), en la totalidad de los sistemas jurídicos que son referencia nuestra en materia penal, *el delito de lesiones se considera un delito de resultado*, quedando las *vías de hecho* o los simples *maltratos* sin resultados (aunque sea sin el simple “efecto” de causar un dolor) excluidos de la penalidad a este título. Pero al mismo tiempo, dichos sistemas proveen de disposiciones que permiten, al menos en los casos graves, el castigo de esos maltratos cuya constatación empírica es difícil, siendo el más claro ejemplo de ello la *falta de maltratos de obra* del art. 617.2 Cp español.

Por tanto, como una manera de superar las objeciones de quienes estiman que el concepto empleado al definir la figura básica puede causar tantas o más incertidumbres que las que provoca el actual Código, se propone crear una figura especial de *maltratos de obra*, similar a la del citado art. 617.2 Cp español, que podría ubicarse inmediatamente después del delito

---

5° Sur un témoin, une victime ou une partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation, de sa plainte ou de sa déposition ;

5° bis A raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ;

5° ter A raison de l'orientation sexuelle de la victime ;

6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ;

7° Par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ;

8° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

9° Avec préméditation ;

10° Avec usage ou menace d'une arme ;

11° Lorsque les faits sont commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif, ou, à l'occasion des entrées ou des sorties des élèves, aux abords d'un tel établissement ;

12° Par un majeur agissant avec l'aide ou l'assistance d'un mineur.

13° Dans un moyen de transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs.

Les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75000 euros d'amende lorsque l'infraction définie au premier alinéa est commise sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur. Les peines sont également portées à cinq ans d'emprisonnement et 75000 euros d'amende lorsque cette infraction, ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours, est commise dans deux des circonstances prévues aux 1° et suivants du présent article. Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100000 euros d'amende lorsqu'elle est commise dans trois de ces circonstances.

<sup>41</sup> **Article 222-15.** L'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui est punie des peines mentionnées aux articles 222-7 à 222-14 suivant les distinctions prévues par ces articles.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à cette infraction dans les mêmes cas que ceux prévus par ces articles.”

<sup>42</sup> **Article 222-16.** Les appels téléphoniques malveillants réitérés ou les agressions sonores en vue de troubler la tranquillité d'autrui, sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

de *coacciones*<sup>43</sup>, ya que se trataría del ejercicio de simples violencias sin otra alteración a la libertad del afectado.

Esta solución permite mantener la descripción propuesta primitivamente para la figura de lesiones, *como delito de resultado*, en el entendido que su sentido natural y obvio conforme al Diccionario: *causar lesión*, permite comprender todas las formas imaginables dañar corporalmente a otro por heridas, golpes o causándole enfermedades<sup>44</sup>.

Al mismo tiempo, la definición propuesta bajo el epígrafe de *lesiones corporales*, excluye de las mismas la llamada “violencia psicológica”, que no se acompaña de un efectivo menoscabo corporal en la víctima. Estos hechos, de entre los cuales el Prof. F. de la Fuente en su intervención al Foro proponía elevar a la categoría de delitos aquellos en que estuviese presente un abuso contra menores o personas desvalidas, se encuentran regulados actualmente en la Ley Sobre Violencia Intrafamiliar, cuyo art. 1° los estima un ilícito de carácter civil,<sup>45</sup> cuya transformación en delito no nos parece, por el momento, necesaria ni conveniente.

*d) Nuevo texto propuesto y aprobado por el Foro Penal*

**§ 3. Lesiones corporales**

**Art. 85. El que lesione a otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales.**

*e) Otras propuestas recibidas*

*(1) Del Prof. Vivian Bullemore*

Se propone eliminar el artículo 85, evitando la posible inclusión de las vías de hecho como forma lesiva.

---

<sup>43</sup> **Art. Nuevo.** El que, sin provocarle lesión ni cometer otro delito, golpear o maltratare de obra a otro será castigado con la pena de multa de una a cinco unidades tributarias mensuales.

<sup>44</sup> *Lesión*, según el Diccionario, es, en su primera acepción, un *daño o detrimento corporal causado por una herida, un golpe o una enfermedad*, en su primera acepción; y en la quinta, referida al ámbito jurídico –pero particularmente al español–, como “*delito consistente en causar un daño físico o psíquico a alguien*”.

<sup>45</sup> **Ley N° 19.325, Artículo 1°.-** Se entenderá por acto de violencia intrafamiliar, *todo maltrato que afecte la salud física o psíquica* de quien, aún siendo mayor de edad, tenga respecto del ofensor la calidad de ascendiente, cónyuge o conviviente o, siendo menor de edad o discapacitado, tenga a su respecto la calidad de descendiente, adoptado, pupilo, colateral consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive, o esté bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar que vive bajo un mismo techo.

El que incurra en estos actos, aun cuando no conviva con el grupo familiar, será sancionado en la forma que establece el artículo 4° de esta ley. Se comprenden dentro de estos actos y se regirán por las normas de esta ley, las faltas contempladas en los números 4° y 5° del artículo 494 del Código Penal, si se reúne cualquiera de los elementos señalados en el inciso precedente.

(a) *Fundamentos*

Cuando se señala que el sistema de calificación de las lesiones debe estar ubicado en el desvalor del acto, tal vez se está olvidando, en primer lugar, que la medida del desvalor de acción en las lesiones está limitada por los delitos tipificados en el primer párrafo del título, que se refiere al homicidio. Así, al realizar la simple distinción entre homicidio y lesiones, se atiende primordialmente al criterio del desvalor de acto, y no al del resultado, y secundariamente al desvalor de resultado, que se refiere no al resultado físico, sino a la lesión de bienes jurídicos relacionados, pero distintos. El objeto del actuar del sujeto es distinto porque está referido a bienes jurídicos distintos, aunque relacionados.

Pretender una distinción exclusivamente en el desvalor de acción es desconocer también las limitaciones expresadas genéricamente en la parte general, ya aprobada. Por ejemplo, quien actúe con dolo homicida, causando sólo lesiones, cometerá un homicidio tentado. Así también, por ejemplo, quien actúa con dolo de castrar, y sólo lesiona levemente en sus órganos genitales al agredido, producto de los violentos forcejeos al pretender introducir un cuchillo en su entrepierna, atravesando la tela del pantalón del agredido, es reprochado por el desvalor de su acto, el que quedará en grado de tentativa. Otra cosa, perdonando el uso del absurdo, sería si en lugar de aprobarse un texto sobre el homicidio, como el que señala “el que mate a otro”, se hubiera aprobado un texto señalando “el que exteriorice una voluntad homicida en vulneración de la norma”.

Con esto, lo que queremos traer a colación es que se reprocha el desvalor del acto en relación a la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico que se pretende lesionar, por ejemplo, en el caso anteriormente mencionado, la vida, o en éste que se trata, la salud o integridad física, donde la mención al resultado lo es no en cuanto a tal producido, sino como referencia al dolo de lesión del bien jurídico, esto es, al conocer los elementos del tipo objetivo, y su voluntad de realización. Por más que los ejemplos sean odiosos, debemos insistir que quien quiere castrar a otro con un arma de fuego, y lo logra, no merece mayor sanción que quien utiliza como arma un cuchillo, o su dentadura. Ello en atención al criterio del desvalor de acto, desligado de consideraciones sustantivas, es decir, en la exteriorización de una conducta contraria a la norma. Toda otra cuestión queda entregado al juego de las reglas generales, como, además de los problemas de iter criminis mencionados, a las agravantes genéricas, o de las calificantes, en el caso que así se propusiera y aprobara.

La calificación de las lesiones admite una graduación en la mayor o menor afectación del bien jurídico protegido, no en el resultado físico, sino en la lesión, como afectación del bien jurídico perseguida por el autor. Así, no se sancionaría una lesión que cause un determinado daño, sino que persiga la realización de ese daño, realizado.

(2) *Del Prof. Jorge Gálvez*

Art. 85. El que mediante agresión física o fuerte presión psicológica, causare a otro un intenso dolor corporal, o un efectivo menoscabo a su salud física o mental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarias.

(a) *Fundamentos*

La fórmula propuesta, permite superar la dificultad presente en nuestro actual ordenamiento, en cuanto a determinar la solución aplicable a un importante grupo de casos, consistente en las agresiones que no producen efectos permanentes para la salud corporal. Esta cuestión, no aparece resuelta en el proyecto de reforma, habiéndose optado por dejar dicha cuestión a la determinación de la doctrina y jurisprudencia, lo que no resulta adecuado, si se tiene en cuenta que:

a. En primer lugar, se trata de una decisión político criminal sumamente relevante, ya que fija el límite inferior de punibilidad de los ataques contra la salud individual. Por ello, acorde con el Principio de Legalidad (en sus variantes técnica y política) parecería adecuado que exista una clara definición legislativa al respecto, máxime si se considera que se trata de un caso de gran ocurrencia práctica.

b. Que sobre la base de la actual regulación (muy similar a la contenida en la propuesta de reforma), la jurisprudencia no ha sentado un criterio reiterado y uniforme en cuanto a su adecuada solución, probablemente atendida la escasa gravedad de los casos en que se plantea el problema, lo que redundaría en pocos fallos de los altos tribunales a su respecto, cuestión que presumiblemente seguirá ocurriendo en el futuro.

c. Asimismo, existen en la doctrina planteamientos contradictorios<sup>46</sup>, y en algunos casos derechamente se puede observar la renuncia a soluciones que se reconocen como políticocriminalmente adecuadas, pero que escapan al tenor literal de las normas en cuestión.<sup>47</sup>

Adicionalmente, la redacción propuesta pone claro acento en el desvalor del medio empleado, el cual se verifica ya mediante un golpe o atentado físico directo, como asimismo, por métodos psicológicos, caso en el cual se exige eso si una mayor intensidad delictual. Todo ello, sin embargo, condicionado a la producción del desvalor de resultado,

---

<sup>46</sup> Etcheberry, por ejemplo, considera que “Siendo el punto discutible, nos inclinamos por considerar que nuestra legislación pertenece al grupo de las que coincidieran delictivas las vías de hecho o violencias físicas por sí mismas, sin perjuicio de aumentar la penalidad en caso que resulten determinadas consecuencias permanentes.” ( En Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, p. 116) Por el contrario, Bustos, Grisolia y Politoff son de la idea que, “En suma, no constituyen lesiones las simples vías de hecho, y estas últimas sólo son punibles excepcionalmente en cuanto tales” (Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos Contra el individuo en sus condiciones físicas”, p.206)

<sup>47</sup> Un claro ejemplo de lo anterior, se observa en la crítica que dirigen Bustos, Grisolia y Politoff, al planteamiento de Etcheberry (seguido en el punto además por Garrido Montt, Parte especial Tomo III, p 161 y ss.) en cuanto a castigar las vías de hechos y distinguir entre las agresiones que debe o no tener relevancia penal, señalando que “El distingo es persuasivo y sensato, sólo que la ley no lo hace”.

consistente en un grado considerable de dolor, o un menoscabo constatable de la salud física y/o mental de la víctima.

## **B. Lesiones calificadas. Naturaleza de las calificaciones**

### **a) *Fundamentos del rechazo a la propuesta original***

En las observaciones recibidas dentro del plazo reglamentario, y de cuya discusión con el Comité Directivo y la Secretaría Técnica resultó el texto rechazado por el Foro Penal en definitiva, aparte de los aspectos técnicos o puramente formales que no se tomaron en cuenta para este rechazo, se objetó por la Prof. S. Peña el sistema de fijación de las agravaciones de los números 2º y 3º del propuesto art. 86, basado en la determinación de la gravedad de las lesiones conforme a la duración de la enfermedad o incapacidad para el trabajo causadas. Esta objeción fue renovada en el Foro, con particular fuerza por parte de la Profa. M<sup>a</sup> Inés Horvitz y del Prof. Felipe de la Fuente.

Además, ambos profesores destacaron que la redacción en general del artículo 86 propuesto, y en particular de su N° 1, parecía dar lugar al establecimiento de una suerte de pura responsabilidad objetiva por el resultado, con – a su juicio – grave infracción al principio de culpabilidad.

A dichas objeciones, se sumaron las del Prof. E. Cury, en orden a dar más relevancia en las agravaciones al desvalor de acción (el carácter “peligroso” de la conducta en sí) que al del resultado causado.

### **b) *La cuestión en el derecho comparado continental***

Para determinar las posibilidades de una propuesta legislativa en esta materia, al igual que hiciéramos con la figura básica de lesiones, resultará ilustrativa una revisión del sistema de agravaciones a los delitos de lesiones en el derecho comparado.

#### **(1) *Las lesiones agravadas por el carácter “peligroso” de la conducta***

La regulación de una clase de lesiones agravadas por la peligrosidad de la conducta, sólo parece encontrarse especialmente separada del resto de las formas agravadas de lesiones, de entre los textos que se han tomado como referencia, en el Código alemán. Sin embargo, es claro que dicho cuerpo legal no contempla un delito *sui generis* de “agresiones peligrosas”, pues su §224 (1) funciona únicamente como una agravación de las lesiones corporales efectivamente producidas (en el sentido del §223, antes expuesto), por la “forma especial de comisión del hecho”<sup>48</sup>. Así se considera en dicha disposición como “**lesión corporal peligrosa**”, susceptible de castigarse con pena de prisión de seis meses hasta 10 años, según la gravedad del caso, el cometerla *por medio* de la administración de veneno u otras

---

<sup>48</sup> Mezger, op. cit., p. 73.

sustancias nocivas para la salud, de un arma u otros instrumentos peligrosos, alevosamente, con otro partícipe o, en general, poniendo en peligro la vida del ofendido<sup>49</sup>.

En el nuevo Código español de 1995, en cambio, la agravación especial de las lesiones atendida la peligrosidad de la conducta, no sólo se reduce al carácter de peligroso que se le atribuye a ciertos medios, sino que aparece, en su art. 148, enumerada junto a otras dos agravaciones que atienden a la menor edad de la víctima y al ensañamiento con que se actúa, y por eso el encabezado del artículo se encarga de destacar que se trata de agravaciones de *lesiones corporales efectivas* que operan “atendiendo el resultado causado o riesgo producido”. La agravante por el peligro de la conducta queda reducida así a lo siguiente: Art. 148. N° 1: “Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado”.

Por su parte, el Código italiano contempla en su artículo 585 un grupo de agravaciones especiales, aplicables a todo tipo de lesiones y no sólo a las de la figura básica, a saber: si se trata de algunas de las constitutivas de homicidio calificado de los arts. 576 y 577 o si el hecho se comete con “armas o sustancias corrosivas”<sup>50</sup>.

Finalmente, el Código francés, como ya se ha anunciado, contempla para sus distintas formas de violencias una serie de agravaciones que se basan tanto en circunstancias de la víctima –menor edad, desvalimiento, relación familiar, carácter de autoridad, testigo, denunciante, etc–, como del hecho mismo –premeditación, pluralidad de malhechores, uso de armas, etc.–, (Arts. 222-10 y 12), sin hacer una especial distinción de aquéllas que puedan considerarse especialmente referidas a la *peligrosidad de la conducta*, aunque evidentemente a ellas se refieren circunstancias tales como el uso de armas, la pluralidad de malhechores y la premeditación, estimadas como tales en la figura especial del §224.1 StGB. Aparte de esta diferente sistemática, contempla el art. 222-14 del Código francés una agravación especial para toda clase de lesiones, atendido su carácter habitual o la especial situación de dependencia o desvalimiento del ofendido<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> § 224. **Gefährliche Körperverletzung.** (1) Wer die Körperverletzung

1. durch Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen,
2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs,
3. mittels eines hinterlistigen Überfalls,
4. mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich oder
5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

<sup>50</sup> 585 Circostanze aggravanti. Nei casi preveduti dagli artt. 582, 583 e 584, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dall'art. 576; ed è aumentata fino a un terzo, se concorre alcuna delle circostanze aggravanti prevedute dall'art. 577, ovvero se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive.

Agli effetti della legge penale, per armi s'intendono:

- 1) quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona;
- 2) tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo.

Sono assimilate alle armi le materie esplodenti e i gas asfissianti o accecanti.

<sup>51</sup> **Article 222-14.** Les violences habituelles sur un mineur de quinze ans ou sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur sont punies :

(2) Las lesiones “graves”

El hecho de castigar severamente a quien provoca al ofendido una grave lesión, que transforma de manera altamente significativa su calidad y forma de vida anterior, y que hoy en nuestro Código se encuentra en las agravaciones por *castración* (art. 395) y en las llamadas *lesiones graves-gravísimas* del art. 397 N° 1, aparece claramente en todos los textos consultados, **con independencia del medio empleado para causarla y de la regulación de la figura básica correspondiente.**

Así, en el sistema más alejado de nuestra tradición, esto es, en el del Código francés de 1992, se establece, aparte del delito preterintencional de homicidio por medio de violencias (arts. 222-7 y 8), la pena de **hasta 10 años de prisión y multa**, cuando “*Les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente*” (art. 222-9). Las penas en este caso se pueden aumentar hasta **20 años** de prisión, si concurre alguna de las especiales circunstancias en la víctima –menor edad, desvalimiento, relación familiar, carácter de autoridad, testigo, denunciante, etc–, o de otra clase –premeditación, pluralidad de malhechores, uso de armas, etc.–, mencionadas en el art. 222-10<sup>52</sup>.

---

1° De trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné la mort de la victime ;

2° De vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'elles ont entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ;

3° De dix ans d'emprisonnement et de 150000 euros d'amende lorsqu'elles ont entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours ;

4° De cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsqu'elles n'ont pas entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux cas prévus aux 1° et 2° du présent article.

<sup>52</sup> **Article 222-10.** L'infraction définie à l'article 222-9 est punie de quinze ans de réclusion criminelle lorsqu'elle est commise :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

3° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ;

4° Sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 127-1 du code de la construction et de l'habitation, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

4° bis Sur le conjoint, les ascendants et les descendants en ligne directe des personnes mentionnées au 4° ou sur toute autre personne vivant habituellement à leur domicile, en raison des fonctions exercées par ces personnes ;

4° ter Sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute autre personne chargée d'une mission de service public ainsi que sur un professionnel de santé, dans l'exercice de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

5° Sur un témoin, une victime ou une partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation, de sa plainte ou de sa déposition ;

5° bis A raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ;

5° ter A raison de l'orientation sexuelle de la victime ;

6° Par le conjoint ou le concubin de la victime ;

7° Par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ;

Por su parte, el Código alemán castiga con especial severidad – prisión de hasta 10 años – en su §226 las “*lesiones corporales que han tenido como consecuencia*” (dolosa o culposa) alguno de los siguientes resultados: impotencia, pérdida de la visión de uno o ambos ojos, del sentido del oído, del habla, pérdida o inutilidad de un miembro importante, desfiguración permanente y considerable, padecimientos físicos permanentes, enfermedad mental o discapacidad<sup>53</sup>. La principal particularidad de esta regulación es la construcción en ella de un *delito calificado por el resultado impropio*, donde sólo se exige dolo para *lesionar*, admitiéndose que respecto de los resultados puede haber tanto *dolo* como simple *culpa*, siendo la diferencia entre ambos casos la pena prevista<sup>54</sup> (en caso de ser el resultado buscado intencionalmente, la pena no puede ser inferior a tres años de prisión). Esta forma de concebir la culpabilidad en las lesiones gravísimas ha sido, entre nosotros, de antiguo rechazada, exigiéndose siempre dolo respecto del resultado<sup>55</sup>.

En Italia, como entre nosotros, se distingue con claridad entre las lesiones *gravísimas* y las *simplemente graves*, reservando para las primeras una pena de seis a doce años de prisión, si de las lesiones corporales resulta una enfermedad incurable, la pérdida de un sentido, la de un miembro u otro órgano, una mutilación que deje un miembro inservible, impotencia, una permanente y grave pérdida del habla, una deformación o una permanente marca en el rostro<sup>56</sup>. En cambio, las *lesiones simplemente graves* tienen una pena de reclusión de tres a

---

8° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

9° Avec préméditation ;

10° Avec usage ou menace d'une arme.

La peine encourue est portée à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction définie à l'article 222-9 est commise sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article.

<sup>53</sup> § 226. **Schwere Körperverletzung.** (1) Hat die Körperverletzung zur Folge, daß die verletzte Person

1. das Sehvermögen auf einem Auge oder beiden Augen, das Gehör, das Sprechvermögen oder die Fortpflanzungsfähigkeit verliert,
2. ein wichtiges Glied des Körpers verliert oder dauernd nicht mehr gebrauchen kann oder
3. in erheblicher Weise dauernd entstellt wird oder in Siechtum, Lähmung oder geistige Krankheit oder Behinderung verfällt,

so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(2) Verursacht der Täter eine der in Absatz 1 bezeichneten Folgen absichtlich oder wissentlich, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren.

(3) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

<sup>54</sup> Cfr. Schröder, Horst: *Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten*, en NJW 1956, 1737.

<sup>55</sup> Politoff/Bustos/Grisolia, 219s.

<sup>56</sup> **583 Circostanze aggravanti** ... (inc. 2°) La lesione personale è gravissima, e si applica la reclusione da sei a dodici anni, se dal fatto deriva:

- 1) una malattia certamente o probabilmente insanabile;
- 2) la perdita di un senso;
- 3) la perdita di un arto, o una mutilazione che renda l'arto inservibile, ovvero la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare, ovvero una permanente e grave difficoltà della favella;
- 4) la deformazione, ovvero lo sfregio permanente del viso.
- 5) abrogato.



siete años, cuando las lesiones corporales causan en el ofendido una enfermedad que haya puesto en peligro su vida o se prolongue *por más de cuarenta días*, o le causen igual tiempo de incapacidad para atender sus ocupaciones habituales<sup>57</sup>, o producen un debilitamiento permanente de un sentido u órgano<sup>58</sup>.

Finalmente, en España, al redactarse el nuevo Código de 1995, se mantuvo también la distinción entre *lesiones gravísimas* y *lesiones graves*, arts. 149 y 150 respectivamente, aunque se dejó de lado el sistema de los días para calificar las lesiones de *graves*, se mantiene una tendencia por castigar especialmente formas de los desaparecidos delitos de *mutilaciones*, claramente reflejada en la introducción del nuevo N° 2 del art. 149 por la L.O 11/2003, de 29 de septiembre.

Así, las *lesiones gravísimas* del N° 1 del art. 149, consisten en *causar*, “por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”, y se castigan con la pena de prisión de seis a 12 años. Con relación al texto del Código de 1944, aparte de la incorporación de un concepto amplio de enfermedad, la principal diferencia radica, según los autores, en que respecto a la *deformidad*, “se ha producido una desproporcionada agravación de su tratamiento, que culmina un proceso iniciado cuando se dejó de exigir que la misma fuera notable e impulsado en la reforma de 1989”, aunque se ha suprimido la antes muy criticada referencia a la inutilidad para el trabajo<sup>59</sup>. Además, la mencionada reforma de la L.O. 11/2003, incorporó como un supuesto nuevo de *lesiones gravísimas* el *causar* a otro una “mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones”, que no produzca esterilidad o impotencia.

Por su parte, las *lesiones simplemente graves* consisten, según el art. 150, en *causar* a otro “la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad”, y se castigan con pena de prisión de tres a seis años.

### c) *Fundamentos del nuevo texto propuesto*

Para superar las razones que motivaron el rechazo de la propuesta anterior, hemos estimado posible reconstruir el sistema de lesiones calificadas propuesto, de la siguiente manera:

1. Para, conforme lo solicitado por el Prof. E. Cury, dar mayor relevancia a la peligrosidad de la conducta en las agravaciones, se estima posible incorporar un artículo nuevo que califique la figura básica (reemplazando la pena facultativa de multa por el grado medio de la reclusión menor), *por el peligro de la conducta*

<sup>57</sup> Con todo, no es Italia el único país europeo que conserva una especie de lesiones agravadas por el tiempo de duración de la enfermedad o incapacidad producida; este es también el régimen del Código austríaco, a pesar de su raigambre germánica: su § 84 (1) señala que hay *lesiones simplemente graves (Schwere Körperverletzung)*, si “*hat die Tat eine länger als vierundzwanzig Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit zur Folge oder ist die Verletzung oder Gesundheitsschädigung an sich schwer*”, y les impone una pena de prisión de hasta tres años.

<sup>58</sup> 583 Circostranze aggravanti. La lesione personale è grave, e si applica la reclusione da tre a sette anni:  
1) se dal fatto deriva una malattia che metta in pericolo la vita della persona offesa, ovvero una malattia o un'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo superiore ai quaranta giorni;  
2) se il fatto produce l'indebolimento permanente di un senso o di un organo;  
3) abrogato.

<sup>59</sup> Tamarit, op. cit., p. 100.

*desplegada*, reflejado en el *uso de armas u otros medios peligrosos*, recogiendo así la disposición del art. 148 N° 1 Cp español, pero con los cambios de redacción que nos parecieran permitían resolver las críticas que dicha disposición ha sufrido. No se incorporan en el nuevo artículo propuesto las restantes agravaciones contempladas en el §224.1 StGB, por las siguientes razones: a) entendemos que el uso del veneno y la alevosía se comprenden en la agravante genérica de alevosía del art. 8° N° 1 ya aprobado por el Foro; b) pensamos que la coparticipación criminal, cuando no es una forma de actuar alevoso, por lo mismo comprendida en la agravante común antes citada, no tiene arraigo en nuestra tradición como agravación específica de esta clase de delitos<sup>60</sup>; y c) estimamos completamente ajena a nuestra cultura una cláusula indeterminada de peligrosidad de la conducta, como la del N° 5 del §224.1, que ni siquiera ha sido recogida en el Código español, único entre los consultados que en esta materia sigue en parte el modelo alemán.

2. Para no configurar agravaciones que puedan aparecer contrarias al principio de culpabilidad y puramente basadas en el resultado producido, se propone eliminar las distinciones que se fundaban en la duración de la enfermedad o incapacidad producidas, reduciendo los dos números finales del art. 86 a un solo nuevo N° 2, que considera como lesiones *simplemente graves*, las que producen una *grave enfermedad o disminución de las facultades físicas o mentales* del ofendido, que no sean de la magnitud de las señaladas en el N° 1° (*lesiones gravísimas*), imponiéndoles una pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo. No se incorpora al texto una remisión al “riesgo vital”, como propone el Prof. F. de La Fuente, por las evidentes dificultades de interpretación que ello conllevaría con relación a los homicidios tentados o frustrados.
3. Manteniendo el sentido del actual art. 397 N° 1 como la más grave de las calificaciones de los delitos de lesiones, con las correcciones de redacción que se estimaron indispensables para reducir todo peligro de interpretación puramente objetiva, el perfeccionamiento de la descripción de los resultados actualmente considerados para esta agravación, y la incorporación de otros resultados que en el derecho comparado se consideran relevantes y que podrían entenderse excluidos de la regulación actual (privación de sentidos, órganos y de la facultad del habla, y transmisión de enfermedades graves e incurables).
4. Finalmente, se adecua la redacción de la figura de lesiones complejas a los nuevos textos propuestos para regular las lesiones.

**d) Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. Nuevo. La pena será de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si las lesiones se cometen utilizando armas u otros medios idóneos para causar alguna de las lesiones del artículo siguiente.**

**Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado:**

**1°. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si produce a la víctima**

---

<sup>60</sup> Actualmente sólo se contempla como agravante genérica del N° 6° del art. 12 –siempre que haya cierto abuso en ello– y como específica para los delitos de robo y hurto en el art. 456 bis .

**enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable;**

**2°. Con la de reclusión menor en sus grados medio a máximo, si le produce al ofendido una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número anterior.**

**Art. 87. A no ser que corresponda imponer mayor pena conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de este Código, si las lesiones se perpetran con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad, el responsable será castigado por todos los delitos cometidos:**

**1°. Con el *máximum* de la pena señalada si se trata de alguna de las lesiones comprendidas en el número 1° del artículo anterior,**

**2° Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo si las lesiones fueran de las comprendidas en el número 2°,**

**3° Con la pena de reclusión mayor en su grado medio cuando, tratándose de cualquiera de las lesiones señaladas en el artículo anterior, se perpetren con motivo u ocasión de la comisión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación.**

**e) *Otras propuestas recibidas***

**(1) *Del Prof. Vivian Bullemore***

**§ 3. *De las lesiones***

*Art. 85. Las lesiones se castigarán:*

*1° Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, las lesiones gravísimas. Se consideran lesiones gravísimas las encaminadas a dejar al ofendido física o intelectualmente impedido para el trabajo en forma permanente, impotente, impedido de algún miembro importante, o notablemente deforme.*

*2° Con la pena de reclusión menor en su grado máximo, las lesiones graves. Se consideran lesiones graves las encaminadas a dejar a la víctima física o intelectualmente impedido para el trabajo temporalmente, por más de treinta días.*

*3° Con la pena de reclusión menor en su grado medio, las lesiones leves. Se consideran lesiones leves las encaminadas a dejar a la víctima física o intelectualmente impedido para el trabajo temporalmente, por más de siete días, o con una huella permanente.*

**(a) *Fundamentos***

1. Además de los fundamentos dados por el Prof. Bullemore para justificar su propuesta de eliminación del artículo art. 85, el texto de reemplazo que propone para el art. 86 se basa en las siguientes consideraciones:

“- Se considera la sanción de las lesiones en atención a los criterios expuestos anteriormente, como un desvalor del actuar graduado en atención a la entidad de la lesión

del bien jurídico protegido perseguida. Se subentiende, asimismo, que nos referimos a lesiones dolosas consumadas.”

“- Se utiliza la fórmula de impedimento físico o intelectual, genéricamente, para eludir las discrepancias en cuanto al bien jurídico protegido.”

“- Se utiliza la aproximación al “hombre medio” como medida, al referirse al “trabajo”.”

2. En cuanto al delito complejo de lesiones, el Prof. Bullemore propone:

-“ eliminar el artículo 87, por innecesario, habida consideración de las normas sobre el concurso.”.

(2) Del Prof. Jorge Gálvez

Art. 86. El responsable del delito de lesiones será castigado:

1.- Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si se ha procedido por medios aptos para dejar a la víctima demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme;

2.- Con la de reclusión menor en su grado máximo, si la intensidad de la agresión es apta para impedir que la víctima se desempeñe normalmente por un plazo superior a 30 días;

3.- Con la de reclusión menor en su grado medio, si la intensidad de la agresión es apta para impedir que la víctima se desempeñe normalmente por un plazo superior a 7 días, siempre que no se trate de uno de los casos comprendidos en los números anteriores.

Para efectos del cálculo anterior, se podrán tomar en cuenta las condiciones especiales de la víctima, sólo en cuanto el agresor haya podido o debido conocerlas.

(a) Fundamentos

“El modelo propuesto, si bien no incorpora modificaciones en cuanto a las penas contenidas en el proyecto de reforma, sí se ocupa por el contrario, de modificar la redacción de los tipos penales, poniendo el acento en la capacidad del medio utilizado o en la intensidad de la agresión, para establecer los diferentes grados de injusto. Tales alusiones al desvalor de la acción, salvan las dificultades relativas a la imputación objetiva y subjetiva del resultado causado, ya que la utilización de tales medios, supone la necesaria presencia de dolo (al menos eventual) y la previsibilidad objetiva de realización del riesgo desaprobado en las tres variedades de resultado.

En cuanto al criterio para distinguir los diversos grados de desvalor de resultado, se han mantenido los tres niveles propuestos, sustituyéndose eso si en los N°s 1 y 2 la alusión a la “enfermedad”, “incapacidad para el trabajo”, o la “huella permanente”, por la exigencia una afectación al núcleo de lo que -a mi juicio- constituye el objeto central de protección jurídica en este título, cual es, el goce de condiciones físicas y psíquicas normales, que permitan el adecuado desarrollo de las actividades habituales de cada individuo, no necesariamente laborales. En efecto, aparte de representar tales alusiones, una fuerte tentación para que el intérprete califique el delito por el resultado, (infringiendo con ello el principio de culpabilidad) la “enfermedad” suele caracterizarse por vía negativa como ausencia de salud, lo que redundaría en una extensión inadecuada y ambigua de medición del resultado desaprobado; por su parte, la “incapacidad para el trabajo” importa un criterio excesivamente individualizador y difícilmente previsible, además de plantear serios problemas en los casos en que la víctima ejerce actividades no propiamente laborales, lo que plantea dificultades de analogía contra reo, o de infracción al principio de igualdad;

finalmente, se suprime la alusión a la “huella permanente” toda vez que además de su ambigüedad, no pareciera constituir un criterio apto para establecer una mayor afectación a la salud como condición de desarrollo personal y social adecuado, máxime si los casos de notable deformidad (donde si se justifica la agravación) ya se encuentran contemplados en el N° 1. Todo esto, sin perjuicio a ponderar la posible agravación de la agresión, por la vía de los resultados estéticos producidos, en cuyo caso se justificaría la inclusión de una agravación por una huella permanente, en cuanto sea visible y afecte la belleza física de la víctima, con los consecuentes efectos psíquicos y sociales.

Finalmente, se resuelven de manera expresa los casos de constitución especial de la víctima, afirmándose que sus particularidades personales, en cuanto a una especial propensión al daño, sólo pueden ser tenidas en cuenta si son conocidas por el actor, o éste se encontraba en posición de especial obligación de conocerlas.”

## **Tema 8. Disposiciones comunes al homicidio y la lesiones (agravantes, omisión, imprudencia, tentativa y frustración)**

### **A. Texto propuesto**

... § 4 Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores

*Art. 88.* El que omite evitar la muerte o las lesiones de otro, pudiendo hacerlo y encontrándose especialmente obligado a ello, será condenado como autor de los respectivos delitos de homicidio y lesiones comprendidos en los párrafos anteriores.

*Art. 89.* El que imprudentemente mate o lesione a otro será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo, en el primer caso, y con la misma señalada en el artículo anterior, tratándose de lesiones imprudentes.

Si el homicidio o las lesiones imprudentes se cometen utilizando un vehículo tracción mecánica o animal, se impondrá además, la pena de inhabilitación para conducir dichos vehículos en su grado máximo, tratándose de un homicidio imprudente, y en sus grados mínimo a medio, en los demás casos. Si en estos casos el delito se cometiera en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, todas las penas aplicables se impondrán en su *máximum*.

Si dichos delitos fueren cometidos por un facultativo en el ejercicio de su profesión, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la misma, en su grado máximo, tratándose de un homicidio imprudente, y en sus grados mínimo a medio, en los demás casos.

*Art. 90.* La tentativa y la frustración de los simples delitos de lesiones comprendidos en el artículo 85 y en los números 2 y 3 del artículo 86 son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicara la pena de este último.

*Art. 91.* En los delitos contemplados en este Título, con excepción de los de su párrafo 2, se estimarán como circunstancias agravantes:

1. Cometerlos a través del envío de cartas o encomiendas explosivas o por medio de

- otros artificios que puedan ocasionar estragos o dañar a otras personas;
- 2. Cometerlos con armas de fuego, cortantes o punzantes; y
- 3. Cometerlos con ocasión de una riña o pelea.

## B. Fundamento

### 1. Agravantes propuestas:

El articulado propuesto asume la conveniencia de castigar más severamente ciertos casos de homicidio y lesiones, particularmente los dos supuestos que han perdido su carácter de delitos autónomos en este Proyecto, con relación al código vigente: el parentesco (arts. 390 y 400 Cp vigente), y la riña (arts. 392, 402 y 403 Cp vigente).

a) El envío de cartas explosivas y el uso de otros medios estragosos: Se trata de una agravación que, en su primera parte, había sido recientemente incorporada entre nosotros en el artículo 403bis –cuya redacción ha suscitado más de algún problema interpretativo, particularmente en materias concursales<sup>61</sup> –, y en la segunda, se contemplaba como agravante común en el antiguo art. 12, 3ª Cp. La agrupación de estas circunstancias se debe a que ambas obedecen al mismo criterio: reflejar en la concreta determinación de la pena el mayor desvalor que producción de un *peligro común* representa para el resto de la comunidad no directamente afectado. De este modo, además, es posible el castigo a título de tentativa o frustración, según los casos, de quien sin éxito emplea tales medios o envía dichas cartas explosivas, esto es, sin llegar a matar o lesionar a una persona en concreto, no restando por tanto lagunas de punibilidad respecto de la situación legislativa actual.

b) Por la misma razón anterior, se ha considerado que el cometer estos delitos con armas de fuego o cortantes, supone un *peligro común* que debe tenerse en cuenta a la hora de la concreta determinación de la pena.

c) En cuanto a la riña, cuyos problemas de interpretación en su actual redacción<sup>62</sup> no parecen superarse al establecerla como delito independiente, como se hizo en España<sup>63</sup>, se conserva únicamente como circunstancia agravante, atendido también el *peligro común* que el acometimiento tumultuario encierra<sup>64</sup>.

### 2. Delitos contra la vida y la salud cometidos por omisión e imprudentemente

En cumplimiento del mandato del art. 1º de la Parte General ya aprobada por el Foro, se establece especialmente el castigo del los delitos homicidio y las lesiones, cometidos por omisión e imprudentemente, utilizando las fórmulas más neutrales posibles<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. Garrido Montt III, 189.

<sup>62</sup> Cfr. Yáñez Sergio, *Homicidio en riña*, en RCP T. XXV, p. 209.

<sup>63</sup> Sobre las dificultades de interpretación del art. 154 CP Español, Cfr. Tamarit S., *Comentario*, p. 109s. El artículo en cuestión establece: “Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de seis meses a un año o multa superior a dos y hasta doce meses”.

<sup>64</sup> Se rechaza, con ello, la solución del § 227 StGB, por estar todavía muy cerca del sistema del actual Cp, y necesitar, por tanto, de esfuerzos interpretativos para evitar ser considerado un delito contrario al principio de culpabilidad.

<sup>65</sup> Sobre las fórmulas empleadas, particularmente para el homicidio por omisión, Cfr. *Parte general del borrador de nuevo Código Penal*, Ministerio de Justicia, 2003, pp. 68ss.

a) Homicidio y lesiones por omisión. La decisión del castigo de estos delitos en su modalidad omisiva, recoge el amplio acuerdo jurisprudencial y de nuestra doctrina mayoritaria en esta materia<sup>66</sup>. En cuanto a las lesiones, de este modo, y tomando en cuenta la inexistente referencia a los medios o formas de cometerlas del art. 83 propuesto, se hace innecesario un artículo como el actual 398 cuya defectuosa regulación ha sido convenientemente criticada<sup>67</sup>.

b) Homicidios y lesiones imprudentes. Se trata de los casos ya reconocidos de imprudencia en los actuales arts. 490 ss., en el Art. 196-A y B de Ley de Tránsito y también en el art. 111 de la Ley de Ferrocarriles. Las penas dispuestas pretenden recoger proporcionalmente la mayor gravedad de estos últimos hechos, por el *peligro común* envuelto en ellos.

3. Tentativa y frustración de los simples delitos de lesiones: En cumplimiento del mandato del artículo 5° de la Parte General ya aprobada por el Foro, se ha establecido expresamente la punibilidad de la tentativa y la frustración de los delitos de lesiones, con una cláusula de subsidiariedad expresa, aplicable únicamente a las lesiones de menor gravedad del art. 85. En cambio, no se establece castigo a este título de los supuestos de auxilio al suicidio – teóricamente imposible al existir una condición objetiva de punibilidad –, como tampoco se castigan estas figuras de cometerse por omisión o imprudentemente.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Contra la excepcional mención de delitos de omisión*

##### (1) Del Prof. Raúl Carnevali

“No soy partidario de mantener un sistema de *numerus clausus* para tratar los supuestos de comisión por omisión. Sin pretender volver a una discusión que ya se presentó, creo que legislar expresamente no es una adecuada técnica legislativa, por lo engorroso que resulta. Además, resulta innecesario como ya lo expuse en su momento.”

##### (2) Del Prof. Álvaro Fernández

No estoy de acuerdo con la referencia a la omisión impropia que hace el artículo 88. Con esta referencia podría entenderse que la omisión impropia sólo se sanciona cuando expresamente se indica, excluyéndose todos los delitos no mencionados. Si no se incluyó una cláusula general en la Parte General del código, no veo por qué se introduce una aquí, la que generará graves conflictos interpretativos. Es preferible dejar la omisión impropia a la interpretación jurisprudencial y abierta a todos los delitos en que pueda ser aplicable

##### (3) De la Prof. Magdalena Ossandón

“Salvo que se haya resuelto, en la discusión sobre parte general – porque del texto aprobado no se desprende –, la necesidad de incorporar disposiciones especiales para sancionar los

<sup>66</sup> Polittoff/Bustos/Grisolía, pp. 53ss.

<sup>67</sup> Polittoff/Bustos/Grisolía, pp. 221ss.

supuestos de omisión, me parece una disposición innecesaria y que puede producir desconcierto.

Superados los planteamientos del causalismo naturalista, no veo obstáculo alguno para incluir los casos de comisión por omisión en los tipos previos de los respectivos delitos. En efecto, los verbos rectores de dichos tipos no pueden estimarse meras descripciones de procesos físicos de causación, sino que constituyen más bien fórmulas adscriptivas, de atribución de responsabilidad. Desde este punto de vista abarcan tanto conductas activas como la omisión de conductas obligadas.

Por lo demás, la mayor problemática que plantean los delitos de comisión por omisión, esto es, la determinación de los supuestos en que un sujeto está especialmente obligado a evitar un resultado, no queda resuelta tampoco con la fórmula propuesta”.

**b) *Sobre el error de referencia en la fundamentación de la pena de los delitos de omisión***

(1) *De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“Ya advertimos que en el art. 88 pareciera haber una imprecisión en cuanto a la pena del homicidio y lesiones por omisión, al menos, respecto del primero de estos ilícitos, dado lo razonado en la página 12, de lo que se desprende la voluntad de sancionarlo con pena menor que la del homicidio simple. Pero el texto propuesto se remite, sin más, a las penas del homicidio y las lesiones.”

(2) *Del Prof. Pedro Doren*

“La redacción del Art. 88 parece dar a entender que la pena para el delito omisivo (de omisión impropia) de homicidio y de lesiones será la misma asignada respectivamente, al homicidio y a las lesiones por acción. Pero, entendemos (por otros comentarios o fundamentaciones de la Secretaría), que la proposición sería la de sancionar las formas omisivas de homicidio y de lesiones con penas inferiores a las establecidas para esos delitos, en sus formas de acción. En el caso del delito de homicidio por omisión, se quiere sancionarlo con reclusión mayor en su grado mínimo: Así, por ejemplo, en el Tema 3, Fundamento, se lee: “Otra novedad en este artículo es la introducción de un inciso final que regula el homicidio a ruego, asignándole la misma pena que al homicidio por omisión, para impedir su castigo como homicidio calificado y aún como homicidio simple...”; y en el Tema 10, Fundamentos, se lee: “Como puede observarse, la pena así prevista para el aborto más grave, siendo un crimen, sólo es comparable con la del homicidio por omisión y no con la del homicidio simple, como sucede hoy en día”.

(3) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

Por último, entiendo que en estos supuestos la pena será la misma que en los delitos de homicidio y lesiones antes descritos, lo que lleva a cuestionar la recurrente alusión en las explicaciones de la propuesta a una supuesta atenuación de la pena en los delitos de omisión.



“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**c) Para corregir la redacción del art. 88, De la Prof. Silvia Peña**

“La fórmula “el que omite evitar” creo que podría reemplazarse por el giro más directo “el que no evite...””.

**d) Para agregar una atenuación facultativa a los delitos omisivos, Del Prof. Miguel Viveros**

“Preferiría reemplazar "especialmente" por "jurídicamente"... debería considerarse a mi juicio una atenuación facultativa de la pena”.

**e) Para agregar una referencia a la “posición de garante” en el art. 88,**

**(1) Del Prof. Fernando Londoño**

“¿No se definirán legalmente las fuentes de posición de garante o los casos en los que se está “especialmente obligado” a evitar un resultado?”

**(2) De la Profa. M. Villegas**

“Parece acertada la disposición del art. 88 que crea un tipo penal de comisión por omisión, en el que será considerado como autor de dicha omisión, al que estando obligado a hacerlo no evitare la muerte o lesiones de otro. No obstante se produce la duda respecto de quien no lo evitare no estando obligado a ello, esto es, el ciudadano común que pudiendo evitar un homicidio o unas lesiones no lo hiciere. A primera vista podría señalarse que dicha persona podría ser considerado cómplice en tales delitos, más ello no es adecuado porque las razones que pueden haber llevado a no evitar la muerte o las lesiones pueden ser múltiples: miedo, temor, indiferencia, etc. Además penar este tipo de comportamiento ampliaría la esfera de punibilidad extraordinariamente. De esta suerte *sería conveniente que el precepto especificara, al menos a título ejemplar, quienes están obligados a evitar la muerte o lesiones*, lo que podría ser por ejemplo señalando a aquel que tuviere la posición de garante respecto de la víctima.”

**f) Rechazando la pena asignada al homicidio imprudente (por excesiva), del Prof. Pedro Doren**

“La pena propuesta para el homicidio imprudente, de reclusión menor en su grado máximo, parece excesiva. Compáresela con la del Código Penal actualmente vigente (Art. 490, N° 1°: reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios); y adviértase que la referida pena propuesta para ese delito imprudente es la misma que se propone para el delito (doloso) de auxilio al suicidio. Pienso que sería más adecuada la pena de reclusión menor en su grado medio.”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**g) *Sobre el error en la designación de la pena para las lesiones imprudentes, en el art. 89, inc. primero***

(1) *De la Prof. Silvia Peña*

“Si se quiere mantener el tratamiento conjunto, la segunda parte, referida a las lesiones queda poco clara (otra razón más para preferir su tratamiento separado).”

(2) *Del Prof. Pedro Doren*

“No me queda en claro cuál es la pena propuesta para las lesiones imprudentes”

(3) *Del Prof. Álvaro Fernández*

No entiendo cuál es la penalidad a la que se remite la segunda parte del artículo 89 referida a las lesiones imprudentes.

(4) *Del Prof. Fernando Londoño*

Me parece que hay un error en la determinación de la pena para el caso de lesiones imprudentes. Se hace referencia a la “pena señalada en el artículo anterior”, en circunstancias que ella corresponde a la del delito omisivo de lesiones dolosas.

(5) *Del Prof. Gonzalo Medina*

El artículo 89 resulta de difícil comprensión. No es claro a que pena se alude en caso de lesiones imprudentes, ya que la referencia al artículo anterior es inconducente. Asimismo, no es claro si la pena que se aplicaría al caso de lesiones imprudentes tiene una relación con el resultado de las lesiones. Cuestión que, dado que el sistema de sanción del delito se estructura con base en el resultado producido por las lesiones, sería conveniente atender al momento de establecer la responsabilidad culposa.

**h) *Sobre la falta de calificación de la imprudencia, art. 89 inc. primero***

(1) *De los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“En cuanto al delito culposo del art. 89, creemos que debe caracterizarse de una mínima manera la conducta imprudente, en términos como, por ejemplo, “el que por imprudencia grave....” o alguna fórmula semejante.”

(2) *Del Prof. Felipe Caballero*

“El sistema escogido, al no exigir ningún tipo de adjetivización a la imprudencia (temeraria, inexcusable o culpable), amplía considerablemente el ámbito de las lesiones y homicidio culposo. En esta materia creo que es preferible conservar el sistema del CP vigente, que nunca castiga la simple culpa (a no ser que vaya acompañada de infracción

reglamentaria). De lo que se trata es que sólo aquella ausencia del debido cuidado más significativa – para el bien jurídico - pueda dar origen a la culpa penalmente relevante y no cualquiera.”

**i) *Sobre la redacción del inc. 2º del art. 89***

(1) *Respecto de la expresión “utilizando”, de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller*

“Respecto del empleo de “vehículo de tracción mecánica o animal”, sugerimos sustituir la fórmula “utilizando” por “por medio de...” a fin de una mayor claridad en cuanto al rol instrumental, de medio del vehículo, en la comisión del hecho culposo.”

(2) *Sobre la coordinación del texto con la Ley de Tránsito*

(a) *Del Prof. Felipe Caballero*

“Por otro lado el inciso 2º de este artículo 89 debe guardar coherencia, en cuanto a penalidad, técnica legislativa y referencias, con las disposiciones especiales contenidas en el artículo 196B la ley del tránsito (Nº 18.290). Lo anterior debería solucionarse adecuando la norma especial de la ley del tránsito a la que en definitiva se apruebe sobre homicidio y lesiones culposas.”

(b) *Del Prof. Gonzalo Medina*

En el mismo artículo 89 se regulan supuestos relacionados a la ley del Tránsito. No se explicita si tal regulación especial, en lo penal, será incorporada de forma completa en el Código o si sólo se trata de un caso de regulación especial de la materia a propósito de estos delitos.

(3) *Sobre la necesidad de equiparar, para los efectos de la calificación el estado de ebriedad con la influencia del alcohol,*

(a) *De la Prof. Silvia Peña*

“En cuanto al inciso segundo, hago presente que en enero se aprobó la Ley 19.925, que incorporó en la Ley del Tránsito el *delito de conducción bajo la influencia del alcohol* (la pena se gradúa de acuerdo con el resultado lesivo), el cual no aparece incluido en la propuesta. Teniendo en cuenta que el estado *legal* de embriaguez no pasa de ser una mera ficción, ya que está científicamente comprobado que con un porcentaje de alcohol en la sangre muy por debajo del gramo por mil, la capacidad de reacción ya está fuertemente disminuida, creo que el punto es importante.”

*(b) Del Prof. Gonzalo Medina*

“La diferencia entre estado de ebriedad e influencia del alcohol pareciera no tener relevancia en la norma propuesta, aplicándose sólo al primer caso. No es claro que este sea un propósito del proyecto.”

***j) Por excluir, en general, de la órbita punible a título de imprudencia, el “descuido profesional médico”, de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller***

“Se incorpora ,en cuanto a los facultativos, la misma regla del Código Español, que añade la pena de inhabilitación, haciéndoles aplicable el mismo tipo penal de imprudencia establecido de manera que nos parece excesivamente amplia. En este espinudo tema, deberíamos detenernos algo más en torno a la mantención de esta figura culposa tan abierta e imprecisa, teniendo en cuenta que se ha planteado en nuestro medio (Garrido Montt, Etcheberry) la conveniencia de excluir de la órbita punible el descuido profesional, manteniendo la sanción sólo en forma excepcional, para casos de suma gravedad, como p.ej., el abandono del paciente por un médico<sup>68</sup> .”

***k) Rechazando el artículo 90, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“Sería más apropiado regular la punibilidad de la tentativa en el mismo artículo 85 y 86. También parece innecesaria la cláusula de subsidiariedad final (idénticas observaciones se pueden reiterar respecto del artículo 95).”

***l) Para mejorar la redacción de la circunstancia N°1 del art. 91, de la Prof. Silvia Peña***

“Quizás la referencia a las cartas-bomba sea excesivamente casuística, por lo que no cubriría otras modalidades puestas en boga en los últimos tiempos, como las cartas conteniendo gérmenes de enfermedades infecciosas (por ejemplo, ántrax) o mediante gases venenosos (caso del gas sarín en el metro de Tokio o en un teatro de Moscú), los que, a mi modo de ver no quedarían cubiertos por la expresión “artifícios”, sinónimo de máquinas o artefactos.”

***m) Rechazando las agravantes de los números 2 y 3 del art. 91, del Prof. Fernando Londoño***

“No veo sólido el fundamento de las agravantes 2 y 3, [no obstante existir] un proyecto de ley que propone agravar penas de delitos cometidos con armas. Veo también un problema de concurso en el caso de la agravante de armas. En definitiva será aplicable sólo a los

---

<sup>68</sup> Nota de los Profs. Carlos y Karin Künsemüller: citan a “Etcheberry, “Tipos aplicables a la actividad médica”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 13, nro 2, Mayo-Agosto 1986, pág.271 y ss.; Garrido, “Responsabilidad médica”, Cuadernos Jurídicos 2, Primeras Jornadas de Derecho Médico, U. Central de Chile, 2000, pág. 47 y ss.)”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

casos de posesión lícita de armas (salvo que estén pensando en no tipificarlo como delito autónomo, cosa que ya es harina de otro costal).”

**n) *Sobre la necesidad de incorporar una definición de “armas” con relación al artículo 91 N° 2, de la Profa. M. Villegas:***

“Dicho problema dice relación con el concepto de arma de fuego, cortante o punzante. Ni siquiera en la ley 17.798 sobre control de armas se define a estos elementos, por lo que habría que hacerse cargo de la definición, existiendo, a mi parecer tres alternativas:

i) Definirlo en el Código Penal

ii) Definirlo en el texto de la ley 17.798 sobre control de armas, a la que debería hacer remisión expresa el Código Penal.

iii) Definirlo en el Reglamento de la ley 17.798 de control de armas, a la cual debería hacer remisión expresa dicha ley, y por consiguiente se entendería tácitamente la remisión del Código Penal.”

**o) *Contra la agravante específica de riña***

**(1) *De la Prof. Silvia Peña***

“Me llama la atención que la *riña* sea causa de agravación, en circunstancias que actualmente da lugar a figuras privilegiadas (por la dificultad de prueba).”

**(2) *Del Prof. Álvaro Fernández***

No estoy de acuerdo con la circunstancia agravante de riña o pelea del artículo 91 número 3. Es más, la concurrencia de esta circunstancia, en muchos casos, podría justificar aplicar una pena menor. Tiene enorme efecto esta agravante, pues es el caso más frecuente del homicidio simple, que ya vio incrementada su penalidad en este código.

**D. *Propuestas de redacción recibidas***

No hay.

**E. *Redacción aprobada por el Foro Penal***

**§ 4 Disposiciones comunes a los tres párrafos anteriores**

**Art. 88. El que imprudentemente mate a otro será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo.**

**El que imprudentemente lesione a otro sufrirá la pena inmediatamente inferior en grado a la correspondiente a las lesiones respectivas.**

**Si el homicidio o las lesiones se cometen por la conducción imprudente de un vehículo, nave o aeronave de cualquier clase, se impondrá, además, la pena de inhabilitación para conducir dichos vehículos, naves o aeronaves en su grado máximo, tratándose del homicidio, y en sus grados mínimo a medio tratándose de lesiones. Si en los casos de este inciso el delito se comete en estado de ebriedad, bajo la influencia del alcohol o de**

**sustancias estupefacientes o psicotrópicas, todas las penas aplicables se impondrán en su *máximum*.**

**Si los delitos de que trata este artículo fueran cometidos por un facultativo en el ejercicio de su profesión, podrá imponerse, en casos graves, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la misma en cualquiera de sus grados.**

***Art. 89.* El que dolosa o imprudentemente no evita la muerte o las lesiones de otro, pudiendo hacerlo y encontrándose obligado a ello, será condenado como autor de los respectivos delitos de homicidio y lesiones, dolosos o imprudentes, comprendidos en los artículos anteriores.**

***Art. 90.* La tentativa y la frustración de los simples delitos de lesiones comprendidos en los artículos 85, *Nuevo*, y en el número 2 del artículo 86 son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicará la pena de este último.**

***Art. 91.* En los delitos contemplados en el párrafo 1 de este Título, se estimarán como circunstancias agravantes:**

- 1. Cometerlos a través de cartas o encomiendas explosivas u otros medios que puedan ocasionar estragos o dañar a otras personas; y**
- 2. Cometerlos con armas de fuego.**

#### **F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto**

1. Se invierte el orden de los artículos 88 y 89, para comprender en este último las lesiones u homicidios imprudentes, cometidos por omisión. Además, se agrega a dicho artículo expresamente la referencia a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, para evitar todo problema práctico de interpretación.
2. Se corrige el error de individualización de la pena que contenía el inc. 1° del art. 89, que pasa a ser 88.
3. En el inc. 2° del art. 89, que pasa a ser 88, se acepta la proposición de la Prof. Peña, por la equiparación, para efectos de la calificante en los delitos imprudentes, del manejo en estado de ebriedad con el que se realiza bajo la influencia del alcohol, por sus propios fundamentos. Se agrega expresamente la mención a las naves y aeronaves y, en general, a toda clase de vehículos, para evitar problemas de interpretación.
4. En el N° 1 del art. 91: Se acepta la proposición de la Prof. Peña, para mejorar la redacción propuesta, cambiando la expresión “artifícios” por “medios”, por sus propios fundamentos, y eliminando la expresión “envío”, por innecesaria.
5. Se reduce el ámbito de aplicación de la agravación únicamente a los homicidios del párrafo 1, por cuanto se repite en su contenido con el artículo Nuevo, referido a las lesiones peligrosas.

**Tema 9. Aborto. Encabezado**

**A. Texto propuesto**

**... TÍTULO II**

**DEL ABORTO, LAS LESIONES AL FETO Y LA MANIPULACIÓN GENÉTICA**

**§ 1 Del aborto**

**B. Fundamento**

Como ya se adelantara, se propone un Título y párrafo independiente para los delitos de aborto – junto a los de lesiones al feto y de manipulación genética –, que no prejuzgue la complicada discusión filosófica y política involucrada en la distinción entre la vida del que está por nacer y la del ser humano “puesto en el mundo”.

En el orden sistemático, como se señala en *Politoff/Matus/Ramírez*<sup>69</sup>, “hay acuerdo entre nosotros en que el bien jurídico protegido en las figuras del *aborto*, es la *vida del que está por nacer*, esto es, la vida humana dependiente, que se sitúa en un continuo previo a la protección que a la vida humana independiente dispensa el Código a través de las distintas formas de homicidios punibles. Por lo mismo, resulta ahora extraña la ubicación que en la geografía del Código le dio la Comisión Redactora –apartándose con ello del modelo español–, a esta clase de delitos, situándolos en sus arts. 342 y sigts., entre las figuras relativas al *orden de las familias y la moralidad pública*<sup>70</sup>”.

Sin embargo, en cuanto a la configuración de los tipos penales, en el texto propuesto no se hace otra modificación a la sistemática del código que la incorporación del actual art. 343 como un número 4 del artículo que regula el aborto causado por terceros.

**C. Observaciones recibidas**

No hay. Ver observaciones sistemáticas de la Prof. Silvia Peña, en el tema 1.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**TÍTULO II**  
**DEL ABORTO**

---

<sup>69</sup> Cfr. *Politoff/Matus/Ramírez, Lecciones PE*, en prensa.

<sup>70</sup> Categórico, LABATUT/ZENTENO II, 126.

## **F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto**

Se eliminan las referencias a las lesiones al feto y la manipulación genética del encabezado del título, atendido que el castigo de las primeras se rechazó en las reuniones del Comité Directivo con la Secretaría Técnica, donde además, respecto del segundo grupo de delitos, se estimó que su regulación no correspondía en esta parte del código, atendido el peligro común de los hechos que se pretendían regular.

### **Tema 10. Aborto causado por terceros**

#### **A. Texto Propuesto**

... *Art. 92. El que cometa un aborto será castigado:*

- 1. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si ejerce violencia o intimidación en la persona de la mujer embarazada.*
- 2. Con la de reclusión menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obre sin consentimiento de la mujer o lo obtenga mediante engaño.*
- 3. Con la de reclusión menor en su grado medio, si la mujer consiente.*
- 4. Con la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si con violencias ocasiona un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le consta.*

#### **B. Fundamentos**

El artículo 92 propuesto recoge los mismos casos de aborto causado por terceros contemplados en el art. 342 actual con su misma valoración penal, con la sola salvedad de incluir como N° 4 el aborto del art. 343, agregando especificaciones menores en los números 1 (se recoge la posición dominante sobre el desvalor de la violencia moral<sup>71</sup>) y 2 (se incluye expresamente la obtención de un consentimiento viciado)<sup>72</sup>. El tratamiento penal que se dispensa a todas estas clases de aborto es al que hoy en día prevé el Cp, en los respectivos casos.

Como puede observarse, la pena así prevista para el aborto más grave, siendo un crimen, sólo es comparable con la del homicidio por omisión y no con la del homicidio simple, como sucede hoy en día.

Al igual que hoy en día, se prefiere no hacer una definición de la expresión “aborto”, reemplazando únicamente la expresión “causare” por “cometiere”, que es la empleada en la Parte General junto a la de “perpetración”. Las dificultades de entrar en una discusión de

---

<sup>71</sup> Porlitoff/Bustos/Grisolía, p. 150s, Garrido Montt III, p. 108.

<sup>72</sup> La regulación expresa del castigo del aborto con consentimiento obtenido irregularmente, aparece en términos similares en el art. 144, inc. final, del CP Español de 1995



esta naturaleza son de sobra evidentes en nuestro actual estadio de desarrollo cultural y jurídico<sup>73</sup>.

También se elimina la expresión “maliciosamente”, cuyo significado ha provocado más de una discusión<sup>74</sup> y, además, parece incompatible con la incorporación del nuevo número 4 (actual art. 343 Cp) al tipo de aborto cometido por extraños.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Para ampliar la tipicidad del aborto y aumentar en general sus penas, del Prof. Fernando Londoño*

Sería muy partidario de aclarar legalmente que hay aborto cuando se destruye la vida de un embrión preimplantado (problemática del levonorgestrel y abortivos que impiden anidación, destrucción de embriones in vitro). En este contexto, propondría – al menos – reemplazar las referencias a “mujer embarazada” por la expresión “mujer” (en art. 92 N° 1 y 93).

En cuanto a la atenuación en favor de la madre, propondría un esquema distinto: presidio menor en su grado mínimo en caso de concurrir una situación de exigibilidad disminuida a su respecto (con un efecto atenuatorio más fuerte que el que procedería conforme a las reglas generales); y presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo de no concurrir tal circunstancia (ver razones abajo, referidas a la pena única).

Elevaría sustancialmente las penas para los casos de aborto doloso cometido por terceros; en este contexto, podría proponerse una pena única de presidio mayor en su grado mínimo, omitiéndose la distinción según si hay violencia o consentimiento de la mujer (en cuanto al alza de pena, considérese la elevación de penas para el homicidio, decisión que debería ser también vinculante en este plano); considero que en sede de determinación judicial puede bien apreciarse el plus de desvalor que implican el ejercicio de violencia contra la madre y, en las dos primeras hipótesis, el atentado al derecho a la maternidad. En cuanto a la pena para la madre (quien en rigor es también un tercero), puede aceptarse una leve excepción en su favor por considerarse siempre concurrente (presunción de derecho) algún grado de exigibilidad disminuida (estados emocionales, etc.), amén de no incidir nunca la cuestión del “derecho a la maternidad” como factor agravatorio; lo anterior, salvo por cierto el caso antes citado de concurrencia (probada) de una exigibilidad disminuida;

Nota: la pena única, que puede considerarse como “escandalosa”, creo se justifica desde que, en mi concepto, la criatura (embrión o feto) – aunque físicamente dependiente de la madre (como lo puede ser cualquier adulto respecto al cosmos en general) – no lo es desde un punto de vista existencial. La pena para quien mata a un niño de 1 año debe ser – al menos en abstracto – siempre la misma, haya o no contado el homicida con el “consentimiento” de la madre (pues es un consentimiento jurídicamente irrelevante); de otra forma, ¿el sicario mandatado por un progenitor merece siempre menos pena que uno mandatado por un extraño? No creo que la tan mentada dependencia física sea

---

<sup>73</sup> Sin siquiera entrar a la discusión filosófica, la jurídica puede verse en los fallos que cita Etcheberry DPJ I, 343ss.

<sup>74</sup> Cfr. Politoff/Bustos/Grisolia, p. 148s.

jurídicamente determinante. No veo diferencias (cualitativas) jurídicamente relevantes entre un embrión, un niño, un adulto o un anciano. ¿Cuál es el fundamento de la protección que el Derecho les tributa? Si el fundamento no radica también en “algo” “inmanente” a ellos – algo que no tiene estrictamente que ver con el hecho de haber nacido, de haber establecido relaciones sociales, contraído obligaciones, administrado bienes, de ser socialmente útil, en definitiva – no veo cuál puede ser la fuente de tal protección; a menos que, definitivamente, aceptemos que las razones son exclusivamente “político criminales”...y aquí estamos ya en un terreno peligroso... ¿pues qué sucederá cuando el homicidio de un ser socialmente abandonado (un mendigo, por ejemplo) no le planteo problemas “político criminales” a nuestra sociedad; ha sucedido en el pasado... lamentablemente y, francamente, no veo que el caso sea diverso al del aborto (en definitiva, el “límite” lo traza el poder; una cuestión de fuertes contra débiles). ¿En honor a “qué” nos oponemos entonces a tales homicidios? Es una cuestión de razón. El positivismo ha reducido la realidad a su dimensión “palpable”: ha reducido el signo a apariencia; y esta reducción es contraria a la razón.

En cuanto al origen de la vida humana, es absolutamente imposible hacerse cargo aquí de ello; sólo diría que, tanto sobre la base del especismo como del sustancialismo, cabe apreciar vida humana desde la fecundación de un óvulo con un espermio. Cualquier otro criterio resulta meramente convencional.

**b) *Sobre la necesidad de no castigar penalmente el aborto consentido y, en subsidio, rebajar su pena, de la Prof. M. Villegas:***

“En cuanto al *aborto con consentimiento y el autoaborto*, me manifiesto contraria a su punición, por razones de política criminal que dicen relación con los motivos que llevan a una mujer a abortar: incapacidad económica para sustentar al hijo que está por nacer, trastorno psicológico de la madre, malformación del feto, etc. A ello se suma la propiedad que tiene la mujer sobre su cuerpo. Los propios fundamentos del proyecto lo señalan para avalar la rebaja de pena en el autoaborto. De esta forma no se entiende el por qué de la mantención de esta figura atendidas las razones expuestas.

“Sin embargo, como aparece tipificado en el art. 92 N° 3 y en el art. 93, en mi opinión, la pena aplicable al tercero y a la madre debería reducirse al mínimo posible, debiendo ser la de prisión en su grado máximo para el tercero y la de prisión en su grado medio para la madre.”

**c) *Sobre el rechazo a la expresión “cometer” de la Prof. Silvia Peña***

“Creo advertir una cierta impropiedad al hablar de *cometer* un aborto, porque esta expresión no sólo denota un delito, sino también un proceso fisiológico espontáneo, sin intervención de persona alguna. En consecuencia, creo que lo correcto sería decir “el que provoque un aborto”.

**d) Para mejorar la redacción del N° 4 del art. 92, del Prof.  
Miguel Viveros**

En Art. 92 Nro. 4 debe modificarse la expresión "aun cuando" por "siempre que", según lo ha enfatizado la doctrina nacional<sup>75</sup>.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 92. El que comete un aborto será castigado:**

- 1. Con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si ejerce violencia o intimidación en la persona de la mujer embarazada.**
- 2. Con la de reclusión menor en su grado máximo, si, no ejerciéndola, obra sin consentimiento de la mujer o lo obtiene mediante engaño.**
- 3. Con la de reclusión menor en su grado medio, si la mujer consiente.**
- 4. Con la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, si con violencias ocasiona un aborto, siempre que no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le conste.**

**F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto**

Se realizaron cambios de carácter puramente técnico (p. ej., cambiar la expresión “aún cuando” por “siempre que”, de acuerdo a las opiniones vertidas por los miembros del Comité Directivo y quienes participaron en las reuniones preparatorias de la Secretaría Técnica.

**Tema 11. Autoaborto**

**A. Texto Propuesto**

**... Art. 93. La mujer embarazada que comete su aborto o consiente que otra persona se lo cometa, será castigada con reclusión menor en su grado mínimo a medio.**

**B. Fundamentos**

Se reproduce el actual artículo 344, modificándose la penalidad prevista a fin de evitar la grave desproporción que importa la mayor pena dispuesta para la mujer en el actual código, respecto del tercero que comete un aborto consentido (art. 342 N° 3); y estableciéndose, además, una pena derechamente inferior a la mujer que comete su aborto, de acuerdo con

---

<sup>75</sup> Nota del Prof. Viveros: cita el texto Politoff/Bustos/Grisolía, Derecho Penal Chileno, pág. 214

las valoraciones sociales vigentes, que suponen la existencia de una situación excepcional en la mujer que aborta.

Por lo mismo, resultaba innecesaria una rebaja como la prevista para el actual referencia al aborto *honoris causa* u otras que se han sugerido en la doctrina<sup>76</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Para eliminar la expresión “embarazada” y aumentar la pena, del Prof. Fernando Londoño*

“Propondría suprimir expresión “embarazada” (en cuanto a la pena, ver [sugerencias del art. 92])”

#### b) *Sobre la necesidad de no castigar penalmente el autoaborto y, en subsidio, rebajar su pena, de la Prof. M. Villegas:*

“En cuanto al *aborto con consentimiento y el autoaborto*, me manifiesto contraria a su punición, por razones de política criminal que dicen relación con los motivos que llevan a una mujer a abortar: incapacidad económica para sustentar al hijo que está por nacer, trastorno psicológico de la madre, malformación del feto, etc. A ello se suma la propiedad que tiene la mujer sobre su cuerpo. Los propios fundamentos del proyecto lo señalan para avalar la rebaja de pena en el autoaborto. De esta forma no se entiende el por qué de la mantención de esta figura atendidas las razones expuestas.

“Sin embargo, como aparece tipificado en el art. 92 N° 3 y en el art. 93, en mi opinión, la pena aplicable al tercero y a la madre debería reducirse al mínimo posible, debiendo ser la de prisión en su grado máximo para el tercero y la de prisión en su grado medio para la madre.”

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay.

### E. Redacción aprobada por el Foro Penal

***Art. 93. La mujer embarazada que comete su aborto o consiente que otra persona se lo cometa, será castigada con reclusión menor en su grado mínimo a medio.***

---

<sup>76</sup> Politoff/Bustos/Grisolía, p. 163.

## **Tema 12. Aborto agravado del facultativo**

### **A. Texto Propuesto**

... **Art. 94. El facultativo que, abusando de su oficio, comete el aborto o coopera a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 92, y en la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo.**

### **B. Fundamentos**

Parece no ser discutida entre nosotros la existencia de esta agravación<sup>77</sup> que, si bien se suprimió en el Cp español de 1995, permanece en su art. 144 en la forma de pena copulativa de inhabilitación (sólo aplicable a los facultativos, evidentemente), modelo que se sigue en esta propuesta<sup>78</sup>, para evitar que por la vía mecánica del aumento en un grado del actual art. 345, la pena prevista por la ley para este delito llegue a ser igual que la establecida para el homicidio simple.

### **C. Observaciones recibidas**

#### **a) *Para aumentar la pena, del Prof. Fernando Londoño***

“Art. 94. Propuesta de modificación de pena (hacia el alza): ver sugerencias del art. 92.

### **D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

### **E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 94. Al facultativo que, abusando de su oficio, comete un aborto o coopera a él, se le impondrá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 92, y en la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo.**

---

<sup>77</sup> Cfr., argumentos en su favor, en Garrido Montt III, p. 116s.

<sup>78</sup> No se puede tomar en cuenta, en este punto, la regulación alemana, que considera detalladamente los casos y formas de práctica de aborto voluntario impune (§§218ss)

**Tema 13. Formas especiales de aparición del delito (tentativa y frustración)**

**A. Texto propuesto**

... **Art. 95. La tentativa y la frustración de los simples delitos comprendidos en los artículos anteriores de este párrafo son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicara la pena de este último.**

**B. Fundamento**

El articulado propuesto asume la conveniencia de castigar penalmente la tentativa y frustración de los simples delitos de aborto, tal como es hoy en día. La fórmula de subsidiariedad expresa de la parte final del artículo permitirá resolver los concursos con las figuras de lesiones al feto que se establecen más adelante.

El artículo se redacta en cumplimiento del mandato del artículo 5° de la Parte General ya aprobada por el Foro.

Sin embargo, no se sanciona el aborto imprudente, debido al alto riesgo de convertir toda pérdida en un juicio criminal; ni el cometido por omisión, supuestos que llevarían a iniciar un proceso criminal por cada pérdida detectada en un Hospital Público.

**C. Observaciones recibidas**

- a) *Sobre la necesidad de no castigar penalmente la tentativa y frustración del aborto consentido y del autoaborto de la Prof. M. Villegas:*

“En mi opinión, por las razones antes expresadas<sup>79</sup>, no debería existir tentativa y frustración en el caso del aborto causado por terceros con consentimiento de la mujer, ni en el autoaborto”.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 95. La tentativa y la frustración de los simples delitos comprendidos en los artículos anteriores de este párrafo son punibles, a menos que constituyan un delito más grave, caso en el cual sólo se aplicará la pena de este último.**

---

<sup>79</sup> Nota de la Secretaría Técnica: La autora se refiere a su opinión respecto de la punición de sus formas consumadas, v. Observaciones a los Temas 11 y 12.

**Tema 14. No regulación del aborto terapéutico ni de causales diferentes de aborto permitido**

**A. Fundamentos**

El Proyecto no considera regular estas materias, por la evidente disparidad de criterios existentes en el seno de nuestra comunidad en este momento, entendiendo que los verdaderos casos de aborto terapéutico se encuentran firmemente resguardados por la justificante genérica de ejercicio legítimo de la profesión, y que la discusión acerca de un sistema de indicaciones o plazos corresponde a una discusión de carácter nacional, que puede traducirse, si acaso, en una ley especial (como en España).

**B. Observaciones recibidas**

**a) *Proponiendo introducir un sistema de indicaciones, de la Prof. M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez***

Se sugiere incorporar expresamente una causa de exención de responsabilidad penal, ya que se considera punible esta conducta, para los caso que la mujer embarazada cometa su aborto o consienta en que se lo efectúen:

1º si ha quedado embarazada como consecuencia de una violación

2º casos en que la vida de la madre o del feto puedan sobrevivir al estado de embarazo

Se tiene presente que si bien en estas materias son aplicables las reglas generales sobre causas de justificación, sería conveniente zanjar la discusión haciendo la salvedad de que se entiende sin perjuicio de las reglas generales, para no provocar una restricción en cuanto a la aplicación de las mismas.

**b) *Proponiendo regular el aborto terapéutico, de la Prof. M. Villegas:***

“El Proyecto no considera regular[lo], en circunstancias que sería conveniente hacerlo, para no dejar dudas respecto de la permisión de este tipo de aborto.

Se argumenta que los casos de aborto terapéutico se encuentran resguardados por la justificante genérica de ejercicio legítimo de una profesión. En mi modesta opinión, esto me parece insuficiente si queremos salvaguardar la vida de la madre, que sería el bien jurídico protegido en la figura in comento. Sin ánimo de lege ferenda, considero que el Proyecto debiera contemplar expresamente este tipo de aborto, tal vez siguiendo el modelo español, quien lo regula a través del Real Decreto 409/1986 de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción del embarazo.”

**c) *Proponiendo introducir un sistema de plazos, del Prof. Gonzalo Medina***

“No parece razonable mantener el mismo sistema de punición de la figura del aborto que la actual legislación contempla, con la justificación de ser esta una materia discutible que

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

preferentemente ha de ser regulado por legislación especial y, acto seguido, regular con una menor penalidad el homicidio a petición, cuestión no menos conflictiva. Sería congruente regular ambas situaciones.

Cualquier propuesta que se realice a fin de establecer un adecuado balance entre la protección del que esta por nacer y el derecho de autodeterminación reproductiva será un avance respecto de la actual situación. Modelos de derecho comparado sobran a fin de buscar una regulación apropiada y debiera ser una cuestión a resolverse en el foro la adopción de un modelo determinado, considerando preferible el modelo de plazo.”

### C. Propuestas de redacción recibidas

No hay.

## Tema 15. Lesiones al feto

### A. Texto Propuesto

... § 2 De las lesiones al feto

**Art. 96.** El que lesione al feto durante su gestación será castigado con la pena de reclusión menor en mínimo.

Cuando dichas lesiones produzcan después de su nacimiento algunos de los efectos señalados en el número 1 del artículo 86, la pena aplicable será la prevista en ese caso, rebajada en un grado.

**Art. 97.** El facultativo que lesione al feto sufrirá, además de las penas señaladas en el artículo anterior, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo.

El facultativo que imprudentemente lesione al feto, sufrirá las penas señaladas para los respectivos casos en el artículo anterior, rebajadas en un grado, y la de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado medio.

### B. Fundamentos

El artículo propuesto viene a llenar el sensible vacío existente en la materia, tanto entre nosotros<sup>80</sup> como en la regulación española que había servido de modelo a la Comisión Redactora<sup>81</sup>.

La pena propuesta es proporcional a la de los restantes delitos de aborto, considerando además el *plus* del efecto de dichas lesiones en la vida de la persona ya nacida<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, en prensa.

<sup>81</sup> Cfr. José Manuel Valle Muñiz, *Comentario al Tit. IV L.II Cp 1995*, en Gonzalo Quintero Olivares (Dir.) y otros, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1999, p. 118.

<sup>82</sup> Se desestima así el sistema adoptado en el Cp español de 1995 que, además de farragoso, no parece aportar mejores soluciones: **Artículo** 157. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión



**C. Observaciones recibidas**

**a) *Para aumentar las penas, del Prof. Fernando Londoño***

“Aplaudiendo la idea de legislar en lo pertinente, simplemente elevaría en un grado la pena del inciso primero del artículo 96”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Acuerdo del Foro Penal**

***Se elimina completamente, por estimarse inconveniente su punición.***

**Tema 16. Manipulación genética**

**A. Texto Propuesto**

... § 3 De los delitos relativos a la manipulación genética

***Art. 98. Será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, conjuntamente con las de inhabilitación absoluta para cargos y oficios público, especial para el ejercicio de profesiones vinculadas al área de la salud, y para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, todas en su grado máximo, el que utilice medios tecnológicos para:***

- 1. Alterar el genotipo de la especie humana,***
- 2. Formar artificialmente seres humanos por clonación u otro procedimiento similar,***
- 3. Fecundar artificialmente óvulos humanos fuera de un procedimiento de fecundación asistida consentido por los dadores de los gametos utilizados en ello.***

**B. Fundamentos**

Es un hecho que hoy en día nos enfrentamos a las posibilidades de *manipulación genética* que se contemplan, por ejemplo, en el Código penal español de 1995<sup>83</sup>. Sin embargo, es evidente también que entre nosotros esta materia carece de regulación, seguramente por la

---

o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

<sup>83</sup> Así los arts.160 a 162 CPE 1995 (Cfr. al respecto, la Memoria de Prueba de Crisitián BARRIENTOS G.: *Delitos relativos a la manipulación genética en el derecho comparado y la situación de la legislación chilena actual en torno al tema*, Universidad de Talca 2002, *pássim*).

aparente carencia de medios técnicos para actuar a nivel genético. Sin embargo, creemos necesaria una regulación que permita prever esta clase de delitos en el futuro.

A falta, por tanto, de mejores experiencias, y estimando que deben tener un reconocimiento siquiera simbólico los bienes personales y colectivos en juego, particularmente la *identidad genética y el derecho a la individualidad*, por una parte, y la *inalterabilidad del patrimonio genético de la especie* e incluso la *necesidad de protección de la supervivencia de la especie humana*, por otra<sup>84</sup>, hemos adoptado aquí un texto basado en los artículos 157 a 161 del Código español vigente<sup>85</sup>, con las alteraciones de redacción y penalidad que nos han parecido conciliables con el estilo y la proporcionalidad de las descripciones y penas de este proyecto.

Se propone castigar así, utilizando la técnica de los delitos de resultado cortado, la alteración del genotipo, la clonación y la fecundación artificial no consentida. La técnica empleada se justifica para posibilitar el castigo anticipado de conductas cuya materialización puede llevar a enormes paradojas, principiando por el establecimiento del *status* del ser alterado genéticamente, clonado o creado para un fin distinto de la fecundación artificial. Naturalmente, se utilizan expresiones cuyo sentido es aprehensible por la comunidad y permita comprender las expresiones técnicas aplicables ahora y en el futuro.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Para penalizar la destrucción de óvulos fecundados no implantados, del Prof. Fernando Londoño*

“En base a los argumentos expuestos en las [observaciones al art. 92] y únicamente porque la *fecundación artificial* importa – por decirlo de manera eufemista – un peligro concreto

---

<sup>84</sup> Valle Muñiz, *Comentario*, p. 129.

<sup>85</sup> Artículo 159. 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

Artículo 160. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

Artículo 161. 1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Artículo 162. 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

para la vida de los embriones (sabido es que se destruyen todos los no implantados, que son la mayoría), no comparto la propuesta contenida en el N° 3 del art. 98. Debo aclarar que no propongo la penalización de la *fecundación artificial consentida*. Simplemente planteo la penalización de la destrucción de los embriones in vitro (si la ciencia no está en condiciones de asegurar la vida, la legalización de sus avances debe esperar). Si ello se logra en el contexto del aborto, no hago cuestión del tipo en comento. Sin embargo, de aprobarse una tipología de aborto como la propuesta originalmente, lo que en este contexto la redacción de la Secretaría estaría proponiendo es, a contrario sensu, la legalización de toda forma de fecundación artificial consentida. Si no se logra despejar el tema en el marco del aborto, cabría establecer aquí un tipo que sancione penalmente la *fecundación artificial consentida que infrinja lo dispuesto en la ley o reglamento respectivo* (normas que a su vez deberían prohibir, por ejemplo, la fecundación de embriones supernumerarios).”

**b) Rechazando la regulación penal de la materia, del Prof. Gonzalo Medina**

“El artículo 98 de la propuesta sanciona una serie de conductas relacionadas con lo que aquí se denomina manipulación genética. La regulación penal de esta materia es claramente compleja y su necesidad discutible. Los mismos fundamentos de la propuesta expresan razones simbólicas para la sanción de las conductas ahí descritas.

Las razones simbólicas pueden contribuir a fundar la necesidad de regular penalmente una materia, pero es claro que no pueden ser las únicas razones que originen la respuesta penal.

La existencia de funciones simbólicas es inherente al derecho penal, pero éste no puede desarrollarse sólo con base en finalidades simbólicas.

La invocación de abstracciones tales como la “inalterabilidad del patrimonio genético de la especie” o “la necesidad de protección de la especie humana” que dudosamente pueden ser objetos de tutela penal en una concepción liberal del derecho penal, como la que pareciese inspirar tanto al Código actual como a la propuesta que se formula, no pueden justificar el recurso a la sanción penal sin más.

Esta materia sería conveniente extraerla de la regulación del Código Penal, pues aquí si resulta apropiada una discusión que pueda dar origen a una regulación especial de la materia.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Acuerdo del Foro Penal**

**Se estima por los participantes en las reuniones de la Secretaría Técnica que los delitos que aquí se plantean corresponden a figuras de peligro común, que no corresponden al título que se trata y que deben dejarse para discusión posterior, como el genocidio.**

**Tema 17. Abandono de personas desvalidas y omisión de socorro.**

**A. Texto propuesto**

...

**TÍTULO III**

**DEL ABANDONO DE PERSONAS DESVALIDAS Y LA OMISIÓN DE SOCORRO**

**Art. 99.** El que abandone a un niño menor de diez años, o a su cónyuge o a un ascendiente o descendiente enfermo o imposibilitado, será castigado con reclusión menor en su grado medio.

Si el abandono se hace fuera del radio urbano de una ciudad o población, la pena será de reclusión menor en su grado máximo.

No constituye abandono la exposición ni la entrega de un menor o de una persona desvalida al cuidado de una institución pública o de beneficencia.

**Art. 100.** El que no socorre o auxilia a un menor de diez años abandonado fuera del radio urbano de una ciudad o poblado, o a cualquier otra persona que allí se encuentre herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pueda hacerlo sin detrimento propio, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial en su grado medio para el cargo público que ejerza, al funcionario de los servicios de salud, de Carabineros o de las Fuerzas Armadas que incurra en alguna de las omisiones sancionadas en este artículo.

**B. Fundamentos**

Se propone reunir en este título los dos principales delitos de peligro para la vida y la salud individual actualmente existentes, simplificando su redacción actual.

Así, respecto del *abandono de personas*, puede decirse con Etcheberry que “a pesar del gran interés en doctrina por la variedad de problemas que plantea en relación con temas de teoría general del delito”, la enojosa casuística de los artículos 347ss CP, no ha dado origen a nutrida jurisprudencia y “puede decirse, en general, que no es un delito de frecuente ocurrencia práctica”<sup>86</sup>.

En cuanto a simplificar y elevar a la categoría de simple delito las actuales faltas del art. 494 N° 13 y 14, éste es un reclamo constante de nuestra doctrina<sup>87</sup>, que aquí se recoge sin alternativa, habiéndose eliminado las faltas del Proyecto.

La novedad que se introduce respecto de la omisión de socorro es la agravación dispuesta para las personas que ejercen cargos públicos, consistente en agregar una pena de

---

<sup>86</sup> Etcheberry, DPJ III, 173.

<sup>87</sup> Garrido Montt III, p. 242.

inhabilitación, que importan una obligación mayor que la solidaridad que puede exigirse al común de los ciudadanos<sup>88</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Para rebajar la penalidad del abandono de niños y personas desvalidas, de la Prof. M. Villegas*

“La acción tendrá lugar si se abandona al niño sin haberse asegurado que ha sido recogido, o sin tener la certidumbre que será recogido inmediatamente<sup>89</sup>. Luego, se trata de una figura de peligro, por lo que no es conveniente asignar una pena tan elevada, como es la reclusión menor en su grado máximo. Por ello es que, sin ánimo de lege ferenda, modestamente estimo que para el caso del abandono de niños y personas desvalidas fuera del radio urbano, la pena podría ser la *reclusión menor en su grado medio*. En cuanto al *abandono de niños y personas desvalidas simple*, en concordancia con lo anterior la pena debería ser la *reclusión menor en su grado mínimo*.”

#### b) *Para aumentar el supuesto de hecho de la omisión de socorro, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“Creo que, además de elevar a la categoría de simple delito la actual falta de omisión de socorro, es necesario ampliar el supuesto de hecho. En especial, la restricción a que la persona en peligro se encuentre fuera del radio urbano de una ciudad o poblado no tiene el mismo sentido que tenía al ser redactado originalmente la norma. En la actualidad, los peligros y el abandono dentro de las grandes e impersonales ciudades puede ser mayor que en otros lugares. Por lo tanto, la misma obligación de solidaridad implica hoy exigencias distintas que las de antaño.

La redacción del artículo, en consecuencia, habría de ser más simple, en la línea de lo dispuesto en otras legislaciones. Así por ejemplo, en el CP Español, art. 195: “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros...”, o en el CP Argentino, art. 131 “El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro...”.”

#### c) *Para agregar en la redacción de la omisión de socorro una referencia a la Policía de Investigaciones, de la Prof. M. Villegas*

“La novedosa causal de agravación respecto de personas que ejercen cargos y oficios públicos, resulta del todo loable. No obstante parece ser ella insuficiente en cuanto a las

---

<sup>88</sup> De algún modo esta mayor responsabilidad se encuentra reconocida en los artículos 102 y 112 del D.L. 2.222 (Ley de Navegación), que establece la pena adicional de “concelación del título” de Capitán al que, ejerciendo este cargo, no socorriere a otras naves en peligro o a las personas víctimas de un abordaje en que participe su nave.

<sup>89</sup> POLITOFF-GRISOLÍA-BUSTOS, *Derecho Penal chileno. Parte Especial.*, Edit. Jurídica, 1993, p.266.

personas allí nombradas. Es la opinión de esta profesora informante que debería haberse incluido también a los funcionarios de la Policía de Investigaciones dado que cumplen funciones similares a las de Carabineros de Chile, no existiendo razón para privarlos de esta agravación que se traduce en una inhabilitación. No ocurre lo mismo con los funcionarios de Gendarmería de Chile, cuya función reside en la custodia de los presos.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**TÍTULO III**

***DEL ABANDONO DE PERSONAS DESVALIDAS Y LA OMISIÓN DE SOCORRO***

***Art. 99. El que abandone a un niño menor de diez años, o a su cónyuge o conviviente o un ascendiente o descendiente enfermo o imposibilitado, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo.***

***No constituye abandono la exposición ni la entrega de un menor o de una persona desvalida al cuidado de una institución pública o de beneficencia.***

***Art. 100. El personal de los servicios públicos o privados de salud, de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería de Chile o de las Fuerzas Armadas que, estando en servicio, no socorra o auxilie a un menor de diez años abandonado o a cualquier otra persona que se encuentre gravemente herida o en peligro de perecer, cuando pueda hacerlo sin detrimento propio, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo, y de inhabilitación especial en su grado medio para el cargo público que ejerza.***

**F. Fundamento de los cambios realizados al texto propuesto**

Se aceptaron en lo medular las sugerencias de las Prof. Myrna Villegas y Magdalena Ossandón, y las formuladas en el seno de la Secretaría Técnica por los Prof. Mario Garrido, Enrique Cury y Álvaro Fernández, en orden a reducir el ámbito de los sujetos activos de la omisión de socorro sólo a funcionarios especialmente obligados a ello, mientras estén en servicio.

En la discusión del Foro, se agregó al conviviente entre quienes podían ser castigados por abandono de personas desvalidas y la redacción se adecuó a dicho agregado, siguiendo el modelo del actual art. 352 CP.

## **Unidad 2. Delitos contra la Libertad, Seguridad, Honor e Intimidad**

### **Tema 1. Delitos contra la libertad y seguridad. Encabezado**

#### **A. Texto propuesto**

### *TÍTULO V*

### *DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS*

#### *§ 1. Del secuestro, la sustracción de menores y otras detenciones ilegales*

#### **B. Fundamentos**

Se ha tomado para nombrar el título parte del epígrafe del actual § 3 del Título III del Libro Segundo CP, por parecer una denominación adecuada, ya que difícilmente puede decirse que sólo la libertad es lo que se protege en las disposiciones que lo forman (es más, en algunos esto es hasta discutible)<sup>90</sup>. El título está compuesto por cuatro párrafos, el primero dedicado al secuestro y a otras formas de detención ilegal, el segundo al tráfico de personas, el tercero a la tortura y el cuarto a las amenazas y coacciones. Como se ve, se agrupan materias que actualmente se encuentran dispersas. La protección penal que se debe a otras manifestaciones de la libertad, como las libertades de reunión, de trabajo, etc, se abordarán en otros contextos, fundamentalmente en el de delitos funcionarios.

#### **C. Observaciones recibidas**

##### *a) Rechazando la sistematización propuesta, del Prof. Gonzalo Medina*

“Resulta inadecuado incorporar en esta ubicación la figura de sustracción de menores, junto a la de privación de libertad. Ello, puesto que tal figura no consiste en atentado contra la libertad de desplazamiento sino contra los deberes de tutela derivados de la situación de custodia del menor, valorada como un presupuesto de libre desarrollo de la personalidad del menor.

Ello se expresa en los casos en que la sustracción del menor constituyendo no una disminución de la libertad ambulatoria de éste sino incluso su ampliación, constituye en todo caso un atentado al ámbito de custodia del menor. Por ello, entre ambas figuras media una diferencia no cuantitativa respecto a la edad de la víctima.”

#### **D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

---

<sup>90</sup> Cfr. *Guzmán Dálbora*, José Luis: El delito de amenazas, ConoSur, Santiago 1999, p. 141 y ss.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**TÍTULO V**

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS**

**§ 1. Del secuestro, la sustracción de menores y otras detenciones ilegales**

**Tema 2. Secuestro y sustracción de menores**

**A. Texto propuesto**

*Art. 101.* El que encierre o detenga a otro privándolo de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Si se exige un rescate u otra condición para liberar al ofendido o si el encierro o detención se prolonga por más de quince días, se aplicará el *máximum* de la pena.

*Art. 102.* La sustracción de persona menor de diez años será castigada con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio.

Si se exige un rescate u otra condición para liberar al menor o si la sustracción se prolonga por más de quince días, la pena será de reclusión mayor en su grado medio.

**B. Fundamentos**

En esta materia se construye a partir del derecho vigente, si bien con algunas modificaciones. La más importante consiste en limitar la aplicación del tipo especial de sustracción de menores a los menores de 10 años, dejando aplicable a los mayores de esa edad el tipo base de secuestro. No se trata de disminuir la protección de esos niños, sino simplemente de prestar atención a la relativa autonomía de desplazamiento que a partir de cierta edad (10 años ha parecido una edad plausible) éstos tienen y que obliga a alterar la interpretación del delito, porque a partir de esa edad ya no se puede, sin caer en situaciones absurdas, incriminar sin más la “sustracción” del menor, entendida como la conducta de sacarlo de la esfera de resguardo de sus padres o de quienes estén a su cargo, sino que de hacerlo violentando su libertad, relativa pero real, esto es, encerrándolo o deteniéndolo<sup>91</sup>. El cambio explicita normativamente esta realidad<sup>92</sup> y, en materia de penalidad, reintroduce proporcionalidad en relación con la gravedad de las distintas hipótesis. Nótese que esa era de hecho la regulación del Código original, pues la sustracción del mayor de diez años se sancionaba con las mismas penas del secuestro.

---

<sup>91</sup> Naturalmente no comete sustracción de menores el que, por ejemplo, convence a un adolescente de hacer una excursión a la playa sin avisarle a sus padres.

<sup>92</sup> Que la explicitación es necesaria se aprecia al considerar que algunos autores le niegan toda relevancia a la voluntad del menor “por provenir de una persona sujeta a potestad ajena”, Zenteno, Julio: Modificaciones al Código Penal, 1979-1983, en: *AA.VV.*: Modificaciones legales. Quinquenio 1979-1983, Universidad de Chile, Santiago 1983, T. I, p. 255.



En materia de secuestro, se suprime, por superflua, la expresión “sin derecho”, así como el tratamiento particular de quien proporciona el lugar para la ejecución del delito, para que responda como autor o cómplice según las reglas generales.

En cuanto a las calificaciones, se consagra la exigencia de condiciones como elemento del tipo objetivo, no más como elemento subjetivo del tipo, por considerarse que la existencia del tipo base de secuestro resta justificación a un adelantamiento de la barrera de protección en este punto<sup>93</sup>. Se suprime la figura compleja del inciso final de los actuales arts. 141 y 142 CP), en la línea general de la propuesta en orden a evitar la existencia de tales figuras complejas. Asimismo, se suprime la calificación basada en el “daño grave”, por entenderse que los daños graves que ameritan un aumento importante de pena serán constitutivos de delito (al menos culposos) y deben tratarse como tales, concursalmente. Las dos situaciones subsistentes, exigencia de condiciones y duración de más de 15 días, se ponen en la misma jerarquía como supuestos alternativos, en la misma línea sugerida por el art. 142 vigente, que equipara condiciones y grave daño en la persona del menor.

### C. Observaciones recibidas

a) ***Rechazando la expresión “secuestro” y el castigo en este párrafo de la sustracción de menores, del Prof. Gonzalo Medina***

“Sería una oportunidad adecuada para rectificar la terminología del código y reservar la expresión “secuestro” al caso de imposición de condiciones para la puesta en libertad.

En la terminología del propuesto artículo 101 es conveniente la descripción de la conducta de forma genérica como “el que privare de libertad a otro”, prescindiendo de las interpretaciones a que conducen, sin ningún aporte, el uso de las expresiones encerrar o detener.

b) ***Proponiendo reducir el plazo para que opere la agravación del secuestro, de la Prof. Silvia Peña***

“El plazo de quince días me parece muy largo, teniendo en cuenta que para quien está privado ilegítimamente de su libertad y las circunstancias en que esto normalmente se realiza aumenta el riesgo de daños permanentes para la salud física y mental de la víctima. El Código alemán lo fija en una semana, y el suizo en 10 días.”

---

<sup>93</sup> Es la solución del derecho español. Art. 164 CP: El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**c) *Rechazando la penalidad propuesta para el secuestro, por ser excesivamente alta, del Prof. Gonzalo Medina***

La pena asignada en la propuesta a la hipótesis básica es extremadamente alta. Nótese que en la redacción original del Código, la pena comprendía todos los grados del presidio menor, dando al juez facultades suficientes para apreciar los supuestos menos graves de afectación de la privación de libertad. Con la redacción propuesta, esta dificultad se agrava.

**d) *Proponiendo precisar la figura de sustracción de menores, de la Prof. Silvia Peña***

“Me parece bien ampliar la protección hasta los 10 años. En cuanto a la descripción de la conducta, pienso que sería aconsejable precisar un poco más de dónde o de quién se sustrae al menor, pues puede dar lugar a problemas en el caso de que sea uno de los padres el que lo sustrae de la custodia del otro. Asimismo, creo que podría considerarse una agravación de la pena para el caso de sacar al niño del país con el propósito de “venderlo” a familias extranjeras. En cuanto al plazo, remito a la observación respecto al artículo anterior.”

**e) *Proponiendo adecuar la redacción de la figura de sustracción de menores a los tratados internacionales, incorporando una agravación especial, de la Prof. M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez***

“Sería el momento de aprovechar esta figura para adecuar la legislación interna a pactos internacionales en materia de menores.

Pienso por ejemplo en el Protocolo facultativo de la Convención de Derechos del Niño en materia de pornografía, comercio sexual ,venta de niños y tráfico de órganos<sup>94</sup> .

---

<sup>94</sup> Artículo 1

Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

Artículo 2

A los efectos del presente Protocolo:

- a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;
- c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Artículo 3

1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

- a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

Con la legislación actual , considero que la gran mayoría de los casos citados en el Protocolo son reconducibles a la figura de sustracción de menores.

Sin embargo, las conductas aludidas son más graves que la forma simple, y no quedan comprendidas en la forma agravada. Tampoco es el caso esperar a que se produzcan los resultados señalados y sancionar por el respectivo delito que se tuvo en la mira para sustraer al menor.

En atención a lo anterior podría incluirse en la figura agravada , vale decir con la pena allí señalada, las sustracción de un menor de esa edad para explotarlo sexualmente, ocuparlo en trabajar ilegalmente, venderlo o explotar sus órganos. Se trataría de un delito imperfecto en dos actos.

**f) *Proponiendo aumentar la edad del sujeto pasivo de la sustracción a 14 años, de la Prof. Myrna Villegas***

“En cuanto a la sustracción de menores, a mi juicio la limitación en la aplicación de este tipo penal debió hacerse a los catorce años y no a los diez. Ello para dar la debida protección a los menores de catorce años, que aún son niños, y que a juicio de esta profesora informante es la edad plausible en la que se tiene relativa autonomía de desplazamiento.”

---

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de:

a. Explotación sexual del niño;

b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño;

c. Trabajo forzoso del niño;

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2;

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2.

2. Con sujeción a los preceptos de la legislación de los Estados Partes, estas disposiciones se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos.

3. Todo Estado Parte castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad.

4. Con sujeción a los preceptos de su legislación, los Estados Partes adoptarán, cuando proceda, disposiciones que permitan hacer efectiva la responsabilidad de personas jurídicas por los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. Con sujeción a los principios jurídicos aplicables en el Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser penal, civil o administrativa.

5. Los Estados Partes adoptarán todas las disposiciones legales y administrativas pertinentes para que todas las personas que intervengan en la adopción de un niño actúen de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales aplicables.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) Para sustituir el artículo 101 propuesto (supuesta también la eliminación del art. 102), del Prof. Gonzalo Medina**

“Art. 101. *El que prive de libertad a otro será sancionado con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.*

*Si se exige un rescate u otra condición para liberar al ofendido o si el encierro o detención se prolonga por más de quince días, se aplicará el máximo de la pena.”*

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 101. El que encierre o detenga a otro privándolo de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.**

**Si se exige un rescate u otra condición para liberar al ofendido o si el encierro o detención se prolonga por más de siete días, se aplicará el *máximo* de la pena.**

**Si con motivo u ocasión del secuestro se comete, además, la violación del ofendido, la pena será de reclusión mayor en su grado medio, a no ser que el hecho merezca mayor pena según lo dispuesto en el artículo 53.**

**Art. 102. La sustracción de persona menor de doce años será castigada con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio.**

**Si se exige un rescate u otra condición para liberar al menor o si la sustracción se prolonga por más de siete días, la pena será de reclusión mayor en su grado medio.**

**A menos que el hecho merezca mayor pena según lo dispuesto en el artículo 53, si con motivo u ocasión de la sustracción el hechor comete, además, la violación del menor, se aplicará el *máximo* de la pena señalada en el inciso anterior.**

**F. Fundamentos del cambio**

Conforme a la discusión en plenario del Foro, se optó tanto por reducir el número de días de privación de libertad que da lugar a la calificación, como por elevar a 12 años la edad límite entre el secuestro y la sustracción de menores.

**Tema 3. Devolución del ofendido y rebaja de pena**

**A. Texto propuesto**

**Art. 103. Si en los casos de los dos artículos anteriores se devuelve voluntariamente al ofendido libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en uno o dos grados.**

## **B. Fundamentos**

En esta materia se ha procedido a simplificar, por un lado, las distinciones del vigente art. 142 bis CP y sus defectos (como que no contemple el caso del que nada exige), dejando al juez la ponderación de las circunstancias del hecho y la fijación de los alcances de la rebaja, pero al mismo tiempo dándosele carácter obligatorio a la rebaja en al menos un grado, por considerar que se trata de un mecanismo de política criminal de enorme importancia, que pierde mucho de su fuerza cuando la rebaja sólo es una eventualidad incierta.

## **C. Observaciones recibidas**

### *a) Sobre la posibilidad de que se produzca un “exceso” de atenuación en casos de secuestro y sustracción calificados, del Prof. Fernando Londoño*

“Las agravantes de los respectivos incisos segundos (por condición o prolongación de la detención) se aplican a la hipótesis del art. 103 (devolución). Es decir, ¿si los secuestradores devuelven a la persona tras 16 días de detención, se aplica el máximo de la pena rebajada conforme al 103 ? Creo que sí debería recibir aplicación tal “agravación en la atenuación”; en todo caso, mi observación apunta al hecho de que puede ser demasiado generosa la norma del 103 (aunque mejor que lo actual, por cierto)...quizás otra alternativa sería disponer la rebaja de un grado obligatoria para la devolución en caso de concurrir las circunstancias agravantes; y uno o dos grados en los demás casos.”

## **D. Propuestas de redacción recibidas**

### *a) Para sustituir el art. 103, del Prof. Gonzalo Medina*

*Art. 103. Si en los casos de los dos artículos anteriores<sup>95</sup> se devuelve voluntariamente al ofendido libre de todo daño, antes de transcurridos 15 días de la privación de libertad, la pena asignada al delito se rebajará en uno o dos grados.*

## **E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

***Art. 103. Si en los casos de los dos artículos anteriores se devuelve voluntariamente al ofendido libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en uno o dos grados.***

---

<sup>95</sup> Nota de la Secretaría Técnica: En la redacción propuesta por el Prof. Medina, los dos artículos anteriores corresponderían al secuestro simple y al cometido por funcionario público, que el propone como nuevo 102, que reemplace al propuesto.

## **F. Fundamentos del cambio**

Al haberse reducido el tiempo para la operación de la calificación por duración del secuestro o sustracción, se entiende que resultaba demasiado poco favorable para el ofendido reducir las posibilidades de su liberación con la limitación a la rebaja de la frase final antes propuesta

### **Tema 4. Detención irregular**

#### **A. Texto propuesto**

*Art. 104.* El que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehende a una persona para presentarla a la autoridad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.

#### **B. Fundamentos**

En esta materia se recoge esencialmente el art. 143 CP vigente.

#### **C. Observaciones recibidas**

*a) Rechazando la sistematización propuesta, del Prof. Gonzalo Medina*

Ver la observación del Prof. Medina respecto del propuesto artículo 105.

*b) Proponiendo reemplazar la expresión “para presentarla”, del Prof. Fernando Londoño*

El elemento subjetivo “para presentarla” podría sustituirse por un elemento objetivo del tipo que cumpla análoga función: es decir, exigir que efectivamente se haya presentado a la persona ante la autoridad (o justicia, según propuse); debo entender que A. Etcheberry asume el punto al explicar el actual tipo de detención irregular (ed. 1976; III; p. 162)

*c) Proponiendo reemplazar la expresión “autoridad”, del Prof. Fernando Londoño*

Reemplazaría la expresión “autoridad” por “justicia”; es más “objetivo” y “seguro”, considerada la trágica experiencia chilena...

*d) Proponiendo un aumento de pena, de la Prof. Myrna Villegas*

“La propuesta acierta en la punición de esta conducta, no obstante en mi modesta opinión, no acierta en la penalidad: reclusión menor en su grado mínimo o multa, la que aparece como insuficiente para los efectos preventivo generales y para evitar un efecto criminógeno

favorable a la comisión de éste ilícito u otros conexos a él (vr.gr. torturas) Tal es la conclusión que puede extraerse si se compara la punición de esta figura con la de los delitos de abusos con personas detenidas, en la forma propuesta en este informe. Para dar coherencia a esta clase de tipos penales la pena de las detenciones irregulares debería ser la de reclusión menor en su grado medio a reclusión menor en su grado mínimo”

#### **D. Propuestas de redacción recibidas**

##### **a) Para sustituir el propuesto art. 104, del Prof. Gonzalo Medina, por los siguientes**

*Art. 104. El que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehende a una persona para presentarla a la autoridad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.*

Artículo 105. El funcionario público que, fuera de los casos establecidos en la ley privare de libertad a una persona, a fin de presentarla ante la autoridad competente, será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo a medio.

#### **E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

***Art. 105. El que fuera de los casos permitidos por la ley, aprehende a una persona para presentarla a la autoridad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales.***

#### **F. Fundamentos del cambio**

Se acuerda pasarlo al art. 105 para comprender el caso de detención ilegal por funcionario público cometida con error vencible sobre la ilicitud del acto.

### **Tema 5. Detenciones ilegales de funcionario público**

#### **A. Texto propuesto**

***Art. 105. El funcionario público que con abuso de su cargo encierre o detenga a una persona fuera de los casos permitidos por la ley, sufrirá el *máximo* de las penas señaladas para el secuestro y la sustracción de menores, en sus respectivos casos. Además, sufrirán la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado máximo.***

***Con todo, las penas será sólo de multa de 1 a 10 unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial en su grado mínimo para el ejercicio de su cargo u oficio público, cuando la urgencia y gravedad de las circunstancias bajo las cuales se practicó la detención o encierro han disminuido considerablemente la capacidad del funcionario para apreciar la legalidad de su actuación. En casos muy calificados, el juez podrá prescindir de toda pena.***

## **B. Fundamentos**

Probablemente el aspecto más relevante de la propuesta en esta materia sea el intento de establecer un régimen adecuado y relativamente claro para las detenciones ilegales por parte de funcionarios públicos, que el tenor del actual art. 148 CP no garantiza, no obstante los esfuerzos interpretativos de la doctrina y la jurisprudencia<sup>96</sup>. Por una parte, se aclara explícitamente que los funcionarios públicos actuando en calidad de tales pueden incurrir en el delito de secuestro. Más aún, tal como ocurre en otros ámbitos, la circunstancia de ser funcionario público y actuar con abuso del cargo amerita una agravación de la responsabilidad, y en ningún caso una morigeración, como sugiere una primera lectura del art. 148 CP. Por otra parte, sin embargo, la propuesta se hace cargo de la cuestión que probablemente subyace en la menor penalidad que contempla el art. 148 CP, como es que las circunstancias en las que se desenvuelve cotidianamente la actividad policial crean un significativo riesgo de error sobre la legalidad de la propia actuación, máxime cuando los conceptos legales que regulan la materia son susceptibles de diversas interpretaciones y el tiempo y la tranquilidad disponibles para ponderar las condiciones fácticas a las que tales conceptos deben aplicarse son escasos (piénsese en los alcances concretos del concepto de flagrancia, por ejemplo). Ante esta situación se reacciona previendo una penalidad menor “cuando la urgencia y gravedad de las circunstancias bajo las cuales se practicó la detención o encierro han disminuido considerablemente la capacidad del funcionario para apreciar la legalidad de su actuación”. Permitiendo, incluso, en casos extremos, que el juez prescinda de toda pena, lo que constituye una aplicación específica, según el punto de vista que se adopte, de la noción de inexigibilidad de otra conducta o del error de prohibición.

## **C. Observaciones recibidas**

### **a) *Rechazando la técnica empleada, del Prof. Fernando Londoño***

“Me atrevo a proponer algo “ligeramente” distinto; por razones de tiempo no alcanzo a proponer una redacción precisa, pero la idea es: que el inciso primero del 105 pase a ser simplemente una forma calificada – en razón del sujeto activo – del secuestro (101); a su vez, que el inciso segundo pase a ser una forma especial de la detención irregular del 104 (manteniendo – con los debidos ajustes – las exigencias del caso: que *la urgencia y gravedad de las circunstancias bajo las cuales se practicó la detención o encierro hayan disminuido considerablemente la capacidad del funcionario para apreciar la legalidad de la situación*, según reza el inciso segundo del 105); ¿qué les parece? Posiblemente esta solución le puede dar más énfasis al hecho de que no hay privilegio alguno para los funcionarios públicos (salvo por cierto el que deriva, en el contexto del error de prohibición o de la inexigibilidad, de la cotidiana exposición al yerro).”

---

<sup>96</sup> Sobre el particular, véase *Matus / Ramírez*, p. 52 y s., y la jurisprudencia ahí citada.



**b) Rechazando la técnica legal empleada, del Prof. Gonzalo Medina**

El artículo 105 que regula la privación de libertad cometida por funcionario público utiliza los conceptos de “abuso de su cargo” y “fuera de los casos permitidos por la ley”. El primero, típico de la codificación italiana, aunque habitualmente como alternativo al segundo. La referencia al abuso del cargo es innecesaria, ya que lo relevante de la privación de libertad, como acertadamente lo regula el actual texto, es la ausencia de las causales de procedencia de ésta, que justifican la actuación del funcionario.

La propuesta afirma hacerse cargo de la cuestión que probablemente subyace en la menor penalidad, como es que las circunstancias en que se desenvuelve la actividad policial crean un riesgo significativo de error. Tal cuestión no es la que subyace a la menor penalidad de ciertos casos de privación de libertad cometida por funcionario público, pues tal menor penalidad es sólo aparente.

El elemento central que determina la mayor o menor penalidad de la privación de libertad es el destino de la persona privada de libertad. Tal cuestión que el sistema reconoce claramente al distinguir entre el delito de privación de libertad y de arresto irregular, se fundamenta justamente en que la quién comete la privación de libertad pretenda colocar a la persona privada de libertad a disposición de la autoridad competente, con lo cual el destino de la privación de libertad se orienta a la entrada en funcionamiento de los mecanismos institucionales de protección de la persona privada de libertad. De ahí la diferencia, que la misma propuesta recoge entre los artículos 101 y 104.

El mismo criterio ha de ser aplicable a los casos de privación de libertad cometidos por funcionarios público, los cuales por criterios de política criminal son portadores de un mayor disvalor de injusto, atendido que es dado que los órganos de persecución penal cuentan con mayores posibilidades y poderes en la afectación de la libertad, la disminución de este riesgo es tarea indispensable. Privilegios a la actuación de funcionarios públicos son propios de las regulaciones decimonónicas y ajenas a los modernos lineamiento de política criminal.

Así, es posible una lectura del actual Código en la cual la conducta del funcionario público no resulta siempre privilegiada frente a la del particular. Partiendo de la aplicación válida de la disposición común que sanciona la privación de libertad cometida por funcionario público en los casos en que tal privación se realiza sin el propósito de poner a la persona privada de libertad a disposición de la autoridad competente. Caso en el cual se aplica la pena común, más la agravante genérica dada por la calidad de funcionario público del autor. Si bien esto no expresa completamente el mayor disvalor de la privación de libertad cometida por funcionario público, da cuenta de su mayor gravedad frente a la cometida por particular.

La hipótesis del actual artículo 148 ha de interpretarse de forma que sea aplicable a los casos de privación de libertad cometidas por funcionario público, pero con el propósito de colocar al privado de libertad a disposición de la autoridad competente. Con ello, se equipara esta figura a la del denominado “arresto ilegal” cometido por particular, teniendo

la primera una pena mayor que la hipótesis de comisión por particular, pero menor a la de privación de libertad cometida por particular<sup>97</sup>.

Por ello, ha de considerarse la existencia de una regulación paralela a la de los particulares para la comisión de privación de los funcionarios públicos, diferenciando el elemento central, esto es, el destino de la persona privada de libertad ante la autoridad competente, como criterio de delimitación entre los casos graves y no graves de privación de libertad.

En la misma línea, resulta altamente inadecuado una norma como la propuesta en el inciso segundo del artículo 105, pues se trata de un caso eventual de error que no amerita un tratamiento diferenciado en la parte especial del Código.

... [En cambio, con una sistemática diferente] la escala resulta[ría] gradual, siendo la conducta menos desvalorada la privación de libertad cometida por particular, fuera de los casos permitidos por la ley, con intención de ponerla a disposición de la autoridad. A continuación, la comisión de la misma conducta por funcionario público. Los casos más graves corresponden a la privación de libertad cometida sin la intención de poner a la persona privada de libertad a disposición de la autoridad, siendo la pena más severa en caso de comisión por funcionario público.

**c) *Rechazando la eventual exención de pena para el funcionario que actúa en casos de urgencia, de la Prof. Myrna Villegas***

“Loables son los intentos en la propuesta de aclarar explícitamente que los funcionarios públicos pueden incurrir en el delito de secuestro, y actuar abusando de su oficio o cargo. Sin embargo, en mi modesta opinión, ello queda desvirtuado en el inciso segundo del art. 105 en el que se aplica solo la pena de multa “cuando la urgencia y la gravedad de las circunstancias bajo las cuales se practicó la detención o encierro han disminuido considerablemente la capacidad del funcionario para apreciar la legalidad de su actuación”. En concreto cuando se concede facultativamente al tribunal la posibilidad de eximirle de toda pena.

Cierto es que en casos, como por ejemplo, de delitos flagrantes, un funcionario público puede incurrir en error, y evidentemente ello merece una pena menor, como la de multa. Pero dejar al juez la facultad de eximirle de toda pena, produce un efecto criminógeno favorable a la comisión de estos ilícitos amparándose en “la urgencia y gravedad del caso”.

**d) *Sobre aspectos puramente formales, de la Prof. Silvia Peña***

“Aquí sólo observaría algunos problemas gramaticales, como la falta de concordancia gramatical entre sujeto y formas verbales: en el inc. primero, oración segunda, el sujeto sigue siendo “el funcionario público”, por lo que la forma verbal debiera ser “sufrirá. En el inc. 2º, el sujeto es “las penas”, por lo que todas las formas verbales deben ir en plural. En el inc. 2º, primera línea, eliminaría también la preposición “de” que antecede a “multa”. En la segunda línea, se emplea dos veces el posesivo “su”, pero referido a cosas distintas (al grado de la pena, en el primer caso, y al funcionario público, en el segundo). Para

---

<sup>97</sup> Nota del Prof. G. Medina: “Sobre esto ampliamente, Medina Schulz, Gonzalo, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, “*La desaparición forzada de personas como forma calificada de detención ilegal cometida por funcionario público*”, Santiago, 2001, p. 260 y ss.”

solucionar esto, propondría eliminar el segundo “su” (que no tiene antecedente en la oración) y repetiría la fórmula del inciso anterior: *inhabilitación para cargos u oficios públicos*. Por último, pienso que para referirse a casos hipotéticos debería emplearse siempre el modo subjuntivo y no el indicativo: “hayan disminuido” en vez de “han disminuido”.”.

#### **D. Propuestas de redacción recibidas**

##### **a) Para reemplazar el art. 102, por el siguiente, del Prof. Gonzalo Medina**

*Artículo 102: El funcionario público que cometiere el delito previsto en el artículo precedente<sup>98</sup>, con la intención de dejar a la persona privada de libertad fuera del amparo de la ley, será sancionado con las penas allí dispuestas, aumentadas en un grado.*

#### **E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

***Art. 104. El funcionario público que con abuso de su cargo encierre o detenga a una persona fuera de los casos permitidos por la ley, sufrirá el *máximo* de las penas señaladas para el secuestro y la sustracción de menores, en sus respectivos casos. Además, sufrirá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado máximo.***

#### **F. Fundamento del cambio**

1. Se estima que las exigencias subjetivas eliminan de este caso las hipótesis de error sobre la licitud del acto, previstas en la propuesta original, las que debieran ser tratadas como un supuesto de detención irregular, del artículo siguiente (propuesto 104 que pasa a ser 105).

### **Tema 6. Incumplimiento de deberes funcionarios respecto de detenidos**

#### **A. Texto propuesto**

***Art. 106. Será castigado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio e inhabilitación absoluta para el ejercicio de un cargo u oficio público en sus grados mínimo a medio, el funcionario público que, con infracción a los deberes que la ley le impone respecto de personas privadas de libertad, arbitrariamente:***

***1°. No le informe de los derechos que le asisten,***

***2°. No lo conduzca dentro de plazo a presencia judicial***

***3°. Lo mantenga en lugares distintos de los establecidos en la ley,***

---

<sup>98</sup> Se trata del art. 101, que describe la figura de secuestro, “privación de libertad” en el sistema propuesto por el Prof. Medina.

- 4°. Lo reciba en un recinto penitenciario sin la debida orden judicial,
- 5°. No informe al familiar o a la persona que haya indicado del hecho de la privación de libertad y del lugar donde se encuentra,
- 6°. No informe dentro de plazo a la autoridad competente del hecho de la privación de libertad,
- 7°. Niegue, a quien legalmente lo solicite, la confirmación de encontrarse la persona privada de libertad,
- 8°. Le impida presentar solicitudes en la forma legal a la autoridad competente,
- 9°. Le impida entrevistarse privadamente con su abogado fuera de los casos en que el régimen del establecimiento permite restringir este derecho, o
10. Le imponga sanciones o restricciones improcedentes o fuera de los casos en que la ley lo permite.

## **B. Fundamento**

Siempre tratándose de funcionarios públicos, se refunden en un solo artículo varias disposiciones referidas a la vulneración de derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, que actualmente se encuentran dispersas (arts. 149, 150 CP), y se incorporan algunas hipótesis o bien se adecuan otras preexistentes en virtud del nuevo régimen procesal penal. Asimismo, no se considera, al menos no en este contexto de protección de la libertad, una figura especial como la del art. 151 CP referida a la vulneración de las prerrogativas de personas con fuero constitucional, en la medida en que tal vulneración vuelve sin más ilegal la privación de libertad, siendo aplicable el régimen general. Tampoco se consideran los tipos especiales de imposición de penas por parte de funcionarios que se arrojan facultades judiciales (arts. 152 a 154): tales actuaciones ilegales deberían subsumirse sin dificultades en los tipos generales de amenazas, secuestro o exacciones ilegales.

## **C. Observaciones recibidas**

### ***a) Para excluir de la conducta típica la omisión de formalidades procesales (N°s 1, 5 y 9), de la Prof. Silvia Peña***

No creo que deba incriminarse la omisión de formalidades procesales introducidas por el nuevo CPP (números 1, 5, 9), máxime cuando la observación de las mismas está suficientemente cautelada en el propio CPP. En cuanto a aspectos formales, remito a mis observaciones respecto a la denominación de la pena de inhabilitación para cargos u oficios públicos.

### ***b) Proponiendo reducir la pena asignada al N° 1, del Prof. Fernando Londoño***

“...la pena propuesta puede ser algo elevada para dicha hipótesis”.

**c) Proponiendo un aumento y diferenciación general de las penas asignadas, de la Prof. Myrna Villegas**

Es acertada la sistematización de estos ilícitos que se encontraban dispersos en el Código Penal, y la incorporación de hipótesis para adecuarlas al nuevo proceso penal. Lo que en mi modesta opinión no es acertada es la penalidad asignada a esta clase de conductas: reclusión menor en sus grados mínimo a medio, esto es, 61 días a tres años. En mi opinión, si no quiere crearse un efecto criminógeno favorable a la comisión de tales conductas, la pena debe elevarse a la de reclusión menor en su grado medio a máximo. Ello en virtud de que se trata de la vulneración de derechos fundamentales de la persona, en concreto de los detenidos, garantías que merecen una mayor protección penal dada la situación de indefensión en que se encuentra la víctima al momento de cometerse el ilícito.

Por otra parte, estimo que sería conveniente graduar la penalidad según la clase de conducta cometida, pues no es de la misma gravedad el no informar al detenido de los derechos que le asisten, que no conducirlo dentro de plazo a la presencia judicial, por el mayor desvalor que presenta esta última conducta, similar a una detención ilegal.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

**Art. 106. Será castigado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio e inhabilitación absoluta para el ejercicio de un cargo u oficio público en sus grados mínimo a medio, el funcionario público que, con infracción a los deberes que la ley le impone respecto de una persona privada de libertad, arbitrariamente: 1°. No la conduzca dentro de plazo a presencia judicial  
2°. La mantenga en lugares públicos distintos de los establecidos en la ley,  
3°. La reciba en un recinto penitenciario sin la debida orden judicial,  
4°. No informe al familiar o a quien haya indicado la persona, del hecho de su privación de libertad y del lugar donde se encuentra,  
5°. No informe dentro de plazo a la autoridad competente del hecho de la privación de libertad,  
6°. Niegue, a quien legalmente lo solicite, la confirmación de encontrarse la persona privada de libertad,  
7°. Le imponga sanciones o restricciones improcedentes.**

**Las penas serán de reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias, si el funcionario:**

**1°. No le informe de los derechos que le asisten,  
2°. Le impida entrevistarse privadamente con su abogado fuera de los casos en que el régimen del establecimiento permite restringir este derecho,  
3°. Le impida presentar solicitudes en la forma legal a la autoridad competente.**

## F. Fundamentos del cambio

Se consideró adecuado distinguir dos grupos de hipótesis, en atención a la distinta gravedad que revisten.

### Tema 7. Tráfico de personas

#### A. Texto propuesto

##### § 2 Tráfico de personas

*Art. 107.* El que mediante violencia, intimidación, engaño, abuso de autoridad o confianza, promueva o facilite la entrada o salida de personas entre países para ser forzadas a ejercer la prostitución, trabajar ilegalmente o cometer delitos en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo y multa de treinta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo al que con ánimo de lucro promueva o facilite el traslado ilegal de personas entre países, exponiéndolas a riesgos graves para su vida o salud.

La pena prevista en este artículo se impondrá en su *máximum*, en los respectivos casos, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

*Primera.* Si la víctima es menor de edad.

*Segunda.* Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima.

*Tercera.* Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.

#### B. Fundamentos

Se recoge aquí la figura del actual delito de *trata de blancas* del art. 367 bis, adaptada para hacerla extensiva a las otras formas de tráfico de personas que se contemplan en los tratados internacionales y que se reconocieron por el Foro al discutirse en la parte general el aprobado número 12 del art. 18<sup>99</sup>.

Las penas propuestas son similares a las del actual art. 367 bis, radicando la diferencia en la redacción misma de la figura, en la cual se enfatiza su carácter vinculado a la seguridad de las personas más que al aspecto puramente sexual (ejercicio de la prostitución) y al vicio en el consentimiento de éstas para salir o entrar de cualquier país, cuestión hoy únicamente presupuesta, pero que no resulta clara del texto vigente, sobre todo por la incorporación como agravaciones de la violencia, el engaño y la intimidación<sup>100</sup>. No obstante, se

<sup>99</sup> Cfr. *Compendio*, p.56.

<sup>100</sup> Cfr. Matus/Ramírez, *Lecciones*, p.55.

mantienen las agravantes previstas en el inc. 2º del actual art. 367 bis, en la medida que no se incorporan a la definición del delito.

Además, se propone añadir una forma delictiva de menor gravedad (relativamente), pero de lamentable ocurrencia práctica: el traslado ilegal de personas entre países, personas que no están engañadas al respecto, pero que padecen las penurias de la explotación de su propia miseria, sometiéndose a inauditos e inhumados riesgos para su salud y hasta para su propia vida, confiados en encontrar un futuro mejor en un país extranjero.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Rechazando la técnica empleada, del Prof. Gonzalo Medina*

“Lo primero que llama la atención en la regulación de esta materia es la equiparación de los medios comisivos. Así la pena es idéntica en caso de comisión mediante coacción, engaño o abuso de autoridad o confianza. Tal equiparación es extraña a la regulación del Código, que acertadamente diferencia no sólo entre bienes jurídicos afectados, sino también de acuerdo al medio comisivo. De ahí la distinción entre violación y estupro, distinción que la misma propuesta recoge en la regulación del aborto en el artículo 92. Por ello, es necesario realizar tal distinción en el propuesto artículo 107.

Lo mismo vale para el inciso segundo, pareciendo que la sola concurrencia del ánimo de lucro como factor que determina una mayor penalidad, considerando que ese sólo elemento es merecedor de mayor disvalor que la coacción mediante violencia o amenaza.”

#### b) *Rechazando la expresión “forzadas”, del Prof. Fernando Londoño*

“Moderaría – para darle mayor amplitud al tipo – la exigencia subjetiva relativa a la finalidad del tráfico: no diría “para ser forzadas a ejercer”, sino simplemente “para que éstas ejerzan”, según reza el 367 bis actual. El “forzamiento” es extremo y puede restarle aplicabilidad al tipo. No creo por lo demás que dicha exigencia se condiga con todos los casos reales.”

#### c) *Rechazando la expresión “entre países”, de la Prof. Silvia Peña,*

“No veo cómo pueda aplicarse la ley chilena a casos ocurridos “entre países” o “en cualquier país” que no sean Chile ni afecte a nacionales, ya que, al margen de que se consagre el principio de la aplicación universal de la ley penal para ciertos delitos, tal posibilidad resulta más bien teórica si no existe ningún elemento que vincule al delito con Chile.”

#### d) *Proponiendo agregar el “ánimo de lucro” como elemento del delito, de la Prof. Myrna Villegas*

La redacción propuesta para la incriminación de la “trata de blancas” me parece acertada. Sin embargo, del material de estudio entregado para su revisión se señala expresamente que: “se propone añadir una forma delictiva de menor gravedad (relativamente), pero de

lamentable ocurrencia práctica: el traslado ilegal de personas entre países, personas que no están engañadas al respecto, pero que padecen las penurias de la explotación de su propia miseria, sometiéndose a inauditos e inhumados riesgos para su salud y hasta para su propia vida, confiados en encontrar un futuro mejor en un país extranjero”.

A mi juicio **dicha conducta debiera incriminarse únicamente para quien realiza el traslado ilegal de otras personas con ánimo de lucro**. Castigar a quienes pretenden encontrar un futuro mejor en el extranjero, debido al ahogo económico en que se encuentran en sus países de origen, me parece una extensión excesiva del ámbito de punibilidad.

Reconozcamos que la inmigración no es sino un eslabón más en la cadena de explotación. La oleada de inmigrantes ilegales que día a día llegan a nuestro país, con la esperanza de trabajar para sobrevivir, es atacada a través de la manipulación de la información. Lo que se nos muestra es que el inmigrante aumenta el problema de la cesantía, los índices de delincuencia, y ocasiona gastos sociales imposibles de asumir en su totalidad por parte del Estado. ¿Quiénes son estos inmigrantes?. No son más ni menos que trabajadores, pertenecientes a un tercer mundo acostumbrado a ser fustigado y que ante la explotación que sufren en sus países no vacilan en arriesgar sus vidas. Estos inmigrantes alzan la voz para exigir sus derechos, porque al fin y al cabo, morir de hambre a corto plazo en su país de origen, o en el país vecino, es lo mismo que morir baleado en la frontera, atropellado, o tener que vivir ilegal en un país extraño y perseguido por el Estado.

Si contempláramos un tipo penal que castigara a estos inmigrantes estaríamos promoviendo, desde el poder, una política xenófoba. Como se ha dicho antes, las políticas de inmigración no son sino un eslabón más en la cadena de la explotación.

*e) Proponiendo introducir al “conviviente” entre las personas que responden agravadamente (circunstancia segunda), del Prof. Fernando Londoño*

“Para hacer presente que en la ley N ° 19.927 se introdujo al “conviviente” entre las personas que responden agravadamente (circunstancia segunda).”

*f) Formulando correcciones formales, del Prof. Pedro Doren*

En el Art. 107, agregar la conjunción "o" antes de "abuso" ("o abuso de autoridad o confianza").

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

§ 2 Tráfico de personas

**Art. 107. El que mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de autoridad o confianza, promueva o facilite la salida o entrada de personas desde o hacia un país para que ejerzan la prostitución, trabajen ilegalmente o cometan delitos, será**



**castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo y multa de treinta a quinientas unidades tributarias mensuales.**

**Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado máximo al que con ánimo de lucro promueva o facilite el traslado o tránsito ilegal de personas entre países, exponiéndolas a riesgos graves para su vida o salud.**

**La pena prevista en este artículo se impondrá en su *máximo*, en los respectivos casos, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:**

***Primera.* Si la víctima es menor de edad o padece un trastorno o enajenación mental.**

***Segunda.* Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima.**

## **F. Fundamentos del cambio**

Fundamentalmente correcciones de redacción y complementos (v. gr. consideración de la situación de enajenación mental de la víctima, de la calidad de conviviente, etc).

## **Tema 8. Torturas**

### **A. Texto propuesto**

...

#### § 3 Torturas

***Art. 108.* El funcionario público que torture una persona privada de libertad, aplicándole tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de algún cargo u oficio público en su grado máximo.**

**En las mismas penas incurrirá el funcionario que, sabiendo de la aplicación de torturas a una persona privada de libertad, no las impida o haga cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.**

### **B. Fundamentos**

Se recogen aquí las figuras fundamentales de los actuales arts. 150 A y B Cp, tributarios de la ratificación por parte del Estado de Chile a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, cuya entrada en vigor fue el día 26 de junio de 1987, de conformidad con su art. 27(1)<sup>101</sup>, otorgándoles la ubicación sistemática que parte de la

---

<sup>101</sup> El art. 1 de dicha Convención define la *tortura* 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

doctrina ha reclamado<sup>102</sup> y que es similar a la que se le otorga en buena parte de los ordenamientos que han incorporado recientemente un delito similar<sup>103</sup>.

Las modificaciones introducidas respecto de los arts. 150 A y B consisten en no hacer distinciones entre los diversos casos de torturas y, sobre todo, suprimir las especiales reglas de participación que allí se contemplan, por entenderse superfluas en conformidad con la regulación del artículo 45 de la Parte General ya aprobada.

Además, el caso del actual inc. 2° del art. 150-A, una forma de cometer el delito por omisión indebidamente privilegiada en el texto vigente<sup>104</sup>, se transforma simplemente en el delito de omisión respectivo, conforme al mandato del art. 1° del proyecto ya aprobado.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Proponiendo se incorpore una definición de tortura más explícita, de la Prof. Silvia Peña*

“En cuanto a la construcción del tipo, estimo que debería definirse qué se ha de entender por tortura (como lo hace el art. 174 del Código español) para deslindarla de otros casos de empleo de violencia con el fin de doblegar la voluntad de alguien, como ocurre, por ejemplo, en la coacción.”

#### b) *Formulando correcciones formales, del Prof. Pedro Doren*

En el Art. 108, agregar la preposición "a" después de "torture" ("torture a una persona...").

#### c) *Proponiendo se incorpore al texto expresamente al que ordena las torturas, de la Prof. Silvia Peña*

“A mi modo de ver, el art. 45 ya aprobado no resuelve el problema del que ordena la tortura (ni tampoco la autoría mediata)”.

#### d) *Proponiendo un aumento de la penalidad, de la Prof. Myrna Villegas*

Me parece acertada, como se ha dicho al inicio de este informe, la ubicación sistemática que se da al delito de torturas. La redacción del precepto es clara y no deja lugar a dudas. Lo que no me parece acertado es la penalidad que se asigna, la que considero insuficiente,

---

tercera 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 discriminación, 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”.

<sup>102</sup> Cfr. Matus/Ramírez, *Lecciones*, 57.

<sup>103</sup> El CP español de 1995 incluye las torturas entre los delitos contra la libertad moral (Título VII, arts. 173-177) y el CP francés de 1992, entre los “atentados contra la integridad física o psíquica de las personas” (Capítulo II, cuyo parágrafo 1, arts. 222-1 y ss., se refiere a “las torturas y otros actos de barbarie”).

<sup>104</sup> Cfr. Matus/Ramírez, *Lecciones*, 58.

debido a que se trata de una figura en la que se mezclan de un lado, lesiones, y de otro lado, abusos de autoridad. Existe en este tipo penal un mayor desvalor de acción y de resultado que en los delitos de lesiones y de abusos de autoridad. En mi modesta opinión, el Estado chileno debe procurar cumplir de manera fehaciente con los tratados internacionales firmados y ratificados en torno a este tema, en concreto, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, por lo que la pena debería elevarse a **reclusión mayor en su grado medio**.

*e) Proponiendo se gradúe la penalidad conforme a los resultados, de la Prof. Silvia Peña*

“En cuanto a la penalidad, propongo graduar la pena de acuerdo con el mayor o menor resultado lesivo derivado de los actos de tortura (muerte, lesiones graves, menos graves, etc.), como lo hacen los códigos español y argentino”.

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

§ 3 Torturas

**Art. 108. El funcionario público que torture a una persona privada de libertad, aplicándole tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo e inhabilitación absoluta para el ejercicio de algún cargo u oficio público en su grado máximo.**

**En las mismas penas incurrirá el funcionario que no evite la aplicación de torturas a una persona privada de libertad, pudiendo hacerlo y encontrándose obligado a ello.**

**Las penas previstas en este artículo se impondrán rebajadas en un grado al particular que induzca a la comisión de este delito o intervenga en él.**

**F. Fundamentos del cambio**

Además de correcciones de redacción, se introduce una regulación especial para el particular que induce al delito o interviene en él.

**Tema 9. Amenazas y coacciones**

**A. Texto propuesto**

§ 4 De las amenazas y coacciones

**Art. 109.** El que amenace seriamente a otro con causar a él mismo, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:

1°. Con reclusión menor en sus grados medio a máximo si la amenaza se ha hecho bajo condición.

2°. Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio si la amenaza no ha sido condicional.

Se impondrá el grado máximo de las penas señaladas en este artículo, si el mal con que se amenaza pudiera constituir un delito de homicidio, lesiones del artículo 86 Número 1, violación, secuestro o sustracción de menores.

**Art. 110.** Las amenazas de un mal que no constituya delito hechas bajo condición, serán castigadas con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

**Art. 111.** El que con violencia impida a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o le compela a hacer lo que no quiere, será sancionado con multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

## **B. Fundamentos**

En materia de amenazas se simplifica la regulación vigente (art. 296 y ss. CP), eliminando la casuística excesiva y centrando las distinciones en dos grandes criterios preexistentes: carácter delictivo del mal amenazado y carácter condicional de las amenazas (en la misma línea de lo ya obrado en el art. 297 CP). Se suprime, además, la calificación del mal amenazado (“en su persona, honra o propiedad”), por no parecer justificada la restricción. De esta forma se resuelven sin dificultad, por ejemplo, las hipótesis más graves del llamado “acoso sexual”, sin necesidad de crear un tipo penal especial, lo que coincide con las expresiones de nuestra literatura<sup>105</sup>. Por lo mismo, no se considera un tipo especial de chantaje. Se amplía también el círculo de personas susceptibles de ser afectadas por el mal amenazado, en la línea del derecho español. Coincidentemente, se suprime la definición de familia. Por último, se suprime la referencia a la caución y a la sujeción a la vigilancia de la autoridad, por ser incompatible con el sistema de penas del Anteproyecto.

En materia de coacciones, se rescata de su actual posición de falta, el tipo del art. 494 N° 16 CP. Se suprime la expresión “sin estar legítimamente autorizado” por considerársele superflua<sup>106</sup>.

---

<sup>105</sup> *Rivacoba y Rivacoba*, Manuel de: ¿Criminalizar el acoso sexual?, GJ 170, 20; *Guzmán Dálbora*, José Luis: Noción, punibilidad y crítica del denominado acoso sexual, Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Antofagasta (1998), 245 y ss.; *Künsemüller*, Carlos: Acoso sexual: criminalización vs. descriminalización, La Semana Jurídica N° 42 (2001), 5 y s.; *Matus / Ramírez*, p. 47 y s.

<sup>106</sup> Otra opinión *Quintero / Prats*, p. 208 y s., en el sentido a un llamado especial al juez para verificar la antijuridicidad del hecho. Entre nosotros *Matus / Ramírez*, p. 43.

### C. Observaciones recibidas

a) ***Rechazando completamente la propuesta, por resultarle “tan poco satisfactoria como la actual regulación del Código”, del Prof. Gonzalo Medina***

En esta sección la propuesta resulta tan poco satisfactoria como la actual regulación del Código.

En primer término, el traslado de la figura de coacción mediante violencia junto al delito de amenazas condicionales, se realiza sin intentar agrupar en una disposición, ambas formas de coacción, la realizada mediante violencia y la realizada mediante amenaza. Por el contrario, se mantiene la estructura actual del Código, que diferencia entre las formas de coacción. Esta agrupación es inapropiada y resultaría más adecuado regular los supuestos de coacción de manera conjunta. Ello origina una serie de problemas, que se destacan a continuación.

*-La regulación de las amenazas*

Como la propuesta lo presenta se agrupan el delito de amenazas simples y coacción mediante amenazas. Se afirma en los fundamentos de este articulado, que se intenta simplificar la redacción actual de los preceptos. Para ello, se modifica el catálogo de conductas en el sentido que el mal conminado sea constitutivo de delito, constituyendo una hipótesis calificadas que el delito amenazado sea de homicidio, lesiones del artículo 86 N°1, violación, secuestro o sustracción de menores. Con lo cual se modifica ese aspecto de la determinación del injusto de la coacción mediante amenazas.

Sin embargo, la redacción original del Código se refería a que la condición impuesta fuera ilícita, cuestión que varío después de la ley 19.659, a la imposición ilegítima de una condición. Con dicha modificación se alteró el criterio de determinación del injusto de la coacción mediante amenazas del comportamiento coaccionado a la relación entre coacción y amenazas.

Al eliminarse toda referencia al respecto, las la coacción mediante amenazas de un mal no constitutivo de delito, carecen de un criterio adicional de determinación complementaria del injusto, para los casos corrientes del tráfico social. Tales criterios, presentes en la regulación española del actual código en su artículo 171 mediante las hipótesis referidas a la calidad de debida de la conducta debida, o a la revelación de contenidos propios de la esfera de intimidad o a conductas o la revelación de eventuales responsabilidades penales del coaccionado, desaparecen de la regulación propuesta, desnaturalizando la figura de coacción mediante amenazas, Tal cuestión va con mucho más allá de una “simplificación” de la regulación.

*-La coacción mediante violencia*

En la regulación de la coacción mediante violencia se reproduce la actual redacción de la disposición, la que conduce a numerosos problemas. Lo anterior, puesto que sólo se regula los casos de constreñir a omitir con un criterio referido a la licitud de la conducta conminada o de constreñir a hacer sin conexión a la ilicitud de la conducta, de forma similar a la regulación española actual. En esta materia es preferible la formulación alemana, que no hace tales diferencias entre las modalidades de la coacción mediante violencia. Asimismo, tal regulación es preferible en cuanto contempla la hipótesis constreñir a tolerar.

*- La diferencia de penalidades*

Por último, la errónea regulación de las figuras, en cuanto se agrupan en amenazas y coacciones conduce a una desproporción incomprensible de las penal.

Que la afectación de la libertad mediante amenaza tenga una penalidad considerablemente mayor a su afectación mediante violencia es un error del actual Código que la propuesta reitera.

La sistemática completa del Código equipara ambas formas de coacción, así en los delitos de violación o de robo. Tal acertada equiparación desaparece en la regulación propuesta para los supuestos básicos, sin afirmación de ningún criterio dogmático o político criminal que justifique tal decisión, salvo el mantenimiento de la errónea estructura presente en el actual Código.

Lo apropiado resulta, en consecuencia, la regulación conjunta de las hipótesis de coacción, sea mediante violencia o amenaza, y separadamente la de meras amenazas no constitutivas de coacción.

**b) *Proponiendo reducir las penas de las amenazas, de la Prof. Myrna Villegas***

“Me parece acertada la redacción de los tipos penales in comento, no obstante tengo ciertos reparos en torno a la penalidad. Para las amenazas condicionales de mal constitutivo de delito agravada (art. 109 inciso final) y para la misma amenaza pero simple (art. 109 N°1), se prevé la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo. La pena eleva la asignada por el art. 296 del actual CP lo que no parece acertado, en función de un derecho penal mínimo y de garantías. En cuanto a las amenazas no condicionales de mal constitutivo de delito, la pena se eleva a la de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, lo que de igual modo, no aparece como acertado.

A mi juicio, si queremos cumplir con los postulados de un derecho penal mínimo y de garantías, en el caso de

i) Amenazas condicionales de mal constitutivo de delito de delito agravada (art. 109 inciso final), la pena debería ser la de reclusión menor en su grado medio.

ii) Amenaza de mal constitutivo de delito simple (art. 109 N°1) y de amenaza no condicional de mal constitutivo de delito (art. 109 N°2), la pena debería ser la de prisión en su grado máximo.

**c) *Proponiendo establecer mayor pena para las coacciones, de la Prof. Silvia Peña***

“Habiendo uso de violencia, creo que la sola pena de multa es insuficiente. En el Derecho comparado se imponen penas privativas de libertad en torno a los 3 años (Italia, Alemania, Argentina, España).”

#### **D. Propuestas de redacción recibidas**

##### **a) Para sustituir el art. 111, del Prof. Pedro Doren**

“Art. 111. El que, con violencia o intimidación, impida a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o le compela a hacer lo que no quiere y que la ley no ordena, será sancionado con multa de una a diez unidades tributarias mensuales.”

#### **E. Redacción aprobada por el Foro Penal**

##### § 4 De las amenazas, coacciones y vías de hecho.

**Art. 109.** El que amenace seriamente a otro con causar a él mismo, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:

1°. Con reclusión menor en sus grados medio a máximo si la amenaza se ha hecho bajo condición.

2°. Con reclusión menor en sus grados mínimo a medio si la amenaza no ha sido condicional.

Se impondrá el grado máximo de las penas señaladas en este artículo, si el mal con que se amenaza pudiera constituir un delito de homicidio, lesiones del artículo 86 Número 1, violación, secuestro o sustracción de menores.

**Art. 110.** Las amenazas de un mal que no constituya delito, hechas bajo una condición ilegítima, serán castigadas con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

**Art. 111.** El que con violencia impida a otro hacer lo que la ley no prohíbe, o le compela a hacer lo que no quiere y que la ley no ordena, será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

**Art. 112.** El que, sin provocarle lesión ni cometer otro delito, ejerciere violencias, golpear o maltratare de obra a otro será castigado con la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

#### **F. Fundamentos del cambio**

Se corrige el texto referido a las amenazas condicionales de mal no constitutivo de delito, en el sentido de aclarar que la condición ha de ser ilegítima.

Se agrega una nueva figura residual de violencias (art. 112).

## **Tema 10. Generalidades sobre delitos contra el honor**

### **A. Texto propuesto**

#### **TÍTULO VI DE LAS INJURIAS**

### **B. Fundamentos**

En lo formal, si bien sólo se desprende de las derogaciones propuestas, se está por concentrar en el Código Penal todas las disposiciones penales de protección del honor. No se considera ni necesario ni conveniente mantener diversos regímenes paralelos sobre la materia. Esto pasa por derogar las disposiciones pertinentes de la Ley 19.733, sobre libertad de opinión y expresión y ejercicio del periodismo (“Ley de prensa”). Asimismo, se anuncia desde ya el propósito de suprimir la tipificación como delitos de desacato de determinadas formas de injurias, actualmente ubicadas en el propio Código Penal y en el Código de Justicia Militar, por no justificarse una protección especial para autoridades y funcionarios públicos en este ámbito. En todo caso, esto último será objeto especial de fundamentación al tratarse en su debida oportunidad los delitos contra el orden público.

Se elimina la distinción, tradicional en el derecho español y chileno, entre el género injurias y la especie calumnias, manteniéndose sólo las *injurias*<sup>107</sup>. Desde luego esto no significa que las conductas que actualmente son constitutivas de calumnia queden sin castigo, por dos razones. Desde la perspectiva de la protección penal del honor, porque por su carácter de especie del género injurias, son plenamente subsumibles en este último tipo penal. Pero, además, porque lo particular de las calumnias es la perturbación de la administración de justicia, disvalor que es preferible considerar en su propio contexto, entre otras razones, para recalcar el carácter público del interés comprometido, lo que se aviene poco con el régimen procesal de los delitos contra el honor<sup>108</sup>. Es perfectamente posible que se dé una situación de concurso entre las injurias y el respectivo delito contra la administración de justicia, que debería resolverse conforme a la regla aprobada como art. 53 del Anteproyecto. Por lo mismo, ahora nuevamente desde el punto de vista de la protección del honor, tampoco ha parecido necesario considerar la calumnia como un tipo calificado de injurias.

### **C. Observaciones recibidas**

No hay

---

<sup>107</sup> El Código español de 1995 ha mantenido la distinción, si bien no sin crítica, cfr. *Rodríguez Mourullo*, Comentarios al Código Penal, p. 609. En la literatura chilena, parece simpatizar con la propuesta *Labatut / Zenteno II*, p. 181.

<sup>108</sup> La actual delimitación entre las calumnias y la denuncia o acusación calumniosa del art. 211 CP, basada en la distinción entre imputación formal e informal, menoscaba la protección de la administración de justicia, por cuanto los órganos de persecución penal que toman conocimiento de la ocurrencia de un hecho punible perseguible de oficio están obligados a actuar sin esperar denuncia formal o querrela (art. 166 CPP).



**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Propuesta de redacción corregida**

**TÍTULO VI  
DE LAS INJURIAS**

**Tema 11. Concepto de injurias**

**A. Texto propuesto**

*Art. 112.* El que profiera expresiones o ejecute acciones que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público como idóneas para menoscabar gravemente el honor de otro, incurre en el delito de injurias y será castigado con la pena de multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Si las injurias se cometen con publicidad, esto es, a través de un medio de comunicación social o a través de otro medio de difusión de eficacia semejante, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

**B. Fundamentos**

Para la redacción de la conducta típica se ha partido del derecho vigente, tomando como base las conductas de “proferir expresiones” o “ejecutar acciones”, pero objetivando, en términos similares a los del nuevo derecho español<sup>109</sup>, el carácter ofensivo de las expresiones o acciones, en orden a que éstas, “por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público como idóneas para menoscabar gravemente el honor de otro”. El divorcio con el derecho español se produce en cuanto se consideró problemático tanto hacer referencia al complejo concepto de “dignidad”, como a las formas tradicionales de honor, esto es, objetivo (“fama”) y subjetivo (“propia consideración”), especialmente esto último, porque parece altamente dudoso que el derecho penal pueda proteger legítimamente la apreciación subjetiva que cada cual tiene de sí mismo. Con todo, no se quiso zanjar explícitamente el punto, prefiriendo, por ejemplo, una sola referencia a la “fama”, sino que se dejó un término más amplio como es el de “honor”. Tampoco se quiso terciar en la ardua discusión sobre la exigencia de un supuesto *animus injuriandi*,

---

<sup>109</sup> Art. 208 CP: “Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

especialmente porque los problemas principales de aplicación del tipo deberían quedar resueltos en sede objetiva.

Se explicita en alguna medida la distinción ineludible entre la imputación de hechos determinados y la expresión de juicios de valor, indispensable para poder operacionalizar, como se explica más abajo, una amplia acogida de la *exceptio veritatis* en el derecho nacional<sup>110</sup>. Es también una distinción central en el derecho comparado<sup>111</sup>.

En cambio, no se ha acogido ninguna distinción basada en la presencia o ausencia del ofendido o en quiénes sean los destinatarios de las expresiones, relevantes en algunas legislaciones extranjeras<sup>112</sup>, pero sin arraigo en Chile ni fundamento manifiesto<sup>113</sup>.

En cuanto a la calificación de las injurias, en vez de estarse a si éstas se han cometido “con publicidad y por escrito”, se dice sólo “con publicidad”, pero aclarando que esto significa “a través de un medio de comunicación social o a través de otro medio de difusión de eficacia semejante”. Los medios de comunicación social están definidos “para todos los efectos legales” en la legislación extrapenal<sup>114</sup>, de suerte que huelga una norma equivalente a la del art. 422 CP. Con todo, se hacía necesario incluir otros medios de difusión que, sin ser medios de comunicación social en sentido técnico, tienen gran importancia e impacto,

---

<sup>110</sup> Adviértase que ya en el derecho vigente las normas sobre *exceptio veritatis*, como es natural, sólo se refieren a imputaciones de hecho; tal es el caso del art. 420 CP (y obviamente del art. 415 inciso primero CP) y del art. 30 de la Ley 19.733, de 4 de junio de 2001, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

<sup>111</sup> El caso más claro es el del derecho *francés*, donde se define difamación como alegación o imputación de hechos determinados que atenten contra el honor o consideración de la persona, e injuria como cualquier otra ofensa (art. 29 Ley de 29 de julio de 1881, según texto vigente desde 1944); por su parte, en el derecho *alemán*, las dos variantes de la difamación (§§ 186 y 187 StGB, *üble Nachrede* y *Verleumdung*) consisten precisa y exclusivamente en la imputación de hechos determinados ofensivos, frente a la injuria, *Beleidigung* (§ 185 StGB), que admite también juicios de valor; en el derecho *italiano* la distinción no es tan importante, si bien la atribución de un hecho determinado constituye una calificación del delito de difamación (art. 595 inciso segundo CP); y recientemente de modo más claro en el derecho *español*, con un tratamiento especial para las injurias que consistan en la imputación de un hecho determinado (art. 208 inciso tercero CP).

<sup>112</sup> En el caso *italiano* la presencia o ausencia del ofendido es criterio esencial para distinguir entre la injuria, que exige tal presencia (art. 594 CP), y la difamación, que se da en los demás casos (art. 595 CP); en el derecho alemán es decisivo determinar el destinatario de las expresiones: las citadas formas de difamación se definen por dirigirse a terceros, en tanto que la injuria se dirige sólo al ofendido.

<sup>113</sup> Así, por ejemplo, mientras que en Chile se propuso en su momento que la presencia del ofendido agravara la responsabilidad, por considerarse mayor la ofensa (así la propuesta del Comisionado Fabres, sesión 86 de 20 de mayo de 1872, Actas, p. 164), en el derecho italiano, donde la distinción existe, es la ausencia del mismo la que justifica mayor castigo, por su indefensión (*Crespi / Stella / Zuccalà*, Commentario, p. 1352). Parece razonable la opinión mayoritaria de la Comisión: “tan grave puede ser la injuria en uno como en el otro caso, por circunstancias del todo diversas” (loc. cit.).

<sup>114</sup> Artículo 2°, Ley 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.

Se entenderá por diario todo periódico que se publique a lo menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”.

como es el caso del correo electrónica u otras formas de comunicación a través de internet<sup>115</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la expresión “proferir”, de la Prof. Silvia Peña*

“Creo que el verbo *proferir* no es el más apropiado para definir la injuria, por cuanto está referido a la articulación de palabras o sonidos, de modo que sólo cubriría las injurias verbales, pero no las hechas por escrito.”

#### b) *Para eliminar la expresión “efectos” del art. 112, del Prof. Pedro Doren*

“En el Art. 112, sugiero cambiar la frase "por su naturaleza, efectos y circunstancias" (que aparece en el Art. 208, inciso 2º, del C.P. español), eliminando la palabra "efectos" ("por su naturaleza y circunstancias)”.

#### c) *Sobre la expresión “concepto público”*

##### (1) *Del Prof. Álvaro Fernández*

“La definición de injurias al fijar el criterio de su apreciación en el “concepto público” podría dejar sin protección a las personas que representen a sectores, grupos o corrientes minoritarias en el país. Entiendo que no se quiere proteger las meras apreciaciones subjetivas, pero debería resaltarse en el artículo (en la definición no queda claro) algún criterio individualizador que permita tomar en consideración las especiales características de la víctima en la medida que sean buscadas por el autor, aunque luego se valoren objetivamente.”

##### (2) *De la Prof. Myrna Villegas*

“Los verbos rectores de las conductas “proferir expresiones” o “ejecutar acciones” parecen no dejar lugar a dudas debido a la objetivación que de las mismas conductas se hace: en el concepto público deben ser idóneas para menoscabar el honor de otro. **Lo que no aparece claro en esta objetivación es la remisión a la locución “concepto público”,** puesto que se trata de una expresión que puede prestarse a dudas de interpretación. El legislador debería explicitar, en una norma a continuación de la transcrita, qué se entiende por “concepto público”, pues lo que es atentado contra el honor para algunos puede no serlo para otros. Así por ejemplo, para algunos la imputación a una persona de que es homosexual, es una ofensa al honor. Para los homosexuales no lo es.”

---

<sup>115</sup> El fraseo es una adaptación del art. 211 CP español: “La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**d) Proponiendo asignar a las injurias sólo penas pecuniarias, de la Prof., Myrna Villegas**

“...Las injurias son de aquella clase de delitos a los cuales, en la práctica de nuestros tribunales, difícilmente se llega a aplicar pena. Los procesos iniciados generalmente son sobreesidos, razón por la cual aparece como inoficioso aplicar una pena de reclusión a este tipo penal. No se trata de dejar sin protección al bien jurídico honor, más, en mi modesta opinión **la pena siempre debería ser de multa**, fuere la injuria hecha o no con publicidad. En el caso de injurias hechas con publicidad evidentemente la multa debería ser mayor que en la que no ha sido hecha con publicidad.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) Para reemplazar el encabezado del art. 112, de la Prof. Silvia Peña**

“El que mediante acciones o expresiones que por su naturaleza y circunstancias puedan menoscabar gravemente el honor de otro, será castigado ....”

**E. Propuesta de redacción corregida**

**Art. 112. El que emita expresiones o ejecute acciones que, por su naturaleza y circunstancias, sean consideradas socialmente como idóneas para menoscabar gravemente el honor del ofendido, será castigado con pena de multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.**

**Si las injurias se cometen con publicidad, esto es, a través de un medio de comunicación social o a través de otro medio de difusión de eficacia semejante, la pena será de reclusión [nocturna] menor en su grado mínimo [a medio] o multa de veintiuna a cuarenta unidades tributarias mensuales.**

**Tema 12. Límites de las injurias**

**A. Texto propuesto**

**Art. 113. No constituyen injurias las expresiones de crítica política, social, literaria, histórica, artística, científica, técnica o deportiva, ni proferidas en defensa de intereses legítimos, ni en el ejercicio de deberes que suponen el ejercicio de la crítica respecto de determinadas personas.**

**Sin perjuicio de lo anterior, si las injurias han consistido en la imputación de hechos determinados, el acusado quedará exento de toda pena probando la verdad de su imputación o al menos que ésta era verosímil al tiempo en que la formuló. En este último caso, deberá probar que procuró seriamente verificar su veracidad antes de formularla. Con todo, no se admitirá prueba sobre hechos pertenecientes**

**exclusivamente a la vida privada del ofendido, sin trascendencia de ningún tipo para el interés público.**

**No se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando en las expresiones o imputaciones, por su tenor, forma y circunstancias, prevalezca el menoscabo del honor por sobre la crítica o expresión legítimas.**

## **B. Fundamentos**

La cuestión fundamental que en la actualidad debe solventar el diseño de la protección del honor es su articulación con las libertades fundamentales de opinión e información (art. 19 N° 12 CPR). En rigor ésta es una cuestión constitucional, pero no parece posible eludir la al momento de legislar sobre la protección del honor. Probablemente una buena salida sería dejar entregada la cuestión a la interpretación de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho, consagrado en el art. 6° N° 6 del Anteproyecto<sup>116</sup>, pero la ausencia de una práctica consistente en esa materia entre nosotros obliga a hacerse cargo de un modo más explícito en la propuesta de regulación legal. La ley debería ensayar un esquema de articulación de los derechos fundamentales en pugna compatible con la Constitución, sin perjuicio que la jurisprudencia de fuente constitucional pueda decir en el futuro otra cosa. A continuación se desarrollan las bases de ese esquema:

En materia de imputaciones de hechos determinados, resulta insoslayable admitir con mayor amplitud relevancia a la manifestación de la *verdad*, como límite general de la protección penal del *honor*, sin perjuicio que desde otras perspectivas la verdad de las imputaciones pueda no ser por sí sola legitimación suficiente<sup>117</sup>. Esta mayor amplitud, que es una constante en el derecho comparado<sup>118</sup>, se podría canalizar a través de diversos

---

<sup>116</sup> En la línea que, para la interpretación del derecho vigente, han propuesto, entre otros, *Garrido III*, p. 198 y ss., 215 y s.; y *Matus / Ramírez*, p. 285.

<sup>117</sup> Es lo que puede ocurrir, por ejemplo, desde la perspectiva de la protección de la intimidad; pero en materia de honor, considerando que el honor digno de protección es el honor merecido y no el meramente aparente, no parece posible ponerle límites a la expresión de la verdad.

<sup>118</sup> Así, en Alemania se admite ampliamente la *exceptio veritatis*; en Italia, donde a primera vista destaca una regulación muy restrictiva en materia de *exceptio veritatis* (art. 596 CP), lo cierto es que por la vía de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho (art. 51 CP), la verdad de las imputaciones más algunos otros requisitos de necesidad y ponderación, tiene un amplio efecto liberatorio (cfr. *Crespi / Stella / Zuccalà*, p. 1360 y s., 1368 y ss.); algo muy similar ocurre en el derecho español, donde no obstante la restrictiva dicción del art. 210 CP, ya con anterioridad la interpretación de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho (antiguo art. 8° N° 11) le daban amplia fuerza eximente a las expresiones (cfr. *Vives Antón*, Derecho Penal PE, 3° edición de 1990, p. 682 y s.), lo que ahora incluso parece posible en sede de tipicidad, por la redacción del art. 208 inciso tercero CP, cuando dispone que las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves (las únicas que constituyen delito según el inciso segundo), “salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, lo que supone falsedad objetiva de las mismas como exigencia típica (ésta es la interpretación de *Rodríguez Mourullo*, p. 631, también la de la monografista *Fernández Palma*, Rosa: El delito de injuria, Aranzadi, Elcano 2001, p. 266 [marg. 31] y parece correcta; cfr. no obstante *Quintero / Morales*, Comentarios, p. 404 y s., poco convincente). En ambos países se sostiene por algunos autores que, en este contexto real, las normas sobre *exceptio veritatis* en rigor están sobrepasadas y se han vuelto superfluas. Por último, debe considerarse que en Francia, además de la consagración relativamente amplia de la *exceptio veritatis* (art. 35 Ley de 29 de julio de 1881), jurisprudencialmente se ha desarrollado una *exception de bonne foi*, que en rigor es un conjunto de

mecanismos técnicos. En esta propuesta, sin embargo, se ha optado por aquél que parece más equilibrado y justo desde la perspectiva de los derechos en conflicto, como es a través de la tradicional regulación de la *exceptio veritatis* como excusa legal absolutoria<sup>119</sup>, en vez de consagrar la falsedad de la imputación como exigencia típica, lo que obligaría a su prueba como requisito de condena. De este modo se consagra como *regla* la inadmisibilidad de las imputaciones ofensivas, las que sólo excepcionalmente se legitiman cuando se demuestra que se ha ejercido el derecho a expresarse con la verdad, corriendo el riesgo de la prueba por cuenta del ofensor. Esta distribución del riesgo se justifica en la medida en que lo contrario impondría al ofendido la prueba de hechos negativos, haciendo ilusoria la protección del honor.

Con esto se plantea la cuestión de los límites de este derecho a probar. Si bien, como se ha dicho, se busca ampliar su ámbito de aplicación, no ha parecido adecuado hacerlo sin límites, como ocurre, por ejemplo, en el derecho alemán, pues la prueba ilimitada de la verdad puede afectar de modo desproporcionadamente intenso la esfera de intimidad del ofendido<sup>120</sup>. En rigor con esta consideración se abandona el ámbito de la protección del honor para entrar al plano de la protección de la intimidad, lo que podría sugerir que se discutiera recién en ese contexto un límite indirecto a la *exceptio veritatis*, coordinando tal vez ambas esferas mediante un mecanismo procesal (por ejemplo, definiendo ambos delitos como de acción privada, dejando la elección al afectado). Sin embargo, ha parecido preferible zanjar desde ya el punto. Se ha consagrado entonces como límite de la producción de prueba los hechos referidos exclusivamente a la vida privada del ofendido, tal como hace ya la legislación especial vigente (art. 30 Ley 19.733)<sup>121</sup> y es habitual en el

---

critérios más objetivos que subjetivos sobre la legitimidad de la actuación, donde la verdad de los hechos tiene un papel muy relevante (cfr. *Mayaud*, Code Penal Dalloz, p. 1821 y ss.).

<sup>119</sup> El código alemán hace lo mismo en la difamación del § 186 StGB, sólo que al revés, erigiendo la verdad no probada (“hecho no probadamente verdadero”) en condición objetiva de punibilidad (sólo en la figura calificada del § 187 StGB la verdad constituye exigencia típica: “hecho falso”). Esta técnica coincide con la del código chileno vigente, al menos en materia de injurias. En materia de calumnias, en cambio, la falsedad de la imputación es exigencia típica (art. 412 CP) por lo que, en rigor, es la acusación la que debe acreditar ese extremo; con todo, el tenor del art. 415 establece lo contrario y no ha sido objeto de cuestionamientos, aunque es incompatible con la presunción de inocencia prevista en los tratados internacionales y, ahora, en el art. 4° CPP.

<sup>120</sup> Al punto de inhibirla muchas veces de buscar la protección penal de su honor, cfr. *Lackner / Kühl*, § 186 StGB Rdn. 8; *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, § 7 Rdn. 20.

<sup>121</sup> “Artículo 30. Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;
- b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querrellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;

derecho comparado, sea directamente en la legislación<sup>122</sup>, sea en la práctica jurisprudencial<sup>123</sup>. Se ha preferido un fraseo genérico y no la casuística de la actual legislación de prensa, aunque esto podría revisarse. En todo caso, lo que debe quedar claro en el texto es que lo íntimo para estos efectos es sólo aquello que no tiene trascendencia pública ninguna. En ese sentido, no son satisfactorios los términos de la actual ley de prensa, cuando excluye del ámbito de la *exceptio veritatis* aspectos referidos a la “vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”, porque aspectos de esas esferas pueden tener trascendencia pública, aun sin constituir delito: desde luego tiene relevancia pública lo relativo a las múltiples amantes del candidato que hace del matrimonio, la fidelidad y la familia sus banderas electorales<sup>124</sup>. Sobre los demás requisitos de una legítima afectación de la intimidad, se remite al título respectivo. Desde la perspectiva inversa, sin embargo, tampoco ha parecido razonable condicionar la exención de responsabilidad a la prueba de la verdad en términos absolutos, negándole todo efecto a la llamada “verdad putativa o subjetiva”, esto es, a la objetiva verosimilitud de la imputación que luego, sin embargo, resulta no corresponder a la realidad. Tal postura impondría una carga tan pesada al ejercicio de la libertad de información, que en sus efectos sería equivalente a una prohibición de informar, incompatible con el desarrollo de una sociedad genuinamente democrática. Por eso la tendencia jurisprudencial italiana<sup>125</sup> y francesa<sup>126</sup>, derechamente la legislación española desde 1995<sup>127</sup>, y la literatura chilena más reciente<sup>128</sup>, admiten, bajo ciertos supuestos, el criterio de la “verdad putativa o subjetiva” como fuente de exención de responsabilidad<sup>129</sup>. Debe destacarse que en la propuesta no

---

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) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

<sup>122</sup> Así la legislación francesa, art. 35 Ley de 29 de julio de 1881.

<sup>123</sup> En la medida en que el *interés público* de la información se define como requisito del ejercicio legítimo del derecho, como hace la jurisprudencia italiana y española.

<sup>124</sup> Ejemplo tomado de *Matus / Ramírez*, p. 294.

<sup>125</sup> *Crespi / Stella / Zuccalà*, p. 1370.

<sup>126</sup> En el contexto de la mencionada *exception de bonne foi*, especialmente para periodistas, más que la verdad objetiva se pone énfasis en el deber de verificación (cfr. *Mayaud*, p. 1826).

<sup>127</sup> En el tipo subjetivo, al exigir que las imputaciones se hayan hecho “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (arts. 205 y 208 inciso tercero).

<sup>128</sup> *Garrido III*, p. 217, quien incluso lo mantiene para el tipo objetivo de calumnia, p. 212; *Matus / Ramírez*, p. 285.

<sup>129</sup> Es lo que propone también la opinión minoritaria pero apreciable en Alemania, iniciada por *Hirsch, Ehre und Beleidigung*, 1967, p. 168 y ss., hoy por todos cfr. *Kindhäuser*, Urs: StGB-Kommentar, § 186 Rdn. 12.

tiene ese efecto por sí sola, sino que acompañada de un deber de seria verificación previa. Con todo, esta distribución de riesgos se propone exclusivamente para efectos penales: nada obstaría, tampoco desde un punto de vista constitucional, para una diversa solución en sede civil<sup>130</sup>.

Adicionalmente, en especial desde la perspectiva de la libertad de opinión, se hace necesario consagrar el carácter legítimo especialmente del ejercicio del derecho a crítica, aun cuando ésta pueda resultar lesiva para el honor, así como del cumplimiento de ciertos deberes que implican el ejercicio de la crítica, como es el caso de la evaluación de desempeño en el ámbito educacional o en el servicio público<sup>131</sup>, entre otras situaciones. Este es el aspecto que más nítidamente podría haber quedado entregado a la interpretación de la justificante del art. 6° N° 6 del Anteproyecto (ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber), pero la mencionada ausencia de una práctica consistente hace recomendable la introducción de una orientación expresa, tal como se hace, por ejemplo, en el derecho alemán<sup>132</sup>. Si bien se mira, en este punto se recoge, en alguna medida, la norma del inciso segundo del art. 29 de la vigente ley de prensa<sup>133</sup>, aunque ampliada y sin la referencia al propósito de injuriar como límite, sin perjuicio que se recoja un límite, como a continuación se indica.

En efecto, tanto para la exención vía *exceptio veritatis* como para la exención vía ejercicio legítimo de la crítica, se establece como límite la preponderancia de la ofensa por sobre la expresión legítima, en la línea del derecho alemán<sup>134</sup>. Es cierto que ésta es una válvula que puede ser peligrosa, pero parece necesaria para hacerse cargo de las llamadas *injurias absolutas o formales*, esto es, aquéllas injuriosas *per se*<sup>135</sup>, y para el insulto gratuito. Nótese que la jurisprudencia de algunos países europeos ha puesto como requisito del ejercicio legítimo del derecho, además de la verdad tratándose de imputaciones, entre otras, la objetividad y la “civilidad”, esto es, el empleo de formas civilizadas de criticar<sup>136</sup>.

---

<sup>130</sup> Al respecto, por ejemplo, *Fernández Palma*, cit., p. 264 y s.

<sup>131</sup> En alguna medida, el art. 427 CP vigente discurre sobre esa línea.

<sup>132</sup> § 193 StGB: “Juicios negativos sobre rendimientos científicos, artísticos o profesionales, las mismas expresiones hechas en ejercicio o defensa de derechos o en resguardo de intereses legítimos, así como objeciones o quejas de los superiores contra sus subordinados, denuncias oficiales o fallos por parte de un funcionario público y casos parecidos, sólo son punibles en la medida en que por la forma de la expresión y las circunstancias en las que ocurre, prevalece la presencia de una injuria”.

<sup>133</sup> “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”.

<sup>134</sup> § 192 StGB: “La prueba de la verdad del hecho imputado o difundido no excluye la punición conforme al § 185 cuando por la forma de la imputación o difusión y las circunstancias en las que ocurre, prevalece la presencia de una injuria”, además del citado § 193 StGB.

<sup>135</sup> *Garrido III*, p. 200.

<sup>136</sup> Así la jurisprudencia italiana, cfr. *Crespi / Stella / Zuccalà*, p. 1368.



### C. Observaciones recibidas

#### a) *Rechazando la regulación de la exceptio veritatis*<sup>137</sup>

##### (1) De la Prof. Silvia Peña

La “defensa de intereses legítimos” resulta un tanto vaga y puede dar lugar a problemas en su aplicación. Igual cosa puede ocurrir con la regulación de la *exceptio veritatis*, que se satisface con la mera “verosimilitud” de la imputación.

##### (2) Del Prof. Álvaro Fernández

No comparto el criterio de la *exceptio veritatis* que deja en el acusado la carga de la prueba y establece criterios de veracidad. Es mucho mejor el criterio jurisprudencial norteamericano que introdujo el fallo “New York versus Sullivan”, ampliamente acogido por la legislación y doctrina europea, que invierte el peso de la prueba de forma de tener que probar en el acusado “el conocimiento de la falsedad de la información o el temerario desprecio hacia la verdad”. Obligar al acusado a probar que “procuró seriamente su veracidad antes de formularla”, podría llevar a sancionar cualquier error periodístico (de habitual ocurrencia), lo que limitaría en exceso el ejercicio de la libertad de expresión. La norma propuesta limita, además, las posibilidades de interpretar la causal de justificación de “ejercicio legítimo de un derecho”, que a mi juicio es clave en este delito. Por lo demás, en el proyecto presentado por el gobierno sobre protección del honor y de la intimidad de las personas, en su artículo 9, se era mucho más exigente para establecer la responsabilidad civil. Allí se hablaba de “grave descuido de la verdad de lo que se le atribuye”.

#### b) *Rechazando el inc. final del art. 113 propuesto, del Prof. Álvaro Fernández*

“Entiendo lo que quieren decir con este artículo, pero como está redactado es muy peligroso. Podría llevar a obviar, sin más, los criterios del inciso anterior, generando incertidumbre jurídica. Da a entender que se puede ejercer legítimamente un derecho y, no obstante, ser responsable por el delito de injurias, lo cual genera graves problemas interpretativos. Hay que pensar en una mejor redacción o derechamente eliminar este inciso y dejar aplicable el criterio jurisprudencial.”

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay

---

<sup>137</sup> En sus observaciones, la Prof. Myrna Villegas aprueba expresamente la redacción propuesta por la Secretaría Técnica.

## E. Propuesta de redacción corregida

**Art. 113.** No constituyen injurias las expresiones de crítica política, social, literaria, histórica, artística, científica, técnica o deportiva, ni las emitidas en defensa de intereses legítimos, ni en el cumplimiento de deberes que suponen el ejercicio de la crítica respecto de determinadas personas. Sin perjuicio de lo anterior, si las injurias han consistido en la atribución de hechos determinados, el acusado quedará exento de toda pena probando la verdad de su imputación o al menos que ésta era verosímil al tiempo en que la formuló. En este último caso, deberá probar que procuró verificar su veracidad antes de formularla. Con todo, no se admitirá prueba sobre hechos pertenecientes exclusivamente a la vida privada del ofendido, sin trascendencia para el interés público.

### Tema 13. Reglamentaciones particulares en materia de injurias

#### A. Texto propuesto

**Art. 114.** Si las injurias se han cometido con publicidad y el ofendido lo pide, la sentencia condenatoria se mandará difundir, a costa del condenado, en el mismo medio y en condiciones semejantes a aquéllas bajo las cuales se cometieron las injurias.

**Art. 115.** Las injurias cometidas en el curso de un procedimiento judicial se juzgarán disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa, sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente.

**Art. 116.** La acción penal por injurias prescribe en un año, contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa. La misma regla se observará respecto de las personas que conforme a la ley ocupan el lugar de la víctima; pero el tiempo transcurrido desde que el ofendido tuvo o pudo tener conocimiento de la ofensa hasta su muerte o impedimento, se tomará en cuenta al computarse el año durante el cual pueden ejercitar esta acción dichas personas. Con todo, no podrá entablarse la acción por injurias después de cinco años, contando desde que se cometió el delito, salvo en el caso señalado en el artículo anterior.

**Art. 117.** El juez podrá dejar sin sanción las injurias cometidas en respuesta próxima de otras injurias, cuando, atendidas las circunstancias del hecho, se trate de una reacción comprensible. En este caso, podrá también dejar sin sanción al que primero injurió, cuando la situación parezca haber quedado razonablemente compensada.

#### B. Fundamentos

Se suprimen todas las cuestiones procesales referidas al carácter de delito de acción privada de las injurias –carácter que quedaría inalterado–, por estar suficientemente reguladas en el

CPP. En alguna medida, este camino ya lo había iniciado la Ley 19.806, de normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

Se suprime la norma sobre injurias en periódicos extranjeros (art. 425 CP) y se propone introducir en su lugar, en el Título III del Libro I del Anteproyecto, una disposición general sobre extraterritorialidad de la aplicación de la ley penal chilena para todos aquellos delitos a través de medios de difusión de todo tipo a los cuales se puede acceder desde Chile. Esta norma se aplicaría a las injurias, pero también a otros que van a ir siendo discutidos por el Foro (v. gr. difusión de pornografía infantil).

Se mantienen con modificaciones mínimas las normas sobre injurias en juicio, prescripción de la acción penal y publicación de la sentencia condenatoria. Se modifica en cambio la criticada regla sobre compensación de injurias<sup>138</sup>, para dar paso a una regulación más fundada en la idea de *retorsión*, como era el propósito original de la Comisión Redactora<sup>139</sup>, similar a la que contiene el derecho penal alemán<sup>140</sup>.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Rechazando la sanción de publicación de la sentencia condenatoria, del Prof. Álvaro Fernández*

“Establece una sanción que creo no corresponde a las de un Código Penal y debiera eliminarse. De cualquier forma, de estimarse indispensable esta norma por el foro, debiera limitarse su difusión sólo a un extracto de la sentencia, con las limitaciones de número de caracteres y tiempo que se establecen para el derecho de rectificación.”

#### b) *Proponiendo fijar el plazo de prescripción a partir de la publicación y no del conocimiento de la injuria, del Prof. Álvaro Fernández*

Tratándose de injurias difundidas por un medio de comunicación, el plazo de prescripción debe contarse desde la publicación o emisión por el respectivo medio. Lo otro genera incertidumbre y se presta para todo tipo de abusos.

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay

### E. Propuesta de redacción corregida

**Art. 114. Si las injurias se han cometido con publicidad y el ofendido lo pide, el hecho de la condena se mandará difundir, a costa del condenado, en el mismo medio y en**

<sup>138</sup> Cfr. la crítica de *Labatut / Zenteno* II, p. 192; *Etcheberry* III, p. 184.

<sup>139</sup> Sesión N° 88, de 24 de mayo de 1872, Actas, p. 168. Al respecto, véase *Garrido* III, p. 222.

<sup>140</sup> § 189 StGB: Cuando una injuria es respondida en el acto, el juez puede absolver a ambos ofensores o a uno de los mismos.

**condiciones semejantes a aquéllas bajo las cuales se cometieron las injurias, las que serán determinadas por el tribunal.**

**Art. 115.** Las injurias cometidas en el curso de un procedimiento judicial se juzgarán disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa, sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente.

**Art. 116.** La acción penal por injurias prescribe en un año, contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa.

La misma regla se observará respecto de las personas que conforme a la ley ocupan el lugar de la víctima; pero el tiempo transcurrido desde que el ofendido tuvo o pudo tener conocimiento de la ofensa hasta su muerte o impedimento, se tomará en cuenta al computarse el año durante el cual pueden ejercitar esta acción dichas personas.

Con todo, no podrá entablarse la acción por injurias después de cinco años, contando desde que se cometió el delito, salvo en el caso señalado en el artículo anterior.

**Art. 117.** El juez podrá dejar sin sanción las injurias cometidas en respuesta próxima de otras injurias, cuando, atendidas las circunstancias del hecho, se trate de una reacción comprensible. En este caso, podrá también dejar sin sanción al que primero injurió, cuando la situación parezca haber quedado razonablemente compensada.

#### **Tema 14. Delitos contra la intimidad**

##### **A. Texto propuesto**

### ***TÍTULO VII***

#### ***DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD***

§ 1. De la violación de morada, de correspondencia, y otras formas de intromisión en la esfera de la intimidad.

##### **B. Fundamentos**

Este título consta de dos párrafos. En el primero se reúnen los tradicionales tipos penales de violación de morada y correspondencia, adicionados con tipos penales que adecuan el sentido de dichos tipos tradicionales al cambio tecnológico, muchos de los cuales ya están presentes en alguna medida en la legislación extravagante. En el segundo se reubican los delitos de violación de secretos de particulares, con un alcance relativamente más amplio.

##### **C. Observaciones recibidas**

No hay

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Propuesta de redacción corregida**

**TÍTULO VII**

**DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD**

§ 1. De la violación de morada, de correspondencia, y otras formas de intromisión en la esfera de la intimidad.

**Tema 15. Violación de morada**

**A. Texto propuesto**

*Art. 118.* El que, sin la voluntad del titular, entre o permanezca en morada ajena o en lugares no abiertos indiscriminadamente al público, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales. Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, no se podrá aplicar la pena de multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por las violencias o intimidación ejercidas.

**B. Fundamentos**

Por considerársele necesario desde la perspectiva de la debida protección de los espacios de intimidad, se extiende expresamente la protección también a “lugares no abiertos indiscriminadamente al público”. Ésta es una tendencia clara en la doctrina<sup>141</sup>, pero ha parecido conveniente explicitarlo inequívocamente.

Se suple la ausencia, ampliamente constatada en la doctrina<sup>142</sup>, de la hipótesis de permanencia indebida en morada ajena, siguiendo así la línea de los proyectos históricos de reforma<sup>143</sup>.

Se consagra explícitamente la interpretación dominante de la expresión “*contra* la voluntad” en cuanto a darle el alcance de “*sin* la voluntad” del morador, para evitar dudas interpretativas<sup>144</sup>.

A partir de la nueva regulación del estado de necesidad en el art. 6° N° 5 del Anteproyecto, que supera los estrechos límites de tal justificante en el derecho vigente,

<sup>141</sup> Etcheberry III, p. 254 y s.; Garrido, El delito, cit., p. 152; aparentemente Labatut / Zenteno II, p. 34.

<sup>142</sup> Labatut / Zenteno II, p. 34; Etcheberry III, p. 253; Garrido, Mario: El delito de violación de morada, en Cuadernos Judiciales N° 6 (2002), p. 149 y s.

<sup>143</sup> Cfr. art. 122 Proyecto de 1929 y art. 153 del Proyecto de 1938.

<sup>144</sup> Cfr. Labatut / Zenteno II, p. 35; Etcheberry III, p. 257 y s.; Garrido, El delito, cit., p. 150.

se torna superflua la justificante especial del art. 145 CP, razón por la cual se suprime. Lo mismo se ha hecho en el nuevo código español, con amplia aprobación<sup>145</sup>. Nuevas formas de afectar el espacio de intimidad dado por la morada u otros lugares de acceso restringido, se abordan en un artículo aparte, por meras razones prácticas relativas a la facilidad de redacción.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la redacción del inc. 1º del art. 118, de la Prof. Myrna Villegas*

“La redacción del inciso 1º de este artículo me parece correcta, no así la del inciso segundo que castiga a la violación de morada ejercida con violencia o intimidación. En él se señala que no se aplicará la pena de multa sin perjuicio de las que correspondan por la violencia o intimidación ejercidas. Esta fórmula me parece engorrosa debido al concurso que alberga en su seno: la violación de morada de un lado, y los de lesiones correspondientes a la violencia (por ejemplo), de otro lado.

Sin ánimo de lege ferenda, en mi opinión, quizá hubiere sido preferible asignar una pena única a la entrada en morada ajena ejercida con violencia o intimidación, la que podría ser, proporcionalmente reclusión mayor en su grado mínimo a medio.

Por otra parte, el artículo resulta novedoso en cuanto a incluir dos hipótesis de comisión: entrar o permanecer en morada ajena. Entrar no presenta mayores dificultades de interpretación, y la permanencia supone una entrada previa, que pudo haber sido con el consentimiento del morador, no así luego el permanecer en dicha morada.”

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay

### E. Propuesta de redacción corregida

**Art. 118. El que, sin la voluntad del titular, entre o permanezca en morada ajena o en lugares no abiertos indiscriminadamente al público, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales. Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, no se podrá aplicar la pena de multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por las violencias o intimidación ejercidas.**

---

<sup>145</sup> Quintero / Morales Prats, p. 378; Rodríguez Mourullo / Jorge Barreiro, p. 595.

**Tema 16. Violación de correspondencia**

**A. Texto propuesto**

*Art. 119. Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado mínimo al que abra o registre la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad.*

**B. Fundamentos**

Se mantiene en lo fundamental el tipo de violación de correspondencia del art. 146 CP. Nuevas formas de afectar las comunicaciones privadas, se abordan en un artículo aparte, por meras razones prácticas relativas a la facilidad de redacción.

**C. Observaciones recibidas**

No hay

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Propuesta de redacción corregida**

*Art. 119. Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado mínimo al que abra o registre la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad.*

**Tema 17. Modernas intromisiones en la esfera de intimidad**

**A. Texto propuesto**

*Art. 120. La misma pena señalada en el artículo anterior se aplicará al que:*

*1°. Capte o grabe de manera subrepticia palabras de otro no emitidas públicamente, mediante cualquier tipo de instrumentos sin los cuales no se pudiera realizar dicha captación o grabación;*

*2°. Capte o grabe subrepticamente imágenes de otro que se encuentre en su morada o en un lugar no abierto indiscriminadamente al público;*

*3°. Capte o grabe las telecomunicaciones de otro sin su voluntad; o*

*4°. Acceda a la información de otro contenida en soportes informáticos, sin su voluntad.*

## B. Fundamentos

La propuesta pretende complementar los tipos penales tradicionales de violación de morada y de correspondencia, adecuando esa protección tradicional a las nuevas formas de ataque que se han hecho posibles en virtud de los avances tecnológicos y que, si bien de manera algo inorgánica y no siempre pacífica, ya han venido siendo objeto tanto de reformas al Código (arts. 161-A y 161-B), como de legislación especial, como es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones, la ley sobre delito informático y las sucesivas leyes de prensa. Protección de todo tipo de comunicaciones no constitutivas de correspondencia, protección de informaciones en soporte informático que no constituyen “papeles” y protección frente a formas de intromisión de los espacios físicos de intimidad mediante dispositivos tecnológicos que permiten no incurrir en formas ya tipificadas de ataque, no constituyen en rigor ampliaciones del campo de protección, sino meras adaptaciones del mismo al cambio tecnológico, y debieran ser, por lo mismo, en principio inobjetables, más allá de la discusión sobre su plasmación técnica. La propuesta es concordante, además, con la situación observada en el derecho comparado<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> España: Art. 197 CP.

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

Italia: Art. 615 bis CP. Interferenze illecite nella vita privata

Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'art. 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.



Probablemente la única gran duda en esta materia viene dada por las hipótesis en las que la grabación de las conversaciones es obra de uno de los propios interlocutores con desconocimiento del otro u otros. Resulta ineludible hacerse cargo inequívocamente del punto, por la importancia que ha adquirido en el debate nacional sobre la articulación entre el ejercicio de determinados derechos y protección de la intimidad de las personas. Se trata de una cuestión debatida en el derecho comparado. En Alemania la profunda preocupación por la esfera de intimidad de las personas ha dado lugar a que desde 1967 exista un tipo penal, actualmente el § 201 StGB, que entre otras conductas reprime explícitamente, en términos generales y respecto de cualquier persona, también el interlocutor, la grabación no autorizada de la “palabra no hablada públicamente”<sup>147</sup>. Según opinión dominante la disposición no busca tanto proteger la confidencialidad de lo dicho (el secreto no es requisito), como evitar su fijación, que importa perpetuar lo que en la vida cotidiana se entendió tranquilamente como efímero y transformarlo en un objeto disponible al margen de la voluntad del afectado<sup>148</sup>. En España, por su parte, si bien el texto del art. 197 CP no es explícito y las posiciones no están tan desarrolladas, un importante sector de la doctrina mantiene la tipicidad de la conducta<sup>149</sup>. En Italia, tampoco es explícito el art. 615 bis CP, pero existe al menos un fallo que declara que no puede considerarse ilegítima la grabación del destinatario de las palabras<sup>150</sup>. Más allá de la discusión sobre la actual subsumibilidad de la conducta en el art. 161-A CP vigente<sup>151</sup>, cuestión que no cabe abordar aquí, se propone incluir expresamente la conducta de los interlocutores que sin consentimiento del otro fijan subrepticamente

---

Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo.

I delitti sono punibili a querela della persona offesa (c.p.120-126); tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

<sup>147</sup> Esto se desprende nítidamente del contraste con las demás hipótesis del precepto: sólo en la hipótesis delictiva de escuchar la palabra no hablada públicamente a través de aparatos de escucha, se exige que ésta no haya estado destinada al conocimiento del autor.

<sup>148</sup> Schönke / Schröder / Lenckner, § 201 Rdn. 2; Tröndle / Fischer, § 201 Rdn. 2; Lackner / Kühl, § 201 Rdn. 1.

<sup>149</sup> Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal, PE (8° edición de 1990), p. 160; Cobo / Vives, Derecho Penal PE (3° edición de 1990), p. 776; Rodríguez Marín, Fernando: Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, ADPCP 1990, 221. Todas estas obras se refieren al art. 497 bis del antiguo código español, equivalente en lo fundamental al actual art. 197. Parece sugerirlo también Rodríguez Mourullo / Jorge Barreiro, p. 571. Con todo, debe mencionarse que el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma (STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, disponible en la página web del Tribunal Constitucional español ([www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es))).

<sup>150</sup> Sentencia de casación de 19 de febrero de 1981, en C. pen. 1982, 1529.

<sup>151</sup> Por la negativa Ramírez, María Cecilia: El delito de escuchas telefónicas ilegales en el ordenamiento chileno, en Politoff / Matus (coordinadores): Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes, ConoSur, Santiago 2000, p. 309, reiterada en Matus / Ramírez, p. 67 y s. La subsumibilidad era bastante más clara en el inciso segundo del art. 22 de la derogada Ley N° 16.643.

sus expresiones o imágenes en los mismos términos en que sería punible la acción de un tercero (es decir, cuando se trata de situaciones en el interior de lugares cerrados o bien en lugares abiertos al público cuando las conversaciones no sean normalmente audibles). La razón de fondo tiene que ver con el reconocimiento de distintos niveles de disposición de la esfera de intimidad, asociados a distintas distribuciones de riesgo. Parece razonable que el afectado no pueda exigir protección – al menos no penal – por los riesgos que libremente ha aceptado correr y que fluyen de las circunstancias susceptibles de ser conocidas. Compartir con otros un espacio de intimidad importa siempre un acto de confianza que puede ser defraudado. Naturalmente no parece posible ni legítimo reforzar genéricamente esa confianza con el instrumentario penal. Necesariamente el que confía debe asumir el riesgo de la deslealtad o de la indiscreción (a menos que se trate de relaciones institucionalizadas necesarias para la vida social, ámbito en el cual simplemente se está obligado por el sistema a confiar, lo que debe compensarse con una reducción institucional del riesgo, como es el caso, por ejemplo, de las vulneraciones del secreto profesional o de los funcionarios públicos). Pero el que sólo comparte la intimidad ha asumido sólo ese riesgo, no los riesgos adicionales que le permanecieron subrepticamente ocultos, como es que, además de deslealtad o indiscreción, una faceta de la intimidad quede fielmente fijada de modo tal que permanezca a perpetuidad disponible para los usos más variados. Es la diferencia entre ser traicionado por las divulgaciones de la persona con quien se comparte la intimidad sexual y la fijación reproducible hasta el infinito de esa intimidad sexual, como el caso del joven que subrepticamente filma las relaciones sexuales que mantiene con su novia. El que comparte la intimidad con alguien asume con conocimiento de causa un riesgo de divulgación, pero no el riesgo de una fijación subreptica. Ahora bien, si además consiente en la fijación, entonces también asume el riesgo del mal uso que se haga con ella y no puede exigir protección penal. Es lo que ocurre con la divulgación desleal de correspondencia privada de la cual se es destinatario, no constitutiva de delito. Naturalmente podría argüirse que el riesgo de la fijación subreptica es inherente al compartir intimidad y que por lo mismo siempre debe entenderse como un riesgo corrido voluntariamente. La cuestión es, sin embargo, si resulta socialmente tolerable poner a las personas en la necesidad de tener que verificar en cada instante de su vida íntima cotidiana que quienes las rodean no portan micrófonos o cámaras ocultas. La propuesta entiende que no<sup>152</sup>, lo que se explicita a través del adverbio “subrepticamente”, que se aplica por igual a todo posible autor, incluso interlocutor.

---

<sup>152</sup> Nótese que la reciente indicación sustitutiva del Ejecutivo al proyecto de ley sobre protección del honor y la intimidad (Boletín N° 2370-07), proponía la introducción del siguiente art. 161-C al Código Penal: “El que sin el consentimiento del afectado registrare las palabras que le fueran dirigidas confidencialmente por aquel, o grabare las imágenes de acciones íntimas que aquel realizare privadamente en su presencia, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas Unidades Tributarias Mensuales.

La misma pena se impondrá al que, habiendo grabado con el consentimiento de otro imágenes a que hace referencia el inciso anterior, divulgare el contenido de la grabación sin su autorización”.

Como se ve, el primer inciso corresponde al sentido de la propuesta (no así el segundo, que resulta excesivo desde un punto de vista penal). La norma en comento no fue acogida por la Cámara de Diputados, aunque sólo por entenderse que ya estaba suficientemente contenida en el art. 161-A CP (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 3 de diciembre de 2003, p. 35).

Sólo muy excepcionalmente, como se explica más abajo, a propósito del artículo siguiente, se puede entender justificada la conducta del interlocutor subrepticio.

La protección es completa para palabras no dichas en público, pero sólo parcial para imágenes, limitándose a aquéllas subrepticamente captadas o grabadas en lugares cerrados. Con esto ya se indica la solución dada al siguiente problema:

Más allá de este ámbito, que podría calificarse como el de las *intromisiones*, se plantea la ardua cuestión sobre la eventual incriminación de la *indiscreción*, esto es, de la divulgación de aspectos de la intimidad o vida privada de las personas sin su consentimiento. Resulta relativamente sencillo avanzar en esa incriminación cuando lo divulgado es aquello que se ha obtenido mediante la intromisión ilegítima, lo que algún autor ha denominado la “receptación de información” (*Informationshehlerei*)<sup>153</sup> (naturalmente con conocimiento del carácter ilegítimo de la intromisión, exigencia inherente al dolo de la figura, razón por la cual no se expresa), segundo atentado contra la intimidad del afectado (se propone regla concursal especial en caso de ser una misma persona el autor). Esto es, por lo demás, lo usual en las normas del código vigente.

Pero no puede decirse lo mismo de todos los desarrollos que son actualmente objeto de debate en materia de protección de la intimidad frente a la indiscreción, los que se extienden, además, al llamado derecho a la propia imagen. En esta materia los contornos difusos de las situaciones y posibles soluciones representan un serio obstáculo para la elaboración de prescripciones penales razonablemente practicables, que no caigan, por un lado, en el casuismo exagerado ni, por el otro, en disposiciones vagas incompatibles con el principio de tipicidad. Estos límites técnicos sugieren además un cierto déficit material para abordar estos asuntos en sede criminal. Resulta conveniente recordar que el origen y principal modelo normativo de la actual discusión es el derecho norteamericano de responsabilidad extracontractual o delictiva civil (*torts*), el que, por su propia naturaleza se construye por vía esencialmente jurisprudencial (si bien luego legislativamente fijado) a partir de principios generales que dan lugar al desarrollo de estándares esencialmente orientativos<sup>154</sup>. Es cierto que la propuesta en materia de delitos contra el honor, por ejemplo, no rehuye la difícil articulación entre derechos de contenido general, pero la incertidumbre asociada a ese proceder se encuentra mucho más acotada en ese contexto. También es cierto que ya existen algunos consensos básicos en esta materia, como es, por ejemplo, que el interés público en el conocimiento de ciertos aspectos íntimos puede justificar una relativa afectación de la vida privada, o que, en la misma línea, a las personas que intervienen en la vida pública se les reconoce una protección menor frente a la indiscreción que la que se les acuerda al hombre medio, pero más allá de estos pocos aspectos, es bastante poco lo que puede afirmarse con la seguridad que requiere un tipo penal. No es casual, por lo mismo, que la legislación penal comparada de referencia no avance en esta dirección y se limite a criminalizar las hipótesis de intromisión y las divulgaciones

---

<sup>153</sup> *Arzt en Arzt / Weber*, § 8 Rdn. 23.

<sup>154</sup> Una síntesis del origen y evolución del derecho a la intimidad en los Estados Unidos – y en otros países a partir de esa influencia - puede verse el estudio iuscomparativo de *Fayos Gardó*, Antonio: Derecho a la intimidad y medios de comunicación, CEPC, Madrid 2000, p. 25 y ss. Entre nosotros puede verse *Ramírez*, cit., p. 267 y ss.

asociadas a aquéllas. Eso es lo que se hace en la propuesta<sup>155</sup>. Como única manifestación indirecta de una protección de “contenidos íntimos” (en oposición a “espacios íntimos”) puede considerarse el límite que, en materia de injurias, impone la intimidad del afectado a la *exceptio veritatis*. Así, no constituiría delito difundir aspectos de las duras condiciones de vida en que transcurrió la niñez de una persona, aunque éstas sean ingratas para el afectado, quien preferiría mantenerlas ocultas al resto, pero sí podría serlo difundir vicios privados cuyo conocimiento menoscabe su honor, sin que sea admisible demostrar su verdad por tratarse de aspectos sin trascendencia pública. En todo caso, nada obsta a que la legislación o la jurisprudencia civiles avancen en una efectiva protección de la intimidad y la imagen de las personas, en debido equilibrio con las libertades de opinar e informar<sup>156</sup>.

### C. Observaciones recibidas

- a) ***Proponiendo sustituir, en el N° 4° del art. 120, la expresión “sin su voluntad”, por “sin la competente autorización”, del Prof. Gonzalo Medina***

“En la regulación de las hipótesis del propuesto artículo 120, el numeral 4° hace referencia a la contrariedad del titular para el acceso a información contenida en soportes informáticos.

El elemento determinante no es la contrariedad a la voluntad del titular, sino la inexistencia de competente autorización. Ello dado que numerosas informaciones son contenidas en soporte informático y, sin embargo, su acceso no requiere la autorización del titular en todos los casos, sino del poseedor de la información.”

### D. Propuestas de redacción recibidas

No hay

### E. Propuesta de redacción corregida

**Art. 120. La misma pena señalada en el artículo anterior se aplicará al que:**

---

<sup>155</sup> No parece aconsejable, en consecuencia, la introducción de una norma como el nuevo art. 161-B CP contenido en la citada indicación sustitutiva del Ejecutivo y que fue aprobado por la Cámara en Primer Trámite Constitucional, del siguiente tenor: “El que sin el consentimiento del afectado grabare imágenes de hechos personales ocurridos en cualquier lugar, lesionando con ello considerablemente la intimidad del afectado, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas Unidades Tributarias Mensuales.

Con la misma pena será castigado el que utilizare instrumentos o artificios técnicos para escuchar o registrar las conversaciones privadas que se llevaran a cabo en lugares distintos del artículo anterior”.

<sup>156</sup> Una opinión más favorable a la regulación penal del asunto, aun con ventaja por sobre la regulación civil, en *Bacigalupo*, Enrique: ¿Necesita el derecho penal español un delito de indiscreción?, en *AA.VV.*: Derecho Penal. Homenaje a Raúl Peña Cabrera, Ediciones Jurídicas, Lima 1991, p. 75 y ss. (también en Poder Judicial N° 15, 1989).

- 1°. Capte o grabe de manera subrepticia palabras de otro no emitidas públicamente, mediante cualquier tipo de instrumentos sin los cuales no se pudiera realizar dicha captación o grabación;
- 2°. Capte o grabe subrepticamente imágenes de otro que se encuentre en su morada o en un lugar no abierto indiscriminadamente al público;
- 3°. Capte o grabe las telecomunicaciones de otro sin su voluntad; o
- 4°. Acceda a la información de otro contenida en soportes informáticos, sin su voluntad.

## Tema 18. Exención entre parientes e intromisión justificada

### A. Texto propuesto

*Art. 121.* Los dos artículos precedentes no son aplicables entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a las palabras, imágenes, papeles, correspondencia, telecomunicaciones o informaciones del otro cónyuge, sus hijos o los menores que se hallen bajo su dependencia.

Tampoco será aplicable lo dispuesto en los Números 1, 2 y 3 del artículo anterior cuando la conducta se ha realizado por quien se encuentra en presencia del ofendido o mantiene una comunicación verbal con él, y lo ha hecho para probar la conducta ilegal de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, un delito del que es o puede ser víctima, o un delito que afecte intereses de la colectividad en su conjunto, siempre que, atendidas las circunstancias concretas, parezca necesario el empleo de estos medios para obtener ese propósito.

### B. Fundamentos

Ha parecido prudente mantener, extendida a las nuevas hipótesis, la norma del inciso segundo del art. 146 CP<sup>157</sup>, no así la del inciso tercero, por superfluo.

Adicionalmente, parece conveniente y justo dejar abierta la posibilidad de intromisiones subrepticias en casos extremos, cuando exista un interés superior que lo justifique, como es el caso de probar, por ejemplo, una extorsión o un intento de cohecho, bajo ciertos requisitos. En el derecho comparado esto es aceptado jurisprudencialmente por la vía de las causas genéricas de justificación, aunque no sin cierta dificultad, y siempre en términos muy restringidos. Así, en el derecho alemán, además del consentimiento del ofendido, se acepta en general como causa de justificación la legítima defensa (en casos de extorsión, por ejemplo) o el estado de necesidad, en la forma de necesidad de prueba, pero restringido a la obtención de prueba para procesos penales (sólo por parte de privados, pues respecto de los órganos de persecución penal la posible justificación se reglamenta en los códigos de procedimiento) o de divorcio, y sólo en casos relativamente extremos. Respecto de los medios de comunicación social, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que la libertad de prensa no justifica la obtención ilícita de información, de suerte que sólo cabría

---

<sup>157</sup> Contra la extendida opinión en España, que celebró la supresión del precepto en el nuevo código.

pensar en un (más bien dudoso) estado de necesidad en casos extremos<sup>158</sup>. Estas inseguridades sugieren la conveniencia de contar con una norma expresa de orientación.

**C. Observaciones recibidas**

*a) Proponiendo excluir la justificación entre cónyuges, de la Prof. M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez*

“Excluir al cónyuge de la justificación en la intromisión allí señalada, pues su inclusión valga la redundancia no tiene justificación

*b) Proponiendo extender la justificación prevista, del Prof. Álvaro Fernández*

Yo agregaría como causal de justificación: “para probar la existencia de algún hecho de interés público real o interés privado legítimo” (Vid. ejemplo Chilevisión y Juez Calvo)

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Propuesta de redacción corregida**

***Art. 121. Los dos artículos precedentes no son aplicables entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a las palabras, imágenes, papeles, correspondencia, telecomunicaciones o informaciones del otro cónyuge, sus hijos o los menores que se hallen bajo su dependencia.***

***Tampoco será aplicable lo dispuesto en los Números 1, 2 y 3 del artículo anterior cuando la conducta se ha realizado por quien se encuentra en presencia del ofendido o mantiene una comunicación verbal con él, y lo ha hecho para probar la conducta ilegal de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, un delito del que es o puede ser víctima, o un delito que afecte intereses de la colectividad en su conjunto, siempre que, atendidas las circunstancias concretas, parezca necesario el empleo de estos medios para obtener ese propósito.***

**Tema 19. Calificación por calidad de funcionario público**

**A. Texto propuesto**

***Art. 122. Las penas señalada en los artículos precedentes se elevarán en un grado cuando el responsable sea funcionario público que ha actuado con abuso de su cargo.***

<sup>158</sup> Sobre toda la problemática de la justificación en este delito, *Schönke / Schröder / Lenckner*, § 201 Rdn. 29 y ss.

No obstante, en el caso del artículo 118, la pena será sólo de multa de 1 a 10 unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial en su grado mínimo para el ejercicio de su cargo u oficio público, cuando la urgencia y gravedad de las circunstancias bajo las cuales se practicó la entrada ilegal han disminuido considerablemente la capacidad del funcionario para apreciar la legalidad de su actuación. En casos muy calificados, el juez podrá prescindir de toda pena.

## **B. Fundamentos**

Los tipos calificados por el carácter de funcionario público del responsable de los arts. 155 y 156 CP se recogen en una calificación genérica para todos los delitos del título. Se agrega, sin embargo, una regla equivalente a la introducida en materia de detenciones ilegales en relación con el delito de violación de morada, por las mismas razones: la especiales circunstancias que a veces rodean un allanamiento ilegal.

## **C. Observaciones recibidas**

### **a) *Rechazando la disminución de penas prevista en el inc. 2° del art. 122, del Prof. Gonzalo Medina***

“La regulación propuesta en el artículo 122, referida a la comisión por parte de funcionario público comete el mismo error de establecer reglas especiales de aminoramiento de pena, llegando a la posibilidad de la exención.

Se insiste en que este es un rasgo legislativo ajeno a la tradición penal liberal, y propio de regulaciones proclives a la impunidad de la actuación del estado. Nada justifica reglas especiales de respecto de la concurrencia de error en la actuación de funcionarios públicos. Toda vez, que a ellos les especialmente exigible un deber de resguardo de los mecanismos institucionales de afectación de derechos fundamentales.

Ni en el caso de la privación de libertad ni aquí debiese tener cabida una regla como la descrita, hacerlo implica una concesión injustificada al exceso de la autoridad estatal.”

### **b) *Sobre un error de referencia y la insuficiencia general de las penas previstas para los funcionarios públicos, de la Prof. Myrna Villegas***

“Si bien estoy de acuerdo con la tipificación del art. 122 y las razones político criminales que llevan a tal incriminación, me parece que existe un error de técnica legislativa al señalar: “Las penas señaladas en los artículos precedentes se elevarán en un grado...”. Esto porque dentro de los artículos precedentes se encuentra ubicado el art. 121, que no establece pena alguna, sino que establece la exención entre parientes y la intromisión justificada. De esta forma la remisión debería hacerse expresamente a los artículos que corresponden.

La penalidad asignada me parece adecuada, salvo en cuanto a la sola pena de multa e incluso la exención de pena, que se establece para el caso del art. 118. En dicha hipótesis, nos encontraríamos frente a un allanamiento ilegal, violatorio de derechos fundamentales.

Modestamente estimo que la pena debería ser la de prisión en sus grados medio a máximo, para evitar cualquier efecto criminógeno favorable a la comisión de este tipo de allanamientos.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay.

**E. Propuesta de redacción corregida**

**Art. 122. Las penas señalada en los artículos precedentes se elevarán en un grado cuando el responsable sea funcionario público que ha actuado con abuso de su cargo.**

**No obstante, en el caso del artículo 118, la pena será sólo de multa de 1 a 10 unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial en su grado mínimo para el ejercicio de su cargo u oficio público, cuando la urgencia y gravedad de las circunstancias bajo las cuales se practicó la entrada ilegal han disminuido considerablemente la capacidad del funcionario para apreciar la legalidad de su actuación. En casos muy calificados, el juez podrá prescindir de toda pena.**

**Tema 20. Divulgación de los resultados de la intromisión**

**A. Texto propuesto**

**Art. 122. La divulgación de las palabras, imágenes, conversaciones, telecomunicaciones, informaciones o grabaciones que no sean de conocimiento público, obtenidas mediante cualquiera de las conductas descritas en los artículos anteriores, será castigada con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de hasta un mil unidades tributarias mensuales, siempre que sea idónea para menoscabar intereses legítimos del afectado.**

**Si el responsable de la divulgación fuera el mismo de las conductas señaladas en los artículos anteriores, la pena será de reclusión menor en su grado medio.**

**No será sancionada la divulgación cuando exista un interés público prevalente en el conocimiento de los hechos o circunstancias divulgados.**

**B. Fundamentos**

La divulgación de las informaciones, imágenes y telecomunicaciones se castiga en forma especial. Existe norma específica de concurso para el caso de ser una misma persona el responsable de la intromisión y de la divulgación. Por su carácter más difuso, se suprime la calificación por el “aprovechamiento” de la información.

Con todo, a diferencia de la represión general de las intromisiones, en materia de divulgación se consideran algunos límites, como es que las informaciones obtenidas no



sean de conocimiento público y que la divulgación sea idónea para menoscabar intereses legítimos del afectado.

Por último, se hace una referencia expresa a la legitimidad de la divulgación (no así en la obtención ilegítima) cuando existe un interés público prevalente en el conocimiento de la información, en la línea del derecho alemán (§ 201 StGB), con lo cual se expresa también que la protección es más rigurosa en materia de intromisiones que en materia de divulgaciones.

**C. Observaciones recibidas**

No hay

**D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

**E. Propuesta de redacción corregida**

**Art. 123. La divulgación de las palabras, imágenes, conversaciones, telecomunicaciones, informaciones o grabaciones que no sean de conocimiento público, obtenidas mediante cualquiera de las conductas descritas en los artículos anteriores, será castigada con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de hasta un mil unidades tributarias mensuales, siempre que sea idónea para menoscabar intereses legítimos del afectado.**

**Si el responsable de la divulgación fuera el mismo de las conductas señaladas en los artículos anteriores, la pena será de reclusión menor en su grado medio.**

**No será sancionada la divulgación cuando exista un interés público prevalente en el conocimiento de los hechos o circunstancias divulgados.**

**Tema 21. Violación de secretos de particulares**

**A. Texto propuesto**

§ 2. De la violación de secretos de particulares.

**Art. 123. El profesional titular que revele los secretos que por razón de su profesión se le han confiado, será castigado con las penas de los de reclusión menor en su grado mínimo, multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión en su grado medio.**

**En las mismas penas del inciso anterior incurrirá el que revele los secretos que ha conocido por razón de su posición o actividad y que por ley esté obligado a guardar.**

**Art. 124. El funcionario público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los revele con menoscabo de éste, incurrirá en las penas de reclusión**

**menor en su grado mínimo, multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta para algún cargo u oficio público en su grado medio.**

## **B. Fundamentos**

En materia de violación de secretos, se ha optado por mantener en lo esencial la norma del actual art. 247 CP, en el contexto más amplio que le corresponde, extendiéndolo a todas las personas que, sin ser funcionarios públicos ni profesionales titulares, estén obligados por ley a guardar secretos ajenos. Con esta fórmula se avanza en la ampliación de la protección de los secretos de las personas, pero sin llegar a la indeterminación, como parece ocurrir en el derecho español<sup>159</sup>, gracias a la relativa certeza que da la existencia de un deber legal de guardar secreto. No obstante la subsistencia de cierta incertidumbre, ha parecido preferible este método al sistema de *numerus clausus* del sistema alemán (§ 203 StGB).

## **C. Observaciones recibidas**

No hay

## **D. Propuestas de redacción recibidas**

No hay

## **E. Propuesta de redacción corregida**

### § 2. De la violación de secretos de particulares.

**Art. 124. El profesional titular que revele los secretos que por razón de su profesión se le han confiado, será castigado con las penas de los de reclusión menor en su grado mínimo, multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión en su grado medio.**

**En las mismas penas del inciso anterior incurrirá el que revele los secretos que ha conocido por razón de su posición o actividad y que por ley esté obligado a guardar.**

**Art. 125. El funcionario público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los revele con menoscabo de éste, incurrirá en las penas de reclusión**

---

<sup>159</sup> Art. 199 CP: 1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

La indeterminación es significativa en el inciso primero (cfr. *Rodríguez Mourullo / Jorge Barreiro*, p. 582). Más determinada, pero más restringida que la propuesta, es la disposición del art. 622 CP italiano: Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da L. 60.000 a 1 milione (c.p.326).

Il delitto è punibile a querela della persona offesa,

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**menor en su grado mínimo, multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta para algún cargo u oficio público en su grado medio.**

## Unidad 2b. Delitos contra el honor y la intimidad

### I. Fundamentos

La propuesta corresponde a los materiales de discusión repartidos con anterioridad, con las modificaciones que alcanzaron a ser pre-acordadas provisoriamente en las llamadas “sesiones chicas” en que participaron los miembros del Consejo Directivo, los miembros que habían formulado observaciones y la Secretaría Técnica.

#### 1. Delitos contra el honor

##### 1.1. Aspectos formales

En lo formal, si bien sólo se desprende de las derogaciones propuestas, se está por concentrar en el Código Penal todas las disposiciones penales de protección del honor. No se considera ni necesario ni conveniente mantener diversos regímenes paralelos sobre la materia. Esto pasa por derogar las disposiciones pertinentes de la Ley 19.733, sobre libertad de opinión y expresión y ejercicio del periodismo (“Ley de prensa”). Asimismo, se anuncia desde ya el propósito de suprimir la tipificación como delitos de desacato de determinadas formas de injurias, actualmente ubicadas en el propio Código Penal y en el Código de Justicia Militar, por no justificarse una protección especial para autoridades y funcionarios públicos en este ámbito. En todo caso, esto último será objeto especial de fundamentación al tratarse en su debida oportunidad los delitos contra el orden público.

##### 1.2. Supresión de las calumnias, concepto de injurias y calificación

Se elimina la distinción entre el género injurias y la especie calumnias, manteniéndose sólo las *injurias*<sup>160</sup>. Desde luego esto no significa que las conductas que actualmente son constitutivas de calumnia queden sin castigo, por dos razones. Desde la perspectiva de la protección penal del honor, porque por su carácter de especie del género injurias, son plenamente subsumibles en este último tipo penal. Pero, además, porque lo particular de las calumnias es la perturbación de la administración de justicia, disvalor que es preferible considerar en su propio contexto, entre otras razones, para recalcar el carácter público del interés comprometido, lo que se aviene poco con el régimen procesal de los delitos contra el honor<sup>161</sup>. Es perfectamente posible que se dé una situación de concurso entre las injurias y el respectivo delito contra la administración de justicia, que debería resolverse conforme a la regla aprobada como art. 53 del Anteproyecto. Por lo mismo, ahora nuevamente desde el

---

<sup>160</sup> El Código español de 1995 ha mantenido la distinción, si bien no sin crítica, cfr. *Rodríguez Mourullo*, Comentarios al Código Penal, p. 609. En la literatura chilena, parece simpatizar con la propuesta *Labatut / Zenteno II*, p. 181.

<sup>161</sup> La actual delimitación entre las calumnias y la denuncia o acusación calumniosa del art. 211 CP, basada en la distinción entre imputación formal e informal, menoscaba la protección de la administración de justicia, por cuanto los órganos de persecución penal que toman conocimiento de la ocurrencia de un hecho punible perseguible de oficio están obligados a actuar sin esperar denuncia formal o querrela (art. 166 CPP).

punto de vista de la protección del honor, tampoco ha parecido necesario considerar la calumnia como un tipo calificado de injurias.

Para la redacción de la conducta típica se ha partido del derecho vigente, pero con modificaciones acordadas en reuniones previas, objetivando el carácter ofensivo de las expresiones o acciones. En cuanto a la calificación de las injurias, en vez de estarse a si éstas se han cometido “con publicidad y por escrito”, se dice simplemente “con publicidad”, esto es “a través de un medio de comunicación social o a través de otro medio de difusión de eficacia semejante”. Los medios de comunicación social están definidos “para todos los efectos legales” en la legislación extrapenal<sup>162</sup>, de suerte que huelga una norma equivalente a la del art. 422 CP. Con todo, se hacía necesario incluir otros medios de difusión que, sin ser medios de comunicación social en sentido técnico, tienen gran importancia e impacto, como es el caso del correo electrónico u otras formas de comunicación a través de internet<sup>163</sup>. En materia de penas para la figura calificada, se observó en reuniones previas que éstas (privación de libertad) podían ser exageradas y, si bien no se zanjó el tema, aquí se propone derechamente la alternativa de la reclusión nocturna.

### 1.3. Límites de protección

La cuestión fundamental que en la actualidad debe solventar el diseño de la protección del honor es su articulación con las libertades fundamentales de opinión e información (art. 19 N° 12 CPR). En rigor ésta es una cuestión constitucional, pero no parece posible eludirla al momento de legislar sobre la protección del honor. Probablemente una buena salida sería dejar entregada la cuestión a la interpretación de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho, consagrado en el art. 6° N° 6 del Anteproyecto<sup>164</sup>, pero la ausencia de una práctica consistente en esa materia entre nosotros obliga a hacerse cargo de un modo más explícito en la propuesta de regulación legal. La ley debería ensayar un esquema de articulación de los derechos fundamentales en pugna compatible con la Constitución, sin perjuicio que la jurisprudencia de fuente constitucional pueda decir en el futuro otra cosa. A continuación se desarrollan las bases de ese esquema:

En materia de imputaciones de hechos determinados, resulta insoslayable admitir con mayor amplitud relevancia a la manifestación de la *verdad*, como límite general de la protección penal del *honor*, sin perjuicio que desde otras perspectivas la verdad de las

---

<sup>162</sup> Artículo 2°, Ley 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.

Se entenderá por diario todo periódico que se publique a lo menos cuatro días en cada semana y cumpla con los demás requisitos establecidos en la ley”.

<sup>163</sup> El fraseo es una adaptación del art. 211 CP español: “La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”.

<sup>164</sup> En la línea que, para la interpretación del derecho vigente, han propuesto, entre otros, Garrido III, p. 198 y ss., 215 y s.; y Matus / Ramírez, p. 285.

imputaciones pueda no ser por sí sola legitimación suficiente<sup>165</sup>. Esta mayor amplitud, que es una constante en el derecho comparado<sup>166</sup>, se podría canalizar a través de diversos mecanismos técnicos. En esta propuesta, sin embargo, se ha optado por aquél que parece más equilibrado y justo desde la perspectiva de los derechos en conflicto, como es a través de la tradicional regulación de la *exceptio veritatis* como excusa legal absoluta<sup>167</sup>, en vez de consagrar la falsedad de la imputación como exigencia típica, lo que obligaría a su prueba como requisito de condena. De este modo se consagra como *regla* la inadmisibilidad de las imputaciones ofensivas, las que sólo excepcionalmente se legitiman cuando se demuestra que se ha ejercido el derecho a expresarse con la verdad, corriendo el riesgo de la prueba por cuenta del ofensor. Esta distribución del riesgo se justifica en la medida en que lo contrario impondría al ofendido la prueba de hechos negativos, haciendo ilusoria la protección del honor.

Con esto se plantea la cuestión de los límites de este derecho a probar. Si bien, como se ha dicho, se busca ampliar su ámbito de aplicación, no ha parecido adecuado hacerlo sin límites, como ocurre, por ejemplo, en el derecho alemán, pues la prueba ilimitada de la verdad puede afectar de modo desproporcionadamente intenso la esfera de intimidad del

---

<sup>165</sup> Es lo que puede ocurrir, por ejemplo, desde la perspectiva de la protección de la intimidad; pero en materia de honor, considerando que el honor digno de protección es el honor merecido y no el meramente aparente, no parece posible ponerle límites a la expresión de la verdad.

<sup>166</sup> Así, en Alemania se admite ampliamente la *exceptio veritatis*; en Italia, donde a primera vista destaca una regulación muy restrictiva en materia de *exceptio veritatis* (art. 596 CP), lo cierto es que por la vía de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho (art. 51 CP), la verdad de las imputaciones más algunos otros requisitos de necesidad y ponderación, tiene un amplio efecto liberatorio (cfr. *Crespi / Stella / Zuccalà*, p. 1360 y s., 1368 y ss.); algo muy similar ocurre en el derecho español, donde no obstante la restrictiva dicción del art. 210 CP, ya con anterioridad la interpretación de la justificante de ejercicio legítimo de un derecho (antiguo art. 8° N° 11) le daban amplia fuerza eximente a las expresiones (cfr. *Vives Antón*, Derecho Penal PE, 3° edición de 1990, p. 682 y s.), lo que ahora incluso parece posible en sede de tipicidad, por la redacción del art. 208 inciso tercero CP, cuando dispone que las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves (las únicas que constituyen delito según el inciso segundo), “salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, lo que supone falsedad objetiva de las mismas como exigencia típica (ésta es la interpretación de *Rodríguez Mourullo*, p. 631, también la de la monografista *Fernández Palma*, Rosa: El delito de injuria, Aranzadi, Elcano 2001, p. 266 [marg. 31] y parece correcta; cfr. no obstante *Quintero / Morales*, Comentarios, p. 404 y s., poco convincente). En ambos países se sostiene por algunos autores que, en este contexto real, las normas sobre *exceptio veritatis* en rigor están sobrepasadas y se han vuelto superfluas. Por último, debe considerarse que en Francia, además de la consagración relativamente amplia de la *exceptio veritatis* (art. 35 Ley de 29 de julio de 1881), jurisprudencialmente se ha desarrollado una *exception de bonne foi*, que en rigor es un conjunto de criterios más objetivos que subjetivos sobre la legitimidad de la actuación, donde la verdad de los hechos tiene un papel muy relevante (cfr. *Mayaud*, Code Penal Dalloz, p. 1821 y ss.).

<sup>167</sup> El código alemán hace lo mismo en la difamación del § 186 StGB, sólo que al revés, erigiendo la verdad no probada (“hecho no probadamente verdadero”) en condición objetiva de punibilidad (sólo en la figura calificada del § 187 StGB la verdad constituye exigencia típica: “hecho falso”). Esta técnica coincide con la del código chileno vigente, al menos en materia de injurias. En materia de calumnias, en cambio, la falsedad de la imputación es exigencia típica (art. 412 CP) por lo que, en rigor, es la acusación la que debe acreditar ese extremo; con todo, el tenor del art. 415 establece lo contrario y no ha sido objeto de cuestionamientos, aunque es incompatible con la presunción de inocencia prevista en los tratados internacionales y, ahora, en el art. 4° CPP.

ofendido<sup>168</sup>. En rigor con esta consideración se abandona el ámbito de la protección del honor para entrar al plano de la protección de la intimidad, lo que podría sugerir que se discutiera recién en ese contexto un límite indirecto a la *exceptio veritatis*, coordinando tal vez ambas esferas mediante un mecanismo procesal (por ejemplo, definiendo ambos delitos como de acción privada, dejando la elección al afectado). Sin embargo, ha parecido preferible zanjar desde ya el punto. Se ha consagrado entonces como límite de la producción de prueba los hechos referidos exclusivamente a la vida privada del ofendido, tal como hace ya la legislación especial vigente (art. 30 Ley 19.733)<sup>169</sup> y es habitual en el derecho comparado, sea directamente en la legislación<sup>170</sup>, sea en la práctica jurisprudencial<sup>171</sup>. Se ha preferido un fraseo genérico y no la casuística de la actual legislación de prensa, aunque esto podría revisarse. En todo caso, lo que debe quedar claro en el texto es que lo íntimo para estos efectos es sólo aquello que no tiene trascendencia pública ninguna. En ese sentido, no son satisfactorios los términos de la actual ley de prensa, cuando excluye del ámbito de la *exceptio veritatis* aspectos referidos a la “vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”, porque aspectos de esas esferas pueden tener trascendencia pública, aun sin constituir delito: desde luego tiene relevancia pública lo relativo a las múltiples amantes del candidato

---

<sup>168</sup> Al punto de inhibirla muchas veces de buscar la protección penal de su honor, cfr. *Lackner / Kühl*, § 186 StGB Rdn. 8; *Arzt / Weber*, Strafrecht BT, § 7 Rdn. 20.

<sup>169</sup> “Artículo 30. Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba de verdad acerca de sus expresiones, sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurrieren a lo menos una de las siguientes circunstancias:

a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;

b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o absolver al querellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

a) Los referentes al desempeño de funciones públicas;

b) Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;

c) Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;

d) Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;

e) Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delito”.

<sup>170</sup> Así la legislación francesa, art. 35 Ley de 29 de julio de 1881.

<sup>171</sup> En la medida en que el *interés público* de la información se define como requisito del ejercicio legítimo del derecho, como hace la jurisprudencia italiana y española.

que hace del matrimonio, la fidelidad y la familia sus banderas electorales<sup>172</sup>. Sobre los demás requisitos de una legítima afectación de la intimidad, se remite al título respectivo. Desde la perspectiva inversa, sin embargo, tampoco ha parecido razonable condicionar la exención de responsabilidad a la prueba de la verdad en términos absolutos, negándole todo efecto a la llamada “verdad putativa o subjetiva”, esto es, a la objetiva verosimilitud de la imputación que luego, sin embargo, resulta no corresponder a la realidad. Tal postura impondría una carga tan pesada al ejercicio de la libertad de información, que en sus efectos sería equivalente a una prohibición de informar, incompatible con el desarrollo de una sociedad genuinamente democrática. Por eso la tendencia jurisprudencial italiana<sup>173</sup> y francesa<sup>174</sup>, derechamente la legislación española desde 1995<sup>175</sup>, y la literatura chilena más reciente<sup>176</sup>, admiten, bajo ciertos supuestos, el criterio de la “verdad putativa o subjetiva” como fuente de exención de responsabilidad<sup>177</sup>. Debe destacarse que en la propuesta no tiene ese efecto por sí sola, sino que acompañada de un deber de seria verificación previa. Con todo, esta distribución de riesgos se propone exclusivamente para efectos penales: nada obstaría, tampoco desde un punto de vista constitucional, para una diversa solución en sede civil<sup>178</sup>.

Adicionalmente, en especial desde la perspectiva de la libertad de opinión, se hace necesario consagrar el carácter legítimo especialmente del ejercicio del derecho a crítica, aun cuando ésta pueda resultar lesiva para el honor, así como del cumplimiento de ciertos deberes que implican el ejercicio de la crítica, como es el caso de la evaluación de desempeño en el ámbito educacional o en el servicio público<sup>179</sup>, entre otras situaciones. Este es el aspecto que más nítidamente podría haber quedado entregado a la interpretación de la justificante del art. 6° N° 6 del Anteproyecto (ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber), pero la mencionada ausencia de una práctica consistente hace recomendable la introducción de una orientación expresa, tal como se hace, por ejemplo, en el derecho alemán<sup>180</sup>. Si bien se mira, en este punto se recoge, en alguna medida, la norma

---

<sup>172</sup> Ejemplo tomado de *Matus / Ramírez*, p. 294.

<sup>173</sup> *Crespi / Stella / Zuccalà*, p. 1370.

<sup>174</sup> En el contexto de la mencionada *exception de bonne foi*, especialmente para periodistas, más que la verdad objetiva se pone énfasis en el deber de verificación (cfr. *Mayaud*, p. 1826).

<sup>175</sup> En el tipo subjetivo, al exigir que las imputaciones se hayan hecho “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (arts. 205 y 208 inciso tercero).

<sup>176</sup> *Garrido III*, p. 217, quien incluso lo mantiene para el tipo objetivo de calumnia, p. 212; *Matus / Ramírez*, p. 285.

<sup>177</sup> Es lo que propone también la opinión minoritaria pero apreciable en Alemania, iniciada por *Hirsch*, *Ehre und Beleidigung*, 1967, p. 168 y ss., hoy por todos cfr. *Kindhäuser*, Urs: StGB-Kommentar, § 186 Rdn. 12.

<sup>178</sup> Al respecto, por ejemplo, *Fernández Palma*, cit., p. 264 y s.

<sup>179</sup> En alguna medida, el art. 427 CP vigente discurre sobre esa línea.

<sup>180</sup> § 193 StGB: “Juicios negativos sobre rendimientos científicos, artísticos o profesionales, las mismas expresiones hechas en ejercicio o defensa de derechos o en resguardo de intereses legítimos, así como objeciones o quejas de los superiores contra sus subordinados, denuncias oficiales o fallos por parte de un



del inciso segundo del art. 29 de la vigente ley de prensa<sup>181</sup>, aunque ampliada y sin la referencia al propósito de injuriar como límite, sin perjuicio que se recoja un límite, como a continuación se indica.

En efecto, tanto para la exención vía *exceptio veritatis* como para la exención vía ejercicio legítimo de la crítica, se establece como límite la preponderancia de la ofensa por sobre la expresión legítima, en la línea del derecho alemán<sup>182</sup>. Es cierto que ésta es una válvula que puede ser peligrosa, pero parece necesaria para hacerse cargo de las llamadas *injurias absolutas o formales*, esto es, aquéllas injuriosas *per se*<sup>183</sup>, y para el insulto gratuito. Nótese que la jurisprudencia de algunos países europeos ha puesto como requisito del ejercicio legítimo del derecho, además de la verdad tratándose de imputaciones, entre otras, la objetividad y la “civilidad”, esto es, el empleo de formas civilizadas de criticar<sup>184</sup>.

#### 1.4. Reglamentaciones

En cuanto a la reglamentación de los delitos contra el honor, se suprimen todas las cuestiones procesales referidas al carácter de delito de acción privada de las injurias – carácter que quedaría inalterado–, por estar suficientemente reguladas en el CPP. En alguna medida, este camino ya lo había iniciado la Ley 19.806, de normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Se mantienen con modificaciones mínimas las normas sobre injurias en juicio, prescripción de la acción penal y publicación, pero no ya de la sentencia misma, sino del hecho de la condena, lo que parece más realista y apropiado (así se discutió previamente). Se modifica en cambio la criticada regla sobre compensación de injurias<sup>185</sup>, para dar paso a una regulación más fundada en la idea de *retorsión*, como era el propósito original de la Comisión Redactora<sup>186</sup>, similar a la que contiene el derecho penal alemán<sup>187</sup>.

## 2. Delitos contra la intimidad

---

funcionario público y casos parecidos, sólo son punibles en la medida en que por la forma de la expresión y las circunstancias en las que ocurre, prevalece la presencia de una injuria”.

<sup>181</sup> “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”.

<sup>182</sup> § 192 StGB: “La prueba de la verdad del hecho imputado o difundido no excluye la punición conforme al § 185 cuando por la forma de la imputación o difusión y las circunstancias en las que ocurre, prevalece la presencia de una injuria”, además del citado § 193 StGB.

<sup>183</sup> Garrido III, p. 200.

<sup>184</sup> Así la jurisprudencia italiana, cfr. *Crespi / Stella / Zuccalà*, p. 1368.

<sup>185</sup> Cfr. la crítica de *Labatut / Zenteno II*, p. 192; *Etcheberry III*, p. 184.

<sup>186</sup> Sesión N° 88, de 24 de mayo de 1872, Actas, p. 168. Al respecto, véase *Garrido III*, p. 222.

<sup>187</sup> § 189 StGB: Cuando una injuria es respondida en el acto, el juez puede absolver a ambos ofensores o a uno de los mismos.

### 2.1. Esquema y formas tradicionales

En materia de delitos contra la intimidad, el título consta de dos párrafos. En el primero se reúnen los tradicionales tipos penales de violación de morada y correspondencia, adicionados con tipos penales que adecuan el sentido de dichos tipos tradicionales al cambio tecnológico, muchos de los cuales ya están presentes en alguna medida en la legislación extravagante. En el segundo se reubican los delitos de violación de secretos de particulares, con un alcance relativamente más amplio.

En materia de violación de morada, por considerársele necesario desde la perspectiva de la debida protección de los espacios de intimidad, se extiende expresamente la protección también a “lugares no abiertos indiscriminadamente al público”. Ésta es una tendencia clara en la doctrina<sup>188</sup>, pero ha parecido conveniente explicitarlo inequívocamente. Se suple la ausencia, ampliamente constatada en la doctrina<sup>189</sup>, de la hipótesis de permanencia indebida en morada ajena, siguiendo así la línea de los proyectos históricos de reforma<sup>190</sup>. Se consagra explícitamente la interpretación dominante de la expresión “*contra* la voluntad” en cuanto a darle el alcance de “*sin* la voluntad” del morador, para evitar dudas interpretativas<sup>191</sup>. A partir de la nueva regulación del estado de necesidad en el art. 6° N° 5 del Anteproyecto, que supera los estrechos límites de tal justificante en el derecho vigente, se torna superflua la justificante especial del art. 145 CP, razón por la cual se suprime. Lo mismo se ha hecho en el nuevo código español, con amplia aprobación<sup>192</sup>. En materia de violación de correspondencia se mantiene en lo fundamental el tipo del art. 146 CP.

### 2.2. Nuevas formas intrusivas

En materia de nuevas formas intrusivas, la propuesta pretende complementar los tipos penales tradicionales, adecuando esa protección tradicional a las nuevas formas de ataque que se han hecho posibles en virtud de los avances tecnológicos y que, si bien de manera algo inorgánica y no siempre pacífica, ya han venido siendo objeto tanto de reformas al Código (arts. 161-A y 161-B), como de legislación especial, como es el caso de la Ley General de Telecomunicaciones, la ley sobre delito informático y las sucesivas leyes de prensa. Protección de todo tipo de comunicaciones no constitutivas de correspondencia, protección de informaciones en soporte informático que no constituyen “papeles” y protección frente a formas de intromisión de los espacios físicos de intimidad mediante dispositivos tecnológicos que permiten no incurrir en formas ya tipificadas de ataque, no constituyen en rigor ampliaciones del campo de protección, sino meras adaptaciones del mismo al cambio tecnológico, y debieran ser, por lo mismo, en principio inobjetables, más allá de la discusión sobre su plasmación técnica. Al respecto, a partir de observaciones

<sup>188</sup> *Etcheberry III*, p. 254 y s.; *Garrido*, El delito, cit., p. 152; aparentemente *Labatut / Zenteno II*, p. 34.

<sup>189</sup> *Labatut / Zenteno II*, p. 34; *Etcheberry III*, p. 253; *Garrido*, Mario: El delito de violación de morada, en Cuadernos Judiciales N° 6 (2002), p. 149 y s.

<sup>190</sup> Cfr. art. 122 Proyecto de 1929 y art. 153 del Proyecto de 1938.

<sup>191</sup> Cfr. *Labatut / Zenteno II*, p. 35; *Etcheberry III*, p. 257 y s.; *Garrido*, El delito, cit., p. 150.

<sup>192</sup> *Quintero / Morales Prats*, p. 378; *Rodríguez Mourullo / Jorge Barreiro*, p. 595.

recibidas, se mejora ahora la redacción de la cuarta hipótesis, aclarándose que lo relevante no es que la información sea “de otro”, sino que debe encontrarse en los soportes informáticos “de otro”. La propuesta es concordante, en general, con la situación observada en el derecho comparado<sup>193</sup>.

Probablemente la única gran duda en esta materia viene dada por las hipótesis en las que la grabación de las conversaciones es obra de uno de los propios interlocutores con desconocimiento del otro u otros. Resulta ineludible hacerse cargo inequívocamente del punto, por la importancia que ha adquirido en el debate nacional sobre la articulación entre el ejercicio de determinados derechos y protección de la intimidad de las personas. Se trata de una cuestión debatida en el derecho comparado. En Alemania la profunda preocupación

---

<sup>193</sup> España: Art. 197 CP.

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

Italia: Art. 615 bis CP. Interferenze illecite nella vita privata

Chiunque, mediante l'uso di strumenti di ripresa visiva o sonora, si procura indebitamente notizie o immagini attinenti alla vita privata svolgentesi nei luoghi indicati nell'art. 614, è punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni.

Alla stessa pena soggiace, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chi rivela o diffonde, mediante qualsiasi mezzo di informazione al pubblico, le notizie o le immagini ottenute nei modi indicati nella prima parte di questo articolo.

I delitti sono punibili a querela della persona offesa (c.p.120-126); tuttavia si procede d'ufficio e la pena è della reclusione da uno a cinque anni se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o servizio, o da chi esercita anche abusivamente la professione di investigatore privato.

por la esfera de intimidad de las personas ha dado lugar a que desde 1967 exista un tipo penal, actualmente el § 201 StGB, que entre otras conductas reprime explícitamente, en términos generales y respecto de cualquier persona, también el interlocutor, la grabación no autorizada de la “palabra no hablada públicamente”<sup>194</sup>. Según opinión dominante la disposición no busca tanto proteger la confidencialidad de lo dicho (el secreto no es requisito), como evitar su fijación, que importa perpetuar lo que en la vida cotidiana se entendió tranquilamente como efímero y transformarlo en un objeto disponible al margen de la voluntad del afectado<sup>195</sup>. En España, por su parte, si bien el texto del art. 197 CP no es explícito y las posiciones no están tan desarrolladas, un importante sector de la doctrina mantiene la tipicidad de la conducta<sup>196</sup>. En Italia, tampoco es explícito el art. 615 bis CP, pero existe al menos un fallo que declara que no puede considerarse ilegítima la grabación del destinatario de las palabras<sup>197</sup>.

Más allá de la discusión sobre la actual subsumibilidad de la conducta en el art. 161-A CP vigente<sup>198</sup>, cuestión que no cabe abordar aquí, se propone incluir expresamente la conducta de los interlocutores que sin consentimiento del otro fijan subrepticamente sus expresiones o imágenes en los mismos términos en que sería punible la acción de un tercero (es decir, cuando se trata de situaciones en el interior de lugares cerrados o bien en lugares abiertos al público cuando las conversaciones no sean normalmente audibles). La razón de fondo tiene que ver con el reconocimiento de distintos niveles de disposición de la esfera de intimidad, asociados a distintas distribuciones de riesgo. Parece razonable que el afectado no pueda exigir protección – al menos no penal – por los riesgos que libremente ha aceptado correr y que fluyen de las circunstancias susceptibles de ser conocidas. Compartir con otros un espacio de intimidad importa siempre un acto de confianza que puede ser defraudado. Naturalmente no parece posible ni legítimo reforzar genéricamente esa confianza con el instrumental penal. Necesariamente el que confía debe asumir el riesgo de la deslealtad o de la indiscreción (a menos que se trate de relaciones institucionalizadas necesarias para la

---

<sup>194</sup> Esto se desprende nítidamente del contraste con las demás hipótesis del precepto: sólo en la hipótesis delictiva de escuchar la palabra no hablada públicamente a través de aparatos de escucha, se exige que ésta no haya estado destinada al conocimiento del autor.

<sup>195</sup> Schönke / Schröder / Lenckner, § 201 Rdn. 2; Tröndle / Fischer, § 201 Rdn. 2; Lackner / Kühl, § 201 Rdn. 1.

<sup>196</sup> Muñoz Conde, Francisco: Derecho Penal, PE (8° edición de 1990), p. 160; Cobo / Vives, Derecho Penal PE (3° edición de 1990), p. 776; Rodríguez Marín, Fernando: Los delitos de escuchas ilegales y el derecho a la intimidad, ADPCP 1990, 221. Todas estas obras se refieren al art. 497 bis del antiguo código español, equivalente en lo fundamental al actual art. 197. Parece sugerirlo también Rodríguez Mourullo / Jorge Barreiro, p. 571. Con todo, debe mencionarse que el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien tomó parte en la comunicación misma (STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984, disponible en la página web del Tribunal Constitucional español ([www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es))).

<sup>197</sup> Sentencia de casación de 19 de febrero de 1981, en C. pen. 1982, 1529.

<sup>198</sup> Por la negativa Ramírez, María Cecilia: El delito de escuchas telefónicas ilegales en el ordenamiento chileno, en *Politoff / Matus* (coordinadores): Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes, ConoSur, Santiago 2000, p. 309, reiterada en *Matus / Ramírez*, p. 67 y s. La subsumibilidad era bastante más clara en el inciso segundo del art. 22 de la derogada Ley N° 16.643.

vida social, ámbito en el cual simplemente se está obligado por el sistema a confiar, lo que debe compensarse con una reducción institucional del riesgo, como es el caso, por ejemplo, de las vulneraciones del secreto profesional o de los funcionarios públicos). Pero el que sólo comparte la intimidad ha asumido sólo ese riesgo, no los riesgos adicionales que le permanecieron subrepticamente ocultos, como es que, además de deslealtad o indiscreción, una faceta de la intimidad quede fielmente fijada de modo tal que permanezca a perpetuidad disponible para los usos más variados. Es la diferencia entre ser traicionado por las divulgaciones de la persona con quien se comparte la intimidad sexual y la fijación reproducible hasta el infinito de esa intimidad sexual, como el caso del joven que subrepticamente filma las relaciones sexuales que mantiene con su novia. El que comparte la intimidad con alguien asume con conocimiento de causa un riesgo de divulgación, pero no el riesgo de una fijación subreptica. Ahora bien, si además consiente en la fijación, entonces también asume el riesgo del mal uso que se haga con ella y no puede exigir protección penal. Es lo que ocurre con la divulgación desleal de correspondencia privada de la cual se es destinatario, no constitutiva de delito. Naturalmente podría argüirse que el riesgo de la fijación subreptica es inherente al compartir intimidad y que por lo mismo siempre debe entenderse como un riesgo corrido voluntariamente. La cuestión es, sin embargo, si resulta socialmente tolerable poner a las personas en la necesidad de tener que verificar en cada instante de su vida íntima cotidiana que quienes las rodean no portan micrófonos o cámaras ocultas. La propuesta entiende que no<sup>199</sup>, lo que se explicita a través del adverbio “subrepticamente”, que se aplica por igual a todo posible autor, incluso interlocutor. Sólo muy excepcionalmente, como se explica más abajo, a propósito del artículo siguiente, se puede entender justificada la conducta del interlocutor subreptico. La protección es completa para palabras no dichas en público, pero sólo parcial para imágenes, limitándose a aquéllas subrepticamente captadas o grabadas en lugares cerrados. Con esto ya se indica la solución dada al siguiente problema:

Más allá de este ámbito, que podría calificarse como el de las *intromisiones*, se plantea la ardua cuestión sobre la eventual incriminación de la *indiscreción*, esto es, de la divulgación de aspectos de la intimidad o vida privada de las personas sin su consentimiento. Resulta relativamente sencillo avanzar en esa incriminación cuando lo divulgado es aquello que se ha obtenido mediante la intromisión ilegítima, lo que algún autor ha denominado la “receptación de información” (*Informationshehlerei*)<sup>200</sup> (naturalmente con conocimiento

---

<sup>199</sup> Nótese que la reciente indicación sustitutiva del Ejecutivo al proyecto de ley sobre protección del honor y la intimidad (Boletín N° 2370-07), proponía la introducción del siguiente art. 161-C al Código Penal: “El que sin el consentimiento del afectado registrare las palabras que le fueran dirigidas confidencialmente por aquel, o grabare las imágenes de acciones íntimas que aquel realizare privadamente en su presencia, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas Unidades Tributarias Mensuales.

La misma pena se impondrá al que, habiendo grabado con el consentimiento de otro imágenes a que hace referencia el inciso anterior, divulgare el contenido de la grabación sin su autorización”.

Como se ve, el primer inciso corresponde al sentido de la propuesta (no así el segundo, que resulta excesivo desde un punto de vista penal). La norma en comento no fue acogida por la Cámara de Diputados, aunque sólo por entenderse que ya estaba suficientemente contenida en el art. 161-A CP (Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 3 de diciembre de 2003, p. 35).

<sup>200</sup> *Arzt en Arzt / Weber*, § 8 Rdn. 23.

del carácter ilegítimo de la intromisión, exigencia inherente al dolo de la figura, razón por la cual no se expresa), segundo atentado contra la intimidad del afectado (se propone regla concursal especial en caso de ser una misma persona el autor). Esto es, por lo demás, lo usual en las normas del código vigente.

Pero no puede decirse lo mismo de todos los desarrollos que son actualmente objeto de debate en materia de protección de la intimidad frente a la indiscreción, los que se extienden, además, al llamado derecho a la propia imagen. En esta materia los contornos difusos de las situaciones y posibles soluciones representan un serio obstáculo para la elaboración de prescripciones penales razonablemente practicables, que no caigan, por un lado, en el casuismo exagerado ni, por el otro, en disposiciones vagas incompatibles con el principio de tipicidad. Estos límites técnicos sugieren además un cierto déficit material para abordar estos asuntos en sede criminal. Resulta conveniente recordar que el origen y principal modelo normativo de la actual discusión es el derecho norteamericano de responsabilidad extracontractual o delictiva civil (*torts*), el que, por su propia naturaleza se construye por vía esencialmente jurisprudencial (si bien luego legislativamente fijado) a partir de principios generales que dan lugar al desarrollo de estándares esencialmente orientativos<sup>201</sup>. Es cierto que la propuesta en materia de delitos contra el honor, por ejemplo, no rehuye la difícil articulación entre derechos de contenido general, pero la incertidumbre asociada a ese proceder se encuentra mucho más acotada en ese contexto. También es cierto que ya existen algunos consensos básicos en esta materia, como es, por ejemplo, que el interés público en el conocimiento de ciertos aspectos íntimos puede justificar una relativa afectación de la vida privada, o que, en la misma línea, a las personas que intervienen en la vida pública se les reconoce una protección menor frente a la indiscreción que la que se les acuerda al hombre medio, pero más allá de estos pocos aspectos, es bastante poco lo que puede afirmarse con la seguridad que requiere un tipo penal. No es casual, por lo mismo, que la legislación penal comparada de referencia no avance en esta dirección y se limite a criminalizar las hipótesis de intromisión y las divulgaciones asociadas a aquéllas. Eso es lo que se hace en la propuesta<sup>202</sup>. Como única manifestación indirecta de una protección de “contenidos íntimos” (en oposición a “espacios íntimos”) puede considerarse el límite que, en materia de injurias, impone la intimidad del afectado a la *exceptio veritatis*. Así, no constituiría delito difundir aspectos de las duras condiciones de vida en que transcurrió la niñez de una persona, aunque éstas sean ingratas para el afectado, quien preferiría mantenerlas ocultas al resto, pero sí podría serlo

---

<sup>201</sup> Una síntesis del origen y evolución del derecho a la intimidad en los Estados Unidos – y en otros países a partir de esa influencia - puede verse el estudio iuscomparativo de *Fayos Gardó*, Antonio: Derecho a la intimidad y medios de comunicación, CEPC, Madrid 2000, p. 25 y ss. Entre nosotros puede verse *Ramírez*, cit., p. 267 y ss.

<sup>202</sup> No parece aconsejable, en consecuencia, la introducción de una norma como el nuevo art. 161-B CP contenido en la citada indicación sustitutiva del Ejecutivo y que fue aprobado por la Cámara en Primer Trámite Constitucional, del siguiente tenor: “El que sin el consentimiento del afectado grabare imágenes de hechos personales ocurridos en cualquier lugar, lesionando con ello considerablemente la intimidad del afectado, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de cincuenta a quinientas Unidades Tributarias Mensuales.

Con la misma pena será castigado el que utilizare instrumentos o artificios técnicos para escuchar o registrar las conversaciones privadas que se llevaren a cabo en lugares distintos del artículo anterior”.

difundir vicios privados cuyo conocimiento menoscabe su honor, sin que sea admisible demostrar su verdad por tratarse de aspectos sin trascendencia pública. En todo caso, nada obsta a que la legislación o la jurisprudencia civiles avancen en una efectiva protección de la intimidad y la imagen de las personas, en debido equilibrio con las libertades de opinar e informar<sup>203</sup>.

### 2.3. Disposiciones comunes

Ha parecido prudente mantener, extendida a las nuevas hipótesis, la norma del inciso segundo del art. 146 CP<sup>204</sup>, no así la del inciso tercero, por superfluo.

Adicionalmente, parece conveniente y justo dejar abierta la posibilidad de intromisiones subrepticias en casos extremos, cuando exista un interés superior que lo justifique, como es el caso de probar, por ejemplo, una extorsión o un intento de cohecho, bajo ciertos requisitos. En el derecho comparado esto es aceptado jurisprudencialmente por la vía de las causas genéricas de justificación, aunque no sin cierta dificultad, y siempre en términos muy restringidos. Así, en el derecho alemán, además del consentimiento del ofendido, se acepta en general como causa de justificación la legítima defensa (en casos de extorsión, por ejemplo) o el estado de necesidad, en la forma de necesidad de prueba, pero restringido a la obtención de prueba para procesos penales (sólo por parte de privados, pues respecto de los órganos de persecución penal la posible justificación se reglamenta en los códigos de procedimiento) o de divorcio, y sólo en casos relativamente extremos. Respecto de los medios de comunicación social, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado que la libertad de prensa no justifica la obtención ilícita de información, de suerte que sólo cabría pensar en un (más bien dudoso) estado de necesidad en casos extremos<sup>205</sup>. Estas inseguridades sugieren la conveniencia de contar con una norma expresa de orientación.

Los tipos calificados por el carácter de funcionario público del responsable de los arts. 155 y 156 CP se recogen en una calificación genérica para todos los delitos del título. Se agrega, sin embargo, una regla equivalente a la introducida en materia de detenciones ilegales en relación con el delito de violación de morada, por las mismas razones: la especiales circunstancias que a veces rodean un allanamiento ilegal.

La divulgación de las informaciones, imágenes y telecomunicaciones se castiga en forma especial. Existe norma específica de concurso para el caso de ser una misma persona el responsable de la intromisión y de la divulgación. Por su carácter más difuso, se suprime la calificación por el “aprovechamiento” de la información. Con todo, a diferencia de la

---

<sup>203</sup> Una opinión más favorable a la regulación penal del asunto, aun con ventaja por sobre la regulación civil, en *Bacigalupo*, Enrique: ¿Necesita el derecho penal español un delito de indiscreción?, en *AA.VV.*: Derecho Penal. Homenaje a Raúl Peña Cabrera, Ediciones Jurídicas, Lima 1991, p. 75 y ss. (también en Poder Judicial N° 15, 1989).

<sup>204</sup> Contra la extendida opinión en España, que celebró la supresión del precepto en el nuevo código.

<sup>205</sup> Sobre toda la problemática de la justificación en este delito, *Schönke / Schröder / Lenckner*, § 201 Rdn. 29 y ss.

represión general de las intromisiones, en materia de divulgación se consideran algunos límites, como es que las informaciones obtenidas no sean de conocimiento público y que la divulgación sea idónea para menoscabar intereses legítimos del afectado.

Por último, se hace una referencia expresa a la legitimidad de la divulgación (no así en la obtención ilegítima) cuando existe un interés público prevalente en el conocimiento de la información, en la línea del derecho alemán (§ 201 StGB), con lo cual se expresa también que la protección es más rigurosa en materia de intromisiones que en materia de divulgaciones.

### 3.4. Violación de secretos

En materia de violación de secretos, se ha optado por mantener en lo esencial la norma del actual art. 247 CP, en el contexto más amplio que le corresponde, extendiéndolo a todas las personas que, sin ser funcionarios públicos ni profesionales titulares, estén obligados por ley a guardar secretos ajenos. Con esta fórmula se avanza en la ampliación de la protección de los secretos de las personas, pero sin llegar a la indeterminación, como parece ocurrir en el derecho español<sup>206</sup>, gracias a la relativa certeza que da la existencia de un deber legal de guardar secreto. No obstante la subsistencia de cierta incertidumbre, ha parecido preferible este método al sistema de *numerus clausus* del sistema alemán (§ 203 StGB).

## II. Texto propuesto

### TÍTULO VI DE LAS INJURIAS

**Art. 112. El que emita expresiones o ejecute acciones que, por su naturaleza y circunstancias, menoscaben gravemente el honor del ofendido, será castigado con pena de multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.**

**Si las injurias se cometen a través de un medio de comunicación social o a través de otro medio de difusión de eficacia semejante, la pena será de reclusión nocturna en su grado mínimo a medio o multa de veintiuna a cuarenta unidades tributarias mensuales.**

---

<sup>206</sup> Art. 199 CP: 1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

La indeterminación es significativa en el inciso primero (cfr. *Rodríguez Mourullo / Jorge Barreiro*, p. 582). Más determinada, pero más restringida que la propuesta, es la disposición del art. 622 CP italiano: Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da L. 60.000 a 1 milione (c.p.326).

Il delitto è punibile a querela della persona offesa,



**Art. 113.** Exime de responsabilidad penal el ejercicio legítimo de las libertades de emitir opinión e informar.

Tratándose de la atribución de hechos determinados, estará exento de responsabilidad el que pruebe la verdad de su imputación o al menos que ésta era verosímil al tiempo en que la formuló. En este último caso, deberá probar que procuró seriamente (razonablemente) verificar su veracidad antes de formularla. Con todo, no se admitirá prueba sobre hechos pertenecientes exclusivamente a la vida íntima del ofendido, sin trascendencia para el interés público.

#### **VER REITERACIÓN “VERDA...”**

**Art. 114.** Si las injurias se han cometido en la forma expresada en el inciso segundo del artículo 112 y el ofendido lo pide, el hecho de la condena se mandará difundir, a costa del condenado, en condiciones semejantes a aquéllas bajo las cuales se cometieron las injurias, las que serán determinadas por el tribunal.

**Art. 115.** Las injurias cometidas en el curso de un procedimiento judicial se juzgarán disciplinariamente por el tribunal que conoce de la causa, sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente.

**Art. 116.** La acción penal por injurias prescribe en un año, contado desde que el ofendido tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa, o haya terminado el procedimiento judicial en que se cometieron. La misma regla se observará respecto de las personas que conforme a la ley ocupan el lugar de la víctima; pero el tiempo transcurrido desde que el ofendido tuvo o pudo tener conocimiento de la ofensa hasta su muerte o impedimento se tomará en cuenta al computarse el año durante el cual pueden ejercitar esta acción dichas personas. Con todo, no podrá entablarse la acción por injurias después de cinco años, contando desde que se cometió el delito, salvo en el caso señalado en el artículo anterior.

**Art. 117.** El juez podrá dejar sin sanción las injurias cometidas en respuesta próxima de otras injurias, cuando, atendidas las circunstancias del hecho, se trate de una reacción comprensible. En este caso, podrá también dejar sin sanción al que primero injurió, cuando la situación parezca haber quedado razonablemente compensada.

## **TÍTULO VII**

### **DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD**

§ 1. De la violación de morada, de correspondencia, y otras formas de intromisión en la esfera de la intimidad.

**Art. 118.** El que, sin la voluntad del morador, entre o permanezca en morada ajena, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

Si el hecho se ejecuta con violencia o intimidación, no se podrá aplicar la pena de multa, sin perjuicio de las penas que correspondan por las violencias o la intimidación ejercidas.

Para los efectos de este párrafo, se entiende por morada el lugar cerrado y de acceso restringido en el cual una o más personas mantienen su hogar doméstico, ejercen habitualmente su profesión, oficio u otras actividades cotidianas o permanecen con una razonable expectativa de intimidad.

*Art. 119.* Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado mínimo al que oculte, inutilice, abra o registre la correspondencia o los papeles privados de otro sin su voluntad.

*Art. 120.* La misma pena señalada en el artículo anterior se aplicará al que:

1°. Capte o grabe de manera subrepticia palabras de otro no emitidas públicamente, mediante cualquier tipo de instrumentos sin los cuales no se pudiera realizar dicha captación o grabación;

2°. Capte o grabe subrepticamente imágenes de otro que se encuentre en su morada, mediante cualquier tipo de instrumentos sin los cuales no se pudiera realizar dicha captación o grabación;

3°. Capte o grabe las comunicaciones telemáticas (telecomunicaciones) de otro sin su voluntad; o

4°. Acceda a la información contenida en soportes informáticos de otro, sin su voluntad.

*Art. 121.* Los dos artículos precedentes no son aplicables entre cónyuges que hagan vida en común o convivientes ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a las palabras, imágenes, papeles, correspondencia, (comunicaciones telemáticas) telecomunicaciones o informaciones contenidas en soportes informáticos del otro cónyuge con quien haga vida en común o de su conviviente, hijos o de los menores que se hallen bajo su dependencia.

*Art. 122.* La divulgación de las palabras, imágenes, conversaciones, telecomunicaciones, informaciones o grabaciones que no sean de conocimiento público, obtenidas mediante cualquiera de las conductas descritas en los artículos anteriores, será castigada con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de hasta un mil unidades tributarias mensuales.

Si el responsable de la divulgación fuera el mismo de las conductas señaladas en los artículos anteriores, la pena por ambos hechos será de reclusión menor en su grado medio.

No será sancionada la divulgación cuando exista un interés público prevalente en el conocimiento de los hechos o circunstancias divulgados.

*Art. 123.* Las penas señaladas en los artículos precedentes se elevarán en un grado cuando el responsable sea un funcionario público o empleado de servicios de correos, telégrafos, teléfonos u otras empresas de telecomunicaciones, que hayan actuado con abuso de su cargo o empleo.

## § 2. De la violación de secretos de particulares.

**Art. 124.** El profesional titular que revele los secretos que por razón de su profesión se le han confiado, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo, multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión en su grado medio.

En las mismas penas del inciso anterior incurrirá el que revele los secretos que ha conocido por razón de su posición o actividad y que por ley esté obligado a guardar.

**Art. 125.** El funcionario público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los revele, incurrirá en las penas de reclusión menor en su grado mínimo, multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta para algún cargo u oficio público en su grado medio a máximo.

### **Unidad 3. Delitos de Carácter Sexual**

Nota: Se inserta primero el texto que contiene las observaciones recibidas por escrito (Unidad 3a), y luego el que corresponde a la nueva modalidad de trabajo adoptada por el Foro Penal (Unidad 3b).

### Unidad 3a

#### Tema 22. Delitos de significación sexual. Encabezado

##### A. Texto propuesto

#### TÍTULO IV

#### DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

##### B. Fundamentos

El epígrafe propuesto está extraído de la parte correspondiente del actual Tít. VII, L. II, conforme a la redacción que le diera la reciente ley 19.927, D. O. de 14 de enero de 2004, sobre *pornografía infantil*. Por lo anterior, y en el entendido de que estas recientes reformas legislativas representan en buena medida el estado actual de la valoración de nuestra comunidad de los hechos que debieran comprenderse en este título, la propuesta en general se basa en el texto del Código actual, en la forma que le han dado la mencionada ley 19.927 y la anterior No. 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12.07.1999, pero tomando en cuenta las numerosas e importantes críticas vertidas en relación a dichas reformas<sup>207</sup>, evitando los excesos que la coyuntura política llevó a introducir al Código.

Así, por una parte, se introducen a las descripciones de los hechos punibles mejoras técnicas necesarias e imprescindibles que tienden, principalmente a simplificar su redacción y ordenación, evitando sobre todo las posibles lagunas de punibilidad que la exacerbada casuística vigente produce,<sup>208</sup> y, sobre todo, a mantener la proporcionalidad en las penas del sistema general de la propuesta que ha ido aprobando el Foro Penal en las Unidades anteriores.

Por cierto, de antemano se advierte que no se consideran en la propuesta los hechos que ya se encuentren sancionados en este Proyecto (como el delito complejo de violación con homicidio) y aquellos que sólo parecen fundarse en decisiones de carácter moralizante, como la sodomía del actual art. 365, y los tradicionales delitos relativos a la *moralidad pública* (arts. 373 y 374 Cp), justamente criticados por su aparente incompatibilidad con las libertades básicas del individuo<sup>209</sup> y por ofrecer todavía la posibilidad de practicar la censura judicial en resguardo únicamente de la unas supuestas buenas costumbres comunes a todos, idea difícilmente conciliable con la del Estado Democrático de Derecho<sup>210</sup>. Por tanto, del párrafo que contiene estos delitos sólo se rescatan los recientemente introducidos

---

<sup>207</sup> Cfr., por todos, José Luis Guzmán D., *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*, p. 149.

<sup>208</sup> Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, en prensa.

<sup>209</sup> Garrido Montt III, 333.

<sup>210</sup> Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, p. 294.

delitos relativos a la *pornografía infantil*, arts. 374bis y ter, entendidos como atentados directos o indirectos contra los menores involucrados y no puramente como hechos moralmente probables.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre el epígrafe propuesto*

##### (1) Proponiendo reemplazarlo por “delitos contra la indemnidad sexual”

###### (a) *Del Prof. L. Ortiz Q.*

“No encuentro acertado el epígrafe. La expresión "Delitos contra la Integridad Sexual" mueve a equívocos frente al sentido natural y obvio de la expresión "integridad". El costo de dejar de lado el precedente sentado por la Ley 19.927 sobre Pornografía Infantil es infinitamente menor que aquél que genera el entendimiento del referido término. El bien jurídico que se trata de proteger aquí no es la integridad sino la indemnidad sexual, o bien la honestidad en el plano sexual.”

###### (b) *De la Profa. Silvia Peña W.*

“En el epígrafe del título, sería partidaria de sustituir la palabra “integridad” por indemnidad, por estimarla más adecuada para expresar el bien jurídico protegido (en el mismo sentido la Prof. de la U. de Sevilla, Myriam Herrera Moreno, en su monografía “Violencia en la violación. Aspectos dogmáticos y victimológicos”, publicada en Internet).”

##### (2) Aprobándolo expresamente

###### (a) *Del Prof. Luis Rodríguez*

Es particularmente meritorio el hecho de que la propuesta optara por abandonar definitivamente la rúbrica tradicional *Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*. Si bien es cierto que ambos conceptos tenían pleno respaldo desde la perspectiva de las valoraciones imperantes a la época de entrada en vigencia del Código Penal chileno<sup>211</sup>, ninguno de los dos puede ser invocado como fundamento de un hecho delictivo a la luz de la preceptiva constitucional vigente.

La locución *moralidad pública*, como fluye claramente de su campo semántico, no está referida a intereses individuales sino a hechos o situaciones con un carácter marcadamente social o colectivo. Básicamente, alude a los cánones éticos que la sociedad –o mejor aun, la

---

<sup>211</sup> PADOVANI, T.: “*Commento all’art.1*”, en Cadoppi (Coord.): *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale (legge 15 febbraio 1996)*. Padua, Cedam, 1996, p. 420.

opinión dominante dentro de ella— considera dignos de regir el comportamiento sexual de la ciudadanía<sup>212</sup>.

Pero el tema de la depuración del Derecho penal de criterios moralizantes no sólo es un problema político o ideológico, sino también un asunto que atañe al campo mucho más concreto de la *política criminal*. Recordemos que ya el IV Congreso Internacional de Criminología celebrado en La Haya, en 1960, reconoció que existen comportamientos que han de confiarse a la moral personal, aun cuando desde el punto de vista de una determinada ética social o de una concepción teológico-moral sean rechazables<sup>213</sup>. En efecto, "si se pretendiera mediante la pena promover las virtudes individuales, se estaría exigiendo al Derecho algo que excede por entero de sus posibilidades, (puesto que) las penas estatales son ontológicamente inválidas como medio de perfección moral"<sup>214</sup>. Desde luego, no es político-criminalmente aconsejable que en una determinada sociedad se imponga unilateralmente una orientación valorativa, en circunstancias que en cada comunidad coexiste un conjunto de valoraciones y convicciones que no pueden ser modificadas a través del recurso a la pena<sup>215</sup>, tanto más si se considera que la eficacia de las sanciones penales presupone un cierto grado de adhesión por parte de la ciudadanía, en una suerte de consenso que las ideas morales y religiosas simplemente no concitan<sup>216</sup>. Desde otro punto de vista, la punición de conductas consideradas inmorales —y por el solo hecho de serlo— no solamente "es superflua, sino incluso nociva para la capacidad funcional del sistema social, por crear conflictos sociales innecesarios al estigmatizar a personas integradas"<sup>217</sup>.

En estas circunstancias, el hecho de tipificar un delito con el propósito exclusivo de salvaguardar la *moralidad pública*, contravendría el *principio de lesividad*, puesto que implicaría ejercer la potestad punitiva del Estado con un sentido distinto de aquel que impone el valor de la dignidad humana, es decir, no como un instrumento orientado a la protección de aquellos valores que resulten necesarios para el pleno desarrollo espiritual y material del individuo, sino como instrumento para lograr la adhesión de la persona a determinados valores que el poder estatal ha considerado merecedores de ser impuestos o fomentados<sup>218</sup>. Desde otro punto de vista, importaría también una instrumentalización de la

---

<sup>212</sup> Cfr. FIANDACA, G.: "Prospettive di riforma dei reati sessuali", en *Commentario delle "Norme contro la violenza sessuale*, ob. cit., pp. 405-406.

<sup>213</sup> Cfr. JÄGER, H.: "Política juridicopenal y ciencia", en *Sexualidad y crimen*, Trad. Gimbernat, Madrido, Reus, 1969, p. 291.

<sup>214</sup> BARBERO SANTOS, M.: "La reforma penal española en la transición a la democracia", en *Revue Internationale de Droit pénal*. Vol 1, 1978, p. 64.

<sup>215</sup> En este sentido, KÖNIG, R.: "Delitos contra la honestidad y problemas de la conformación de la vida sexual en la sociedad del presente", en *Sexualidad y Crimen*, ob. cit., p. 368.

<sup>216</sup> Cfr. KLUG, U.: "Problemas de filosofía del derecho...", en *Sexualidad y Crimen*, ob. cit., p. 31 y SCHÖLLGEN, W.: "La sexualidad y el delito...", en *Sexualidad y Crimen*, ob. cit., pp. 97-98.

<sup>217</sup> ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 56-57.

<sup>218</sup> En un sentido crítico respecto del uso de este concepto en sede legislativa, HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde / Arroyo

persona para la obtención de un beneficio social, y, peor aún, de un beneficio que sólo puede explicarse en virtud de razones estrictamente ideológicas.

El concepto de *orden de las familias*, por su parte, si bien admite una interpretación estrictamente jurídica –de acuerdo con la cual podría entenderse como aquel sector del ordenamiento positivo que regula las relaciones entre personas unidas por vínculos de parentesco o matrimonio– no está exento del reparo de su conexión con criterios morales<sup>219</sup>; como tampoco está libre de la crítica de encubrir una concepción despersonalizada de los delitos de significación sexual, los cuales, en virtud de ella, aparecen no como atentados en contra de los derechos de un individuo en particular, sino como infracciones a los cánones morales vigentes en el plano de la sexualidad. Es cierto que la noción de *orden familiar* puede tener sentido en el campo de las relaciones civiles; y, particularmente, en lo que atañe a los derechos y obligaciones que generan los vínculos de parentesco o matrimonio. Sin embargo, nada autoriza a emplear, en el ámbito del Derecho penal, los mismos criterios con que se organizan las instituciones civiles, porque en el campo delictivo no basta la mera infracción formal de un precepto, sino que ella ha de reflejarse en una efectiva lesión o puesta en peligro de un derecho cuya conservación resulte necesaria desde el punto de vista de los intereses del individuo.

En relación con la fórmula que utiliza la propuesta –es decir, *delitos contra la integridad sexual*– ella me parece apropiada. Es cierto que durante los primeros años del proceso de reforma del derecho penal sexual las legislaciones tendieron a organizar sus sistemas normativos en torno a la idea de libertad sexual, siguiendo en esto la línea que había adoptado el *Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán*, de 1966, cuyos autores plantearon la sustitución de la fórmula que tradicionalmente había utilizado el texto punitivo de aquel país (*Crímenes y delitos contra la moralidad*), por la rúbrica *Delitos contra la libre autodeterminación sexual* (Straftaten gegen die sexuelle selbstbestimmung). Esta propuesta que fue adoptada en las leyes de reforma alemanas de 1969 y 1973<sup>220</sup>, y tuvo a partir de entonces gran acogida en los textos penales de otros países, entre los que se cuentan el Código Penal portugués (que alude a *Delitos contra la libertad y la autodeterminación sexuales*<sup>221</sup>); el Código Penal español (que en su versión original correspondiente al año 1995, hablaba simplemente de “Delitos contra la libertad sexual”) y el Código Penal italiano, que agrupa las conductas de significación sexual dentro del apartado que destina a los delitos contra la *libertad personal*<sup>222</sup>.

---

Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 240-243 y PICOTTI, L.: “Il delitto sessuale...”, en Commentario delle “Norme contro la violenza sessuale”, ob. cit., pp. 422 y 423.

<sup>219</sup> Es, en efecto, la fórmula con que el texto original de nuestro Código quiso justificar la punición del adulterio y del incesto. Cfr. GARRIDO MONTT, M.: *Derecho penal*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1998, III, p. 303.

<sup>220</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 52-53 y HIRSCH, H. J.: *Derecho Penal. Obras Completas*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999, ob. cit., pp. 216-217.

<sup>221</sup> Cfr. DOS REIS ALVES, S. M.: *Crimes sexuais. Coimbra, Almedina, 1995*, pp. 5-6 y MAIA GONÇALVES, M.: *Código Penal*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 621-622.

<sup>222</sup> Sobre las implicaciones de esta opción sistemática, BERTOLINO, M.: “La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali”, en *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*. U. di Genova, 2001, p. 164.

Un planteamiento sistemático distinto contempla el Código Penal francés de 1992, en particular después de la reforma de que fue objeto mediante ley de 17 de junio de 1998<sup>223</sup>. Este texto reúne la mayor parte de las conductas de significación sexual en el Título II del Libro II, que trata *De los atentados contra la persona humana*, y dentro de él distingue dos grupos de delitos bien diferenciados: uno, constituido por lo que dicho Código en forma genérica denomina <agresiones sexuales>, que aparece estructurado en torno a la idea de lesión a la *integridad del individuo* (<*Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne*>) y otro, representado por las figuras de favorecimiento y aprovechamiento de la prostitución, las que se organizan bajo el epígrafe de <*Atentados contra la dignidad de la persona*><sup>224</sup>. Un predicamento similar adoptan el Código Penal suizo reformado en el año 1992, que agrupa estas infracciones bajo la rúbrica *Delitos contra la integridad sexual*; el Código Penal esloveno, promulgado en 1995, que se refiere a *Delitos contra la inviolabilidad sexual*<sup>225</sup>, y el Código Penal argentino, tras la reforma de que fuera objeto en virtud de la ley N° 25.087, del año 1999, que sustituyó la denominación tradicional de *Delitos contra la honestidad*, por la de *Delitos contra la integridad sexual*. De acuerdo con la Exposición de Motivos del proyecto de dicha ley, la nomenclatura actual se sustenta en que, si bien estos delitos constituyen un menoscabo a la libertad de las personas afectadas, éstas "los viven como atentados a su propia integridad, privacidad o identidad". Este planteamiento fue explicitado durante la tramitación del proyecto por algunos parlamentarios, uno de los cuales manifestó que el cambio habría tenido por objeto destacar que "una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima..."<sup>226</sup>.

Estas nuevas propuestas coinciden con la toma de conciencia –en el plano doctrinal– acerca de la imposibilidad de reducir el objeto de tutela de esta clase de infracciones a la sola idea de atentado contra la capacidad de autodeterminación de la víctima. En la actualidad, en efecto, un creciente número de autores postula que no cabe hablar de libertad sexual respecto de quienes no están habilitados para ejercer la sexualidad; y ésta es la idea que subyace a la reforma de que fue objeto el Código Penal español en virtud de la Ley Orgánica N° 11, de 30 de abril del año 1999. Así lo sugiere la adopción de la rúbrica *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* y lo corrobora la propia *Exposición de Motivos* de la ley, que toma partido a favor de la tesis doctrinal que sostiene la existencia de

---

<sup>223</sup> Cfr. RASSAT, M. L.: *Droit pénal spécial*, 2ª ed., París, Dalloz, 2000; pp. 443-445 y VERON, M.: *Droit pénal spécial*, París, Armand Collin, 1999, pp. 48-49. Sobre el particular, Vid. BERTOLINO, M.: "La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali", ob. cit., pp. 168– 169.

<sup>224</sup> Cfr. GATTEGNO, P.: *Droit pénal spécial*. París, Dalloz, 1995, pp. 74-110 y MAYAUD, Y.: *Code Pénal...*, París, Dalloz, 1998, pp. 214-227.

<sup>225</sup> Vid. BERTOLINO, M.: "La tutela penale della persona nella disciplina dei reati sessuali", ob. cit., pp. 168– 169.

<sup>226</sup> Cfr. CLEMENTE, J. L.: *Abusos sexuales*. 2ª ed., Córdoba, Marcos Lerner, 2000, pp. 24-26; PARMA, C.: *Delitos contra la integridad sexual*. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1999, pp. 17-23; y REINALDI, V.: *Los delitos sexuales...*, Córdoba, Marcos Lerner, 1999, pp. 29-34.



otros valores involucrados en la protección de menores de edad e incapaces, aparte de la libertad sexual<sup>227</sup>. Asimismo, la mayor parte de las opiniones emitidas en España a partir del año 1999, identifica más de un bien jurídico protegido en la actual regulación de los delitos sexuales. Dentro de esta línea de pensamiento es posible distinguir dos posiciones: a) la opinión de quienes sostienen que la totalidad del sistema tiende a la protección de la libertad sexual, pero reconocen que en determinados casos la tutela se orienta, además, a otros intereses, como lo señalan, por ejemplo, Orts Berenguer y Suárez-Mira Rodríguez, quienes aluden al “adecuado proceso de formación de menores e incapaces”<sup>228</sup>; y b) la opinión que sostiene que el bien jurídico tutelado es la libertad sexual –respecto de las personas que se encuentran capacitadas para autodeterminarse en el plano de la sexualidad– y, alternativamente, la indemnidad o intangibilidad sexual en el caso de los menores e incapaces, como lo propone, por ejemplo, Muñoz Conde<sup>229</sup>.

Desde otro punto de vista, el proceso de reforma del derecho penal sexual durante las últimas décadas ha estado presidido por la idea de despojar al sistema de todo vestigio moralizador<sup>230</sup> y la dogmática penal se ha esforzado por construir sus sistemas doctrinales en torno a conceptos estrictamente jurídicos, asentados en una base fáctica o natural. En este contexto, nociones como la de libertad sexual e indemnidad sexual suelen ser explicadas siguiendo los mismo parámetros utilizados para caracterizar otros bienes jurídicos de índole personal, como el derecho a la vida, la salud o la libertad ambulatoria. Al obrar de este modo, la doctrina penal pasa por alto que la sexualidad es algo mucho más complejo que la simple actividad genital y, acaso más que ningún otro aspecto del comportamiento humano, está indefectiblemente entremezclada con imperativos morales y culturales<sup>231</sup>.

Así, tiende a imponerse el planteamiento de que no cabe definir lo sexual –ni atribuir este carácter a una conducta determinada– con prescindencia de factores ético-culturales, ni cabe tampoco estructurar el bien jurídico como una entidad neutra<sup>232</sup>. Entre quienes mayor atención han dedicado a este planteamiento se cuentan, en lengua castellana, Guzmán Dálbora, Muñoz Conde y Octavio de Toledo<sup>233</sup>; y entiendo que tal planteamiento cuenta con pleno respaldo en el campo de las ciencias humanas y sociales<sup>234</sup>.

---

<sup>227</sup> En este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M.: “Muerte y resurrección del delito de corrupción de menores”, en *Boletín Mensual Aranzadi Penal*, N° 6, junio, 1999, p. 4.

<sup>228</sup> ORTS BERENGUER / SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 21.

<sup>229</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 196-197.

<sup>230</sup> Acerca de los fundamentos de esta actitud interpretativa, BACIGALUPO, E.: *Principios constitucionales del Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 232-233.

<sup>231</sup> Cfr. DAVIS, M.: *La sexualidad en la adolescencia*, Buenos Aires, Hormé, 1975, pp. 24-25.

<sup>232</sup> ROMANO, B.: *La tutela penale della sfera sessuale*, en *La tutela penale della persona. Nuove frontiere, difficili equilibri*. U. di Genova, 2001, ob. cit., pp. 21-24.

<sup>233</sup> GUZMÁN DÁLBORA, J. L. “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, pp. 128-129; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte*

En síntesis, frente al imperativo de buscar una fórmula dotada de suficiente amplitud y ductilidad como para captar el conjunto de valoraciones que albergan los delitos sexuales, pienso que la noción de *integridad sexual* cumple cabalmente ese objetivo.

(b) *Del Ministerio Público*

“Debe destacarse positivamente la nueva denominación del título “Delitos contra la Integridad Sexual”, que lo independiza de los delitos contra el orden de las familias y lo despoja de consideraciones moralizantes, eliminando las figuras penales que tenían un fundamento más bien de este tipo, como en el caso de los delitos de sodomía y ultrajes.

... La propuesta de trasladar al Código Procesal Penal todas las disposiciones de esta naturaleza parece adecuada, en el entendido que se mantengan y perfeccionen las mismas técnicas de investigación recientemente modificadas a propósito de estos ilícitos y que se clarifique la cuestión relativa a la titularidad del ejercicio de la acción civil en los mismos.”

b) *Sobre la sistematización propuesta*

(1) *Rechazándola, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“En lo que dice relación con la sistemática del título, la observancia de los modernos postulados en materia sexual exige que se otorgue preeminencia al medio de ataque o modo de agresión por sobre la entidad de los actos sexuales realizados, cuestión que no se ve reflejada en la propuesta. Las sucesivas reformas de que ha sido objeto el Código Penal actual necesariamente han debido adecuarse a la sistemática ya existente, pero la propuesta de un Código nuevo constituye la oportunidad ideal para plantear una reforma en este sentido, aun cuando ello significaría una modificación de mayor envergadura que la que se propone (al menos en el ámbito formal, aunque tampoco implica cambios esenciales). Serviría como modelo de esta nueva sistemática la seguida por el nuevo Código penal español o colombiano.”

(2) *Aprobándola expresamente, del Prof. Luis Rodríguez C.*

El proceso de reforma que ha experimentado el derecho penal sexual en Europa e Iberoamérica durante las últimas décadas registra varios intentos por alcanzar una regulación de esta clase de infracciones más lógica y acorde con el objetivo de tutela que se pretende lograr.

Tal es el caso del Código Penal italiano, que junto con agrupar todos los delitos de significación sexual que atentan contra intereses individuales dentro del apartado que aquél destina a la protección de la *libertad personal* –y en plena concordancia con esta opción político-criminal–, equipara todas las acciones que se consideran dignas de castigo bajo la

---

*especial*, ob. cit., pp. 197-198 y OCTAVIO DE TOLEDO, E.: “Razones y sinrazones de una reforma anunciada”, *Revista Jurídica La ley*, N° 4, 1997, pp. 1144-1145.

<sup>234</sup> ZURIFF, G. E.: “Pedophilia and the culture wars”, en *Public Interest*, N° 138, Washington, 2000, p. 39.

denominación genérica de conductas sexuales (<*atti sessuali*>), diferenciando únicamente en atención a factores circunstanciales que tienen que ver con la modalidad que en cada caso revista el ataque, como la edad de la víctima, la calidad del sujeto activo, la unidad o pluralidad de ejecutores, etc.<sup>235</sup>

Asimismo, en la nueva regulación argentina de los delitos sexuales, los tipos aparecen estructurados en torno a la figura común de *abuso sexual*, hasta el punto que ha llegado a sostenerse que tal pudo ser el nombre del capítulo en que aparecen reunidas estas infracciones<sup>236</sup>. Pese a ello, y a que el articulado prescinde de las denominaciones tradicionales, la verdad es que los tipos contemplan una serie de hipótesis conductuales entre las que subyace la totalidad de las valoraciones relativas a la naturaleza del acto ejecutado y a la entidad del medio empleado para llevarlo a cabo<sup>237</sup>.

Por último, recordemos que el Código Penal español de 1995, en su versión original, instauró un sistema que contemplaba únicamente las figuras básicas de agresión, abuso y acoso sexuales, cuya delimitación no se basaba en la naturaleza del acto en que se concretaba el ataque, sino en la modalidad que revestía la actuación en contra de la voluntad de la víctima, prescindiendo de cualquier referencia a las denominaciones tradicionales de estos delitos.

Estas iniciativas, sin embargo, no han prosperado, ya sea porque la doctrina y la praxis nunca han dejado de llamar los delitos de acuerdo con su nombre tradicional, como ha sucedido en Argentina; ya sea porque el cambio generó una reacción francamente adversa en la colectividad, como ocurrió en España, donde la ya mencionada ley de reforma del año 1999, restituyó algunas denominaciones tradicionales –como violación y corrupción de menores–, en el contexto de una iniciativa que sólo consiguió oscurecer el sistema que había instaurado el legislador del año 1995.

En estas circunstancias, y frente a un tema tan sensible a la opinión pública y a los intereses que suelen influir en ella, pienso que es acertada la decisión de mantener la denominación y la estructura tradicionales de los tipos básicos de este sector del ordenamiento penal, asegurando un buen nivel de aceptación de parte de la ciudadanía.

**c) *Sobre la aparente “falta de sanción de la tentativa y la frustración”, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“Se echa también en falta la sanción de la tentativa y frustración en estos delitos. Tal vez se ha considerado que, en los supuestos de los delitos de mayor gravedad del título, la conducta será sancionable igualmente, con la pena que correspondería a la tentativa o frustración, como delito de abusos sexuales. Pero además de dudar en cuanto a que esa haya sido la intención que subyace a la propuesta, resultaría cuestionable que esa sea la solución adecuada. De esta forma, quedarían impunes los actos dirigidos a perpetrar una

---

<sup>235</sup> Artículos 609 bis a 609 decies. Cfr. BERTOLINO, M.: “La violenza sessuale...”, pp. 392-395; ROMANO, B.: *La tutela penale della sfera sessuale*, ob. cit., 56-70.

<sup>236</sup> CREUS, C.: “Delitos sexuales, según ley 25.087”, en *Jurisprudencia Argentina*, julio 1999, ob. cit., p. 2.

<sup>237</sup> Hasta el punto que los autores siguen denominando las figuras según los nombres con que siempre se les ha conocido en aquel país (v. gr. violación, estupro, corrupción de menores, etc.). Cfr. DONNA, E. A.: *Delitos contra la integridad sexual*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2000, pp. 49, 97, 117.

violación, cuando ellos no alcancen a configurar un acto consumado de significación sexual relevante.”

**d) *Sobre la aparente falta de sanción de figuras omisivas, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“Al no contemplarse expresamente la sanción de las conductas omisivas, resulta excluida la posibilidad de sancionar, por ejemplo, a la madre que, impávida, permite que su pareja abuse sexualmente de sus hijos. El tema merece, al menos, ser discutido.”

**e) *Sobre la aparente benignidad de las penas propuestas, en general, del Ministerio Público***

“1.- En general debemos observar que las penas propuestas para los diferentes tipos penales parecen demasiado bajas en ciertos casos. Sin perjuicio de lo anterior, estamos absolutamente de acuerdo en que las penas deben ser proporcionales entre los distintos tipos penales según el bien jurídico protegido en cada caso.

2.- En el mismo sentido y tomando en consideración que, atendidas las circunstancias del caso, un mismo delito puede ser muchísimo más grave, sobretodo en esta clase de ilícitos, sería conveniente establecer para los distintos tipos penales penas compuestas de más de un grado, de esta manera se entrega mayor flexibilidad al juez para imponer en cada caso la pena adecuada a la culpabilidad del autor.”

**f) *Sobre la figura del incesto, no tratada en la propuesta***

**(1) *Sugiriendo matener la figura de incesto, de la Prof. Silvia Peña W.***

“Al margen de los temas propuestos, propongo mantener el delito de incesto, por cuanto coincido con Rodríguez Devesa en que la familia debería ser un ámbito sexualmente neutro, pues al margen de que no se lesione un bien individual, existe un interés colectivo en esa neutralidad.”

**(2) *Sugiriendo su supresión, del Ministerio Público***

“Nada se dice en el proyecto respecto del delito de incesto, de manera que no se sabe si éste en definitiva desaparece, que parece ser la solución más compatible con el espíritu de la propuesta, o si sólo cambia de ubicación dentro del Código Penal.”

**Tema 23. Violación**

**A. Texto propuesto**

**§ 1 De la violación**

**Artículo 98.** El que accede carnalmente a otro, sin su voluntad, por vía vaginal, anal o bucal, comete violación y será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, en alguno de los casos siguientes:

1°. Cuando usa de fuerza o intimidación.

2°. Cuando la víctima se halla privada de sentido o se aprovecha de su incapacidad para oponer resistencia.

3°. Cuando abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima

## **B. Fundamentos**

Se pretende simplificar y mejorar la redacción del tipo penal en los siguientes aspectos:

1. Introduciendo claramente el requisito de la falta de voluntad de la víctima en la realización del acto sexual, como circunstancia básica para el castigo de estos hechos<sup>238</sup>;
2. La pena se fija en reclusión mayor en su grado mínimo, manteniendo el mínimo de la pena conforme a la última modificación legislativa, pero excluyendo su máximo, para no homologar el hecho al homicidio simple, como se hace en la regulación propuesta para el secuestro.
3. No se hace mención a la edad de la víctima (que se comprende en el artículo siguiente), para evitar las dificultades de interpretación del anterior texto<sup>239</sup>.

## **C. Observaciones recibidas**

### **a) *Sobre la aparente amplitud de la redacción del encabezado, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“La redacción del artículo permite afirmar que comete violación “todo el que accede carnalmente a otro, sin su voluntad, por vía vaginal, anal o bucal”, y que esa violación será castigada cuando concurren los casos descritos. Con ser una observación menor, podría mejorarse la redacción, pues no creo que la intención fuera definir la violación de modo tan amplio.”

### **b) *Sobre la expresión “sin la voluntad de la víctima”***

#### **(1) *Aprobando su inclusión, del Prof. Luis Rodríguez C.***

“Considero acertado especificar que este delito supone que el hechor actúe “sin la voluntad de la víctima”. Esta forma de proceder no sólo permite clarificar el sentido de cada una de las modalidades ejecutivas que contempla, sino que también facilita su delimitación respecto del delito de estupro.”

<sup>238</sup> Cfr. Rodríguez Collao, Luis, *Delitos Sexuales*, p. 145.

<sup>239</sup> Cfr. José Luis Guzmán D., *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*, p. 149.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

(2) *Rechazándola*

(a) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“No aprecio la necesidad de introducir el requisito de la falta de voluntad de la víctima, por cuanto se trata de un supuesto que subyace en el tipo penal. Ya se entiende que en todos los casos que permiten la configuración del delito hay falta de consentimiento de la víctima.”

(b) *Del Ministerio Público*

“La expresión “sin su voluntad” aún cuando parece adecuada porque incorpora a la descripción típica un elemento que antes se encontraba implícito en las circunstancias del tipo penal, no resulta satisfactoria en la redacción propuesta pues deja abierta la posibilidad de que existen otras hipótesis además de las indicadas por la norma en que tampoco concurriría la voluntad de la víctima. Desde este punto de vista sería más conveniente una redacción similar a la actual.”

c) ***Rechazando la expresión “comete violación”***

(1) *Del Prof. L. Rodríguez C.*

“No [apruebo] la frase “comete violación” que contempla el encabezado del artículo 98. Si bien admito que se trata de una observación simplemente formal, preferiría, por razones de estilo, que se prescindiera de ella, sobre todo considerando que la rúbrica del párrafo *reza De la violación*, lo cual no deja duda en el sentido de que quien ejecuta la conducta prevista en el artículo 98 comete, precisamente, ese delito.

(2) *Del Ministerio Público*

“La alusión al delito de violación en la descripción típica no es necesaria, aún cuando así se encuentra regulada en el actual tipo penal.”

d) ***Rechazando la inclusión del acceso por vía bucal como constitutivo de violación***

(1) *De la Profa. S. Peña W.*

“En la descripción del hecho punible, excluiría la referencia a la vía bucal, por entender que tal hecho constituye un atentado sexual distinto a la violación, constituyendo más bien un abuso sexual especialmente degradante.”

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“Tengo serias dudas acerca de la incorporación de la vía bucal, y es que además de los problemas probatorios que se presentan, no parece que la boca pueda tener la misma significación sexual que las otras cavidades. La penetración por vía anal o vaginal tiene un

sentido claro y preciso respecto de la sexualidad, que no es posible apreciar de la misma forma tratándose de la bucal. Y es que tales formas de introducción —anal y vaginal— se diferencian de otras de actividades sexuales —como en el caso del contacto bucal— en cuanto a su consumación. Esto es, la práctica de tales formas de coito se encuentran especialmente definidas, lo que no acontece con la actividad bucal, por lo que no se pueden valorar de la misma forma.”

(3) *Del Prof. Fernando Londoño*

“Me parece que los casos de acceso carnal por vía bucal deben recibir un tratamiento privilegiado respecto a las otras dos formas de acceso (como abuso sexual agravado).”

e) ***Sugiriendo corregir la redacción del N°2 del art. 98  
propuesto,***

(1) *Del Prof. L. Ortiz O.*

“Creo que hay que mejorar la redacción ya que aquí el sujeto de la oración es la víctima. Quien se aprovecha de la incapacidad para poner resistencia es el autor. No la víctima. Sugiero mejorar el texto. Por ejemplo intercalando la expresión "el autor" entre la expresión "o" y "se aprovecha””.

(2) *De la Profa. S. Peña W.*

“En cuanto a la redacción, me parece que ... en el número 2º, se produce una confusión por el uso del reflexivo se referido a la víctima, y luego como pronombre impersonal, referido al hechor. En este último caso, parecería, además, que el aprovechamiento sólo cubre la segunda parte, pero no la primera.”

f) ***Sobre la penalidad propuesta***

(1) *Aprobándola, del Prof. L. Rodríguez C.*

“Igualmente acertada me parece la decisión de modificar la pena con el objeto de establecer una relación de proporcionalidad respecto de otras figuras delictivas, particularmente con el homicidio.”

(2) *Rechazándola, del Ministerio Público*

“La restricción de la pena a un solo grado también parece cuestionable”

(3) *Sugiriendo introducir dos agravantes especiales, del  
Prof. A. Fernández*

“En relación con la penalidad de la violación del artículo 98 (reclusión mayor en su grado mínimo), sería conveniente consignar algunas circunstancias especiales de agravación que

permitan aplicar la pena de reclusión menor en su grado medio. Así, merecerían este aumento "cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio; "cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo", entre otras posibles”

#### **D. Propuestas de redacción recibidas**

##### **a) Para reemplazar los N°s 1y 2 del art. 98 propuesto, de la Prof. Silvia Peña**

“Art. 98 ...

1°. Cuando se vale de fuerza o intimidación.

2°. Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia...”

### **Tema 24. Violación impropia**

#### **A. Texto propuesto**

**Art. 99. El que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una mujer menor de doce años, o por vía anal o bucal a un hombre menor de catorce, será castigado con reclusión mayor en su grado medio, aunque no concorra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior.**

#### **B. Fundamentos**

Se reproduce el texto vigente, adecuando únicamente la pena a la proporcionalidad del Código propuesto, e introduciendo una leve modificación formal, para comprender claramente el castigo del acceso carnal consentido del menor como un supuesto de violación impropia, al quedar la circunstancia de la falta de consentimiento fuera de la enumeración del artículo anterior.

En cuanto a las edades de los menores (diferenciadas para hombres y mujeres), se restablece el sistema del Código anterior a la reforma de 1999, en el entendido que ellas deben responder a las diferencias en el desarrollo biológico de hombres y mujeres, y las consecuencias que tales diferencias acarrear en orden a la capacidad de comprensión del sentido y las consecuencias de la actividad sexual, y por tanto en su capacidad para decidir libremente al respecto<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> El siguiente cuadro grafica las diferencias de desarrollo físico en la pubertad entre hombres y mujeres:



### C. Observaciones recibidas

#### a) *Rechazando la inclusión del acceso por vía bucal como constitutivo de violación*

(1) De la Profa. S. Peña W.

“Remito a mis observaciones anteriores en cuanto a la descripción de la conducta punible.”

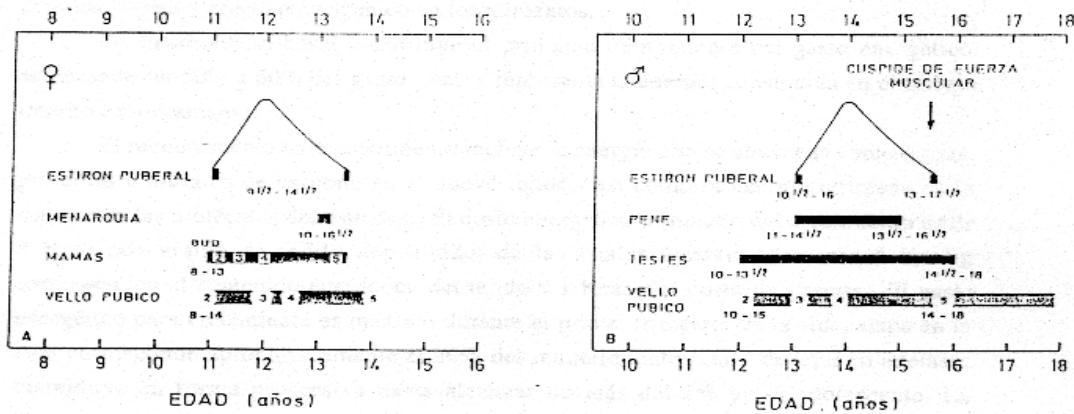
(2) Del Prof. Raúl Carnevali

“Mis reparos dicen relación a la inclusión de la vía bucal, por lo que me remito a lo expuesto precedentemente [a propósito de la violación propia]”.

#### b) *Rechazando las limitaciones diferenciadas de edad propuestas*

(1) Proponiendo mantener la actual limitación única de 14 años, de la Porf. S. Peña W.

“No me parece adecuada la vuelta a los doce años (tratándose de víctimas mujeres), sino que mantendría la edad común de catorce años para hombres y mujeres, pues, a mi juicio, lo decisivo para la protección no es la diferente edad en que se inicia la pubertad en unos y otros, ya que ésta no va acompañada de una madurez psíquica (cfr. Rodríguez Devesa, Derecho penal español, Parte especial, pág. 176, nota 4). A nivel de Derecho comparado, la tendencia mayoritaria es a fijarla alrededor de los catorce años (Alemania e Italia: 14 años; Francia: 15 años; España y Argentina: 13 años).”



(2) Sugiriendo un único límite de edad de 13 años

(a) *Del Prof. L. Rodríguez C.*

“Las opiniones que se han emitido respecto de las consecuencias del trato sexual entre niños y adultos son muy variadas; y, en el estado actual de la investigación criminológica, el tema no puede considerarse como definitivamente esclarecido<sup>241</sup>. La posición tradicional en esta materia sostiene que el menor siempre experimenta una alteración en su desarrollo; y que nunca puede considerarse indemne, por mucho que tras el episodio no evidencie ninguna sintomatología, porque muchas de las secuelas, especialmente las de orden psíquico, son muy difíciles de detectar y algunas de ellas se manifiestan mucho tiempo después. Por este motivo, el simple hecho de relacionarse un adulto y un niño, al margen de las circunstancias en que esto ocurra, merece ser calificado como un acto abusivo<sup>242</sup>. Además, se dice que la experiencia científica ha demostrado que el impacto traumático generalmente se produce por el significado que los actos tienen para el niño, el cual puede ser captado en su real dimensión con mucha posterioridad al episodio; y que, incluso, determinadas experiencias pueden no ser traumáticas, pero de todos modos llegar a producir distorsiones cognitivas o valorativas que justifican su consideración como auténticos casos de abuso sexual<sup>243</sup>”.

El planteamiento recién esbozado ha sido objeto de una serie de matizaciones, las que tienden a destacar, por una parte, la necesidad de tomar en cuenta las circunstancias en que se produce la actividad sexual precoz y, por otra, las reacciones que suscita el hecho en el entorno en que se desenvuelve el menor. Sobre esta base, algunos postulan que en la mayor parte de los casos la aptitud lesiva del contacto sexual deriva no tanto de su carácter prematuro, como del hecho de haberse ejercido violencia, de los lazos que unían al niño y al adulto, de la reacción de familiares o educadores, de la condena social de la conducta y de otras condiciones análogas. De modo que si los niños se sienten culpables, no es porque renieguen de haber hecho lo que hicieron, sino por la forma en que la sociedad los trata<sup>244</sup>. Hay quienes disienten de la afirmación de que el sexo entre niños y adultos es algo inaceptable. Se dice, en efecto, que las consecuencias negativas que menciona la doctrina son un tanto exageradas, pues el involucramiento de niños en un contexto sexual se ubica dentro de los márgenes de las expresiones normales de afecto y que no tiene, necesariamente, secuelas negativas a largo plazo<sup>245</sup>. Más aún, hay quienes plantean esas

---

<sup>241</sup> KIRKPATRICK, R. C.: "The evolution of human homosexual behavior", en *Current Anthropology*. Chicago, 2000, vol. 41, Nº 3, pp. 385-413.

<sup>242</sup> CFR. BESTEN, B.: *Abusos sexuales en los niños*, Barcelona, Herder, 1997, pp. 18 y 25-27.

<sup>243</sup> En este sentido, COULBORN, K.: "Child sexual abuse: intervention and treatment issues", en *Child Maltreatment*, pp. 3-4. En general sobre el tema, MESSMAN-MOORE, T. L. / LONG, P. L. / SIEGFRIED, N. J.: "The revictimization of child sexual abuse survivors", en *ChM*. Vol. 5, Nº 1, Thousand Oaks, febrero, 2000, pp. 18-27.

<sup>244</sup> Cfr. COULBORN, K.: "Child sexual abuse...", ob. cit., pp. 7-8.

<sup>245</sup> WYATT, G.E. / POWELL, G.J.: "Identifying the lasting effects of child sexual abuse", en *Lasting effects of child sexual abuse*, Newbury Park, Sage Publications, 1988, p. 12.

experiencias como algo positivo y beneficioso para el desarrollo psíquico y emocional del menor<sup>246</sup>.

Estas posiciones han experimentado un lento proceso de descrédito, por los lazos que se ha creído ver entre ellas y algunos movimientos que agrupan a individuos pedófilos o que hacen proselitismo a favor de la aceptación social de las distintas formas de manifestación de las relaciones entre adultos y niños. Incluso, algunos autores que inicialmente apoyaron la inofensividad de la relación heterosexual no violenta entre un impúber sano y una persona mayor, han atenuado considerablemente sus propuestas originales<sup>247</sup>.

El tema de si debe o no establecerse un límite a partir del cual se considere que los menores están capacitados para consentir la realización de actividad sexual (y bajo el cual se les considere de pleno derecho inhábiles para consentir) ha dado ocasión a una extensa polémica. En el campo de las ciencias experimentales, una corriente de opinión sostiene que la fijación de un límite preciso carece de elasticidad para adaptarse a las variaciones que puede experimentar el proceso de maduración sexual de las personas, porque si bien en la mayor parte de los individuos aquel proceso concluye alrededor de los trece años, debe considerarse como período normal para que ocurra la maduración sexual el que va entre los once y los quince años, pudiendo, en circunstancias anormales, producirse también entre los ocho y los diez años. Por estas razones, algunos autores proponen que los sistemas normativos se abstengan de fijar un límite preciso y que la determinación acerca de si existe o no capacidad para consentir el acto sea efectuada en cada caso concreto<sup>248</sup>.

En la actualidad, sin embargo, la doctrina asume la necesidad de establecer un límite de edad bajo el cual debe entenderse que los menores no están capacitados para consentir la realización de actos de significación sexual y propone que aquél se fije en *trece años*<sup>249</sup>. Se dice que este planteamiento revaloriza la dimensión biológica de la sexualidad, pues toma como base la época en que generalmente ocurre el proceso de maduración sexual y, al mismo tiempo, compatibiliza el hecho, suficientemente demostrado, de la imposibilidad de predecir o de cuantificar en forma previa la lesividad de una experiencia sexual, con el hecho, igualmente probado, de que tales experiencias –sea por su propia aptitud lesiva, sea por la actitud que adopta el entorno– en un elevado porcentaje de los casos resulta ser perjudicial para el menor.

Por otra parte, pese a que en las legislaciones del período de la Codificación fue usual que se estableciera un límite de edad distinto entre hombres y mujeres para la validez del

---

<sup>246</sup> Cfr. BRIERE, J. / RUNTZ, M.: "Post sexual abuse trauma", en *Lasting effects of child sexual abuse*. Ob. cit., p. 85. Se ha llegado a afirmar que dos tercios de los hombres y más de un cuarto de la mujeres manifiestan, retrospectivamente, tener reacciones neutrales o positivas frente a una experiencia sexual infantil; y que más del 40% de los varones califica su experiencia como positiva. Sobre estos datos y en un sentido crítico, Vid. ZURIFF, G. E.: "Pedophilia and the culture wars", ob. cit., pp. 32-33.

<sup>247</sup> Cfr. la relación que consigna TAMARIT SUMALLA, J.M.: *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 17-20.

<sup>248</sup> Cfr. ELBERT, C.A.: "La cuestión de los delitos sexuales en el Código Penal argentino", en *Doctrina Penal* N° 41 - 44, 1988, p. 27.

<sup>249</sup> GAUTHIER, M. / SAUCIER, J.: "Etude préliminaire de l'abus sexuel précoce", en *Revue Canadienne de Psychologie*, Vol 36, N° 6, 1991, 424-425.

consentimiento<sup>250</sup>, en la actualidad prima el criterio según el cual el límite debe ser uno solo, en atención a que se encontraría científicamente demostrado que no hay diferencias a este respecto entre un sexo y el otro<sup>251</sup>. Más aún, se ha dicho que las opiniones que postulan la diferenciación de edad para el consentimiento entre niños y niñas, normalmente no se fundan en criterios científicos, sino en prejuicios morales<sup>252</sup>. De hecho, existe una resolución aprobada por el Parlamento Europeo, el 7 de febrero de 1994, que recomienda aplicar la misma edad mínima de consentimiento para los actos homosexuales y heterosexuales. Del mismo modo, a pesar de que en otras épocas los límites que establecían las legislaciones solían ser más elevados, hoy prevalece la opinión de que un límite de edad demasiado alto para la protección de los menores, frente a eventuales conductas corruptivas –además de ser incorrecto desde un punto de vista biológico– también es una forma de atentar en contra de los derechos del individuo, impidiéndole ejercer su libertad<sup>253</sup>. Sobre la base de estas consideraciones, cabe afirmar que existen razones para justificar un trato más severo para el atentado sexual que tiene como víctima a un menor en relación con el que afecta a un adulto, pero que no hay antecedentes que respalden suficientemente la decisión de establecer una diferencia entre el límite de edad aplicable a niños y niñas. De modo que –siendo además evidente que el límite de doce años demasiado bajo–, me pronuncio a favor de **establecerlo en trece años**, como lo hacen, por lo demás, según tengo entendido, las últimas reformas que se han ocupado de este punto en otros países.”

(b) *Del Ministerio Público*

“La principal observación que podemos formular respecto de este tipo penal, es la diferenciación efectuada respecto de la edad de la víctima atendiendo al sexo de la misma, toda vez que si bien es cierto que la madurez física de hombres y mujeres debiera alcanzarse a esas edades, no puede decirse de manera categórica que existan diferencias genéricas en el desarrollo psicológico de las personas.

La propuesta lleva implícita una discriminación de género que atenta contra la igualdad ante la ley y que priva de protección penal a la mujer antes que al hombre.

Creemos que la indemnidad del menor, hombre o mujer, debe ser protegida por la ley penal de manera igualitaria y para estos efectos nos parece más sensato establecer como límite de edad los trece años para ambos sexos (que es precisamente como venía la propuesta de la ley 19.927 antes de que estallara el escándalo del polémico caso judicial).”

---

<sup>250</sup> WEST, D. J.: "Homosexuality and social control", en *Sexual Behaviour and Attitudes and their Implications for Criminal Law*, Estrasburgo, Ediciones del Consejo de Europa, ob. cit., pp. 131-132.

<sup>251</sup> DAVIS, M.: *La sexualidad en la adolescencia*, ob. cit., p. 53.

<sup>252</sup> En general, sobre el tema, HORSTKOTTE, H.: "Ages and conditions of consent in sexual matters", ob. cit., pp. 167-170. En general, sobre la evolución histórica del límite de edad, la misma fuente, pp. 170-174.

<sup>253</sup> ZAFFARONI, E. R.: *Sistemas penales y derechos humanos*, Buenos Aires, Desalma, 1986, p. 34. Desde una perspectiva más amplia, Vid. SPAGNOLO, G.: "La problematica dei rapporti sessuali con minori e tra minori", *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XXXIII, Milán, 1990, pp. 72-77.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim. n° 1, D3, p. 1-269.*

(3) *Sugiriendo un único límite de edad de 12 años, del Prof. A. Fernández*

“En el artículo 99 soy partidario de dejar una edad uniforme para hombres y mujeres en 12 años. No me convencen los argumentos que se dan y que establecen una distinción a mi juicio arbitraria y que genera confusión entre hombres y mujeres. Esta crítica es aplicable a los otros artículos en que se hace esta diferencia.”

c) ***Rechazando la expresión “aunque no concurra etc.”***

(1) *Del Prof. Luis Ortiz Q.*

“Suprimiría la frase final "aunque no concurra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior", por innecesaria. El tipo previsto en este artículo es autónomo y no subsidiario del artículo anterior.”

(2) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“La frase...es innecesaria. No me parece que coopere a la comprensión del castigo del acceso carnal consentido del menor, como supuesto de violación impropia, pues las “circunstancias” mencionadas en el artículo anterior aparecen referidas únicamente a las enumeradas del 1 al 3”.

**Tema 25. Estupro y otros accesos abusivos**

**A. Texto propuesto**

§ 2 Del estupro y otros delitos sexuales

***Artículo 100. Será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo el mayor de edad que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a un menor de edad, siempre que actúe:***

- 1°. Abusando de una anomalía o perturbación mental que no constituya enajenación,***
- 2°. Abusando de una relación de dependencia, permanente o temporal, como en los casos en que el agresor está encargado de la custodia, educación o cuidado o tiene con la persona ofendida una relación laboral que suponga su subordinación,***
- 3°. Mediante engaño.***

***Art. 101. La misma pena se impondrá al mayor de edad que accede carnalmente a otro, por vía vaginal, anal o bucal, y concurre alguna de las circunstancias señaladas en los números 1° y 2° del artículo anterior.***

## B. Fundamentos

El texto propuesto recoge los casos de estupro del actual art. 363, con cuatro importantes modificaciones:

1. La pena se reduce al mínimo de la actualmente vigente, para adecuarla al criterio de proporcionalidad de esta propuesta,
2. Se limita el sujeto activo únicamente al mayor de edad, entendiendo que las personas púberes no se encuentran durante su adolescencia en condiciones de apreciar las sutilezas que esta figura exige sobre la validez del consentimiento.
3. La circunstancia 3ª actual (grave desamparo) se elimina, en el entendido que cuando el desamparo es grave, el prevalimiento proviene de la situación de dependencia en que se encuentra la víctima, y por tanto, se encuentra incorporado en la circunstancia 2ª, a la que se agrega la expresión “temporal”, para evitar dudas de interpretación.
4. Se crea una figura especial de acceso carnal obtenido con un consentimiento viciado, no contemplado en las otras figuras del título, a la cual, atendida la mayor edad de la víctima, se le asigna una pena inferior, recogiendo como circunstancias relevantes las situaciones descritas en los N°s 1º a 3º del actual art. 363, donde el consentimiento se obtiene abusando de una situación anómala en la víctima y la edad de ésta aparece como un dato relevante, pero no al punto de excluir la punibilidad en esta clase de abusos<sup>254</sup>.

<sup>254</sup> Cfr. Garrido Montt III, p. 387s, donde se señala que la “dependencia” supone una “base fáctica diversa” a la diferencia de edades. Más claramente el punto, en Matus/Ramírez, *Lecciones de derecho pena chileno*, p.82.

En el *derecho español*, son estos hechos punibles por lo dispuesto en su artículo 182:

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.
2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el Artículo 180.1 de este Código. [estas circunstancias son: “3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”; y “4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”].

En *Francia*, así lo dispone el amplio texto de su art. 222-27, que castiga con penas de hasta cinco años de prisión y multa “*les agressions sexuelles autres que le viol*” en relación al art. 222-29, N° 2, que agrava tales actos cuando son cometidos “*2° A une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur*”.

También en *Alemania* se castigan hechos similares de abuso sobre personas en situación de inferioridad, enfermedad o desvalimiento, en los §§ 174a, y 174c:

**§ 174a. Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen.** (1) *Wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen stationär aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch mißbraucht, daß er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr*

**C. Observaciones recibidas**

**a) Rechazando la distinción entre violación y estupro, de la Prof. Silvia Peña W.**

“No estoy del todo segura que se justifique mantener el estupro como delito distinto de la violación (como no sea el peso de la tradición), si la esencia de ambos radica en la falta de consentimiento o consentimiento viciado para la realización del acto sexual, ya que también se encuentra viciado el consentimiento del que actúa bajo error (inducido por el engaño) o bajo el influjo de una persona que ejerce un ascendiente sobre él. Así, por ejemplo, en el Código italiano la misma figura de *violenza sessuale* (art. 609 bis) comprende tanto las hipótesis de violación como de estupro, y otro tanto ocurre en el Código francés (art. 222-24) y argentino (art. 119).”

**b) Rechazando la referencia a la exigencia de mayor edad en el sujeto activo**

**(1) Del Prof. L. Rodríguez C.**

“En relación ... con la decisión de exigir que el sujeto activo sea una persona mayor de edad, cabe recordar que pese a que la noción de *abuso sexual infantil* —en tanto categoría criminológica— incluye el aprovechamiento de una *posición dominante*<sup>255</sup>, muchos autores plantean este requisito conjuntamente con la exigencia de una *asimetría de edad* entre el autor y la víctima, en el sentido de que el primero sea mayor que la segunda por cinco años

---

*vornimmt, oder an sich von ihr vornehmen läßt.*

*(3) Der Versuch ist strafbar.*

**§ 174c. Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses.** *(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

*(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt.*

*(3) Der Versuch ist strafbar.*

<sup>255</sup> Cfr. WYATT, G. E. / POWELL, G. J.: "Identifying the lasting effects of child sexual abuse", ob. cit., pp. 12-13 y PORTWOOD, S. G.: "Coming to terms with a consensual definition of child maltreatment", en *Child Maltreatment*, Vol. 4 N° 1, Thousand Oaks, febrero, 1999, pp. 56-68. Con todo, la tendencia más actual en orden a la definición del abuso sexual infantil es aquella que lo enfoca de manera más abierta o menos rígida, para dar cabida a cualquier acto que implique una experiencia intrusiva, involuntaria y lesiva o potencialmente lesiva tanto en lo inmediato como en lo mediato; Vid. FERGUSSON, D. M. / MULLEN, P. E.: *Childhood sexual abuse. An evidence based perspectiva*, Thousand Oaks, Sage Publications, 1999, ob. cit., pp. 8-11.

como mínimo<sup>256</sup>. Esto obedece, según algunas opiniones, a que “la asimetría de edad impide la verdadera libertad de decisión y hace imposible una actividad sexual común, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas muy diferentes”; de lo cual se llega a inferir que “esta asimetría supone en sí misma un poder que vicia toda posibilidad de relación igualitaria”<sup>257</sup>. Sin embargo, como el fundamento de la exigencia de una asimetría de edad no es el mero dato físico acerca de los años que separan al autor y la víctima, sino la posición ventajosa en que se encuentra el primero en razón de su mayor experiencia de vida; y considerando, además, que la investigación empírica ha demostrado que es posible una relación abusiva entre personas de la misma edad (como también lo es, en condiciones extremas, que la víctima sea mayor que el autor), hoy se tiende a sustituir aquel requisito por el de la *diferencia de conocimiento* entre ambos. De modo que un acto será abusivo cuando el ofensor tenga un conocimiento más sofisticado sobre el alcance y las implicaciones del encuentro sexual, lo cual puede fundarse no sólo en una mayor experiencia, sino también en la inteligencia y el saber<sup>258</sup>. Por estas razones, propongo no innovar en cuanto a los requisitos exigibles al autor del delito de estupro.

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“Si bien la referencia al mayor de edad es comprensible por las razones que expone la Secretaría Técnica, parece más adecuado que tales precisiones se establezcan directamente en la Ley de responsabilidad penal juvenil y no en el Código Penal.”

(3) *Del Ministerio Público*

“Nos merece profundos reparos la limitación del sujeto activo a un mayor de edad, puesto que no existen razones para otorgar un tratamiento diferenciado al régimen general (sujeto imputable aún cuando sea menor de edad) en este delito. Las consideraciones particulares en el caso concreto pueden hacerse echando mano de otras herramientas, como el trámite de discernimiento por ejemplo o al examinar la culpabilidad del sujeto en el caso concreto. La experiencia en este tipo de delitos nos demuestra que existen una serie de casos en que

---

<sup>256</sup> Cfr. BERLINERBLAU, V.: “Abuso sexual infantil”, en Lamberti / Sánchez / Viar (Comp.): *Violencia familiar y abuso sexual*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1998, pp. 90-91; TAMARIT SUMALLA, J. M.: *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, ob. cit., pp. 20-22.

<sup>257</sup> Por cierto, en clara alusión a la preponderancia que el requisito de la asimetría de edad tendría por sobre la exigencia de un abuso de poder. En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, F. / HERNÁNDEZ, A. / CARPINTERO, E.: *Los abusos sexuales de menores: concepto, prevalencia y efectos*, Salamanca, Facultad de Psicología, U. de Salamanca, 1995, p. 80. Pese a ello, no debe perderse de vista que el requisito de una diferencia de edad entre el autor y la víctima implica excluir una cifra cercana al 5% del total de los abusos, en que la diferencia entre el autor y la víctima es inferior a los márgenes que algunos autores proponen; Vid., al respecto, los datos estadísticos que aporta GODFREY, M.: *Early sexualization experiences of males*. Investigación publicada en mayo de 1997. Disponible en <http://olbers.Kent.edu/godfrey/Public/Sar/sar.html>

<sup>258</sup> Cfr. COULBORN, K.: “Child sexual abuse...”, ob. cit., pp. 4-6. Si bien se trata de una posición francamente minoritaria, hay autores que incluyen dentro del concepto de abuso sexual infantil la incapacidad para comprender el sentido del acto; Vid., por ejemplo, ROUSSEY, M.: *Les enfants victimes d'abus sexuels*. U. de Rennes, marzo, 2000, pp. 1-5.



“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

el sujeto activo aún cuando es menor de edad (16-18) es perfectamente capaz de ponerse en uno de los supuestos del estupro, de manera que no parece adecuado establecer este oasis de impunidad de manera anticipada.”

**c) *Rechazando la inclusión del acceso por vía bucal como constitutivo de estupro***

(1) *De la Profa. S. Peña W*

“Reitero mis observaciones sobre el acceso carnal por vía bucal.”

(2) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“En lo que dice relación al acceso bucal debe tenerse en consideración lo expuesto *supra* [con relación a la violación propia]”.

**d) *Rechazando la limitación de edad del sujeto pasivo, de la Prof. S. Peña W.***

“No me parece adecuado rebajar la protección penal a la minoría de edad, especialmente teniendo en cuenta que mientras menor sea la persona, mayor es su indefensión frente al engaño o el ascendiente que sobre ella ejerzan los mayores. Sugiero mantener la edad límite en los 14 años o, a lo sumo, en 16.”

**e) *Sobre el N° 1 del art. 100 Propuesto***

(1) *Rechazando la tipificación del abuso de anomalía mental, del Prof. L. Ortiz O.*

“Estimo que la situación propuesta en este numerando es excesivamente extensa (una persona abúlica, deprimida).

Además, es difícil distinguir entre el mentalmente perturbado y un enajenado, pues son conceptos muy cercanos. Creo que la idea que está en la base del precepto es castigar a quien abuse de una víctima que padece de una anomalía o perturbación que disminuye su capacidad de comprensión del hecho.”

(2) *Sugiriendo redactar el número, conforme al actual N° 1 del art. 363 Cp, del Prof. Fernando Londoño*

“- incorporar la expresión actual “aún transitoria” relativa a la anomalía o perturbación (por razones de claridad y considerado el precedente actual) [y] la expresión “o trastorno” luego de la expresión “enajenación” (concordancia con el art. 98).”

*f) Sobre el N° 2 del art. 100 propuesto*

(1) *Rechazando la mención al abuso de “relación laboral”, del Prof. L. Ortiz Q.*

“Propongo suprimir la alternativa final que se refiere a la persona ofendida a través de una relación laboral que supone su subordinación. Creo que basta con el encabezamiento del numeral (abusando de una relación de dependencia permanente o temporal).”

(2) *Sugiriendo otorgar mayor amplitud al texto, de la Prof. Silvia Peña W.*

“Creo que no quedan cubiertas todas las posibilidades de subyugar la voluntad de la víctima, como en el caso de internos en establecimientos de detención, hospitalarios, militares, etc.”

(3) *Sugiriendo aclarar el texto, del Ministerio Público*

“Respecto a las circunstancias del estupro, coincidimos en que la actual circunstancia 3ª puede ser reconducida a la 2ª, sin embargo y a efectos de no producir equívocos en este sentido no deberían indicarse ejemplos de la misma o bien, a contrario sensu, deberían incorporarse dentro de la lista supuestos que se refieran precisamente a dependencias ocasionales o temporales.”

(4) *Sugiriendo reintroducir la mención al “grave desamparo” del actual N° 3 del art. 363 Cp*

(a) *De la Prof. Mª Magdalena O.*

“No es conveniente eliminar la alusión al “grave desamparo” (circunstancia 3ª actual), pues no parece que ella siempre sea reconducible a una situación de dependencia. Por ejemplo, los casos de abuso de enfermedad o deficiencia física de la víctima, sin que exista ninguna vinculación entre autor y víctima, no se condicen plenamente con una “relación de dependencia”, ni siquiera temporal. Precisamente, las disposiciones de derecho comparado a que se hace referencia en la fundamentación de esta norma, suelen hacer alusión a la situación de vulnerabilidad de la víctima, referencia indudablemente más amplia que la que se formula en el proyecto.”

(b) *Del Prof. Fernando Londoño*

“No me parece satisfactoria la fórmula utilizada en el N° 2 para incluir los actuales casos de prevalimiento del *desamparo* (creo que no basta con la expresión “temporal”); quizás se podría estudiar su explicitación en el contexto de los ejemplos.2

**g) Sobre el N° 3 del art. 100 propuesto**

**(1) Rechazando la tipificación del estupro por engaño**

**(a) Del Prof. L. Rodríguez C.**

“En relación con este delito es muy positivo que se haya eliminado la referencia al abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima, pero es francamente lamentable que se mantuviera una hipótesis de lo que suele denominarse *estupro fraudulento*. Recordemos que la inclusión del engaño como modalidad ejecutiva de esta clase de delitos es muy criticada por los autores, básicamente por estimar que lleva implícito el riesgo de incriminar situaciones que no suponen un verdadero atentado a los intereses sexuales de la presunta víctima<sup>259</sup>; por su falta de contenido sociológico, pues, en verdad, resulta muy difícil imaginar que una persona entre los doce o catorce y los dieciocho años pueda ser objeto de engaño en materias sexuales<sup>260</sup>; y porque si a las personas mayores de catorce años se les reconoce autonomía decisoria en el plano sexual, "considerar el engaño como elemento apto para comprometer dicha libertad sólo podría hacerse desde una concepción mercantilizada e instrumental del ejercicio de la sexualidad, que pugna con la más moderna concepción de ella como un fin en sí mismo. A quien se le reconoce capacidad para decidir sobre su sexualidad, sobre el cálculo incluso de un eventual matrimonio, ha de suponersele también capacidad para conocer cuán evanescentes son las promesas hechas al calor del deseo"<sup>261</sup>.

Por otra parte, entiendo que durante la tramitación de la ley N° 19.617, el Senado tuvo en cuenta estos planteamientos, al examinar una indicación que en definitiva no prosperó, dejando constancia en el sentido de que el engaño, dado el nivel de información sobre la sexualidad de que disponen actualmente los jóvenes, no era una circunstancia de tanta relevancia social que justificase reprocharla penalmente<sup>262</sup>.

Propongo, en suma, eliminar el engaño como modalidad ejecutiva del delito de estupro.”

---

<sup>259</sup> De esta opinión, SAINZ CANTERO, J. A.: “La reforma del derecho penal sexual”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1978, p. 860.

<sup>260</sup> Cfr. CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra la libertad sexual”, en Cobo Del Rosal (Dir.): *Curso de Derecho Penal Español*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 298.

<sup>261</sup> MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: “Delitos contra la libertad sexual”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 254. Sobre el proceso de reforma que llevó a prescindir en Italia de la fórmula de la *seducción bajo promesa de matrimonio*, ROMANO, B.: *La tutela penale della sfera sessuale*, ob. cit., pp. 104-105.

<sup>262</sup> El criterio de la Comisión Mixta, sin embargo, fue muy diferente: la mayoría de sus miembros postuló que la manera más apropiada de proteger la autodeterminación sexual de los menores era por medio de la mantención del engaño entre las hipótesis del estupro y, por extensión, en el delito de abuso sexual. Cfr. *Informe de la Comisión Mixta*, pp. 16-17.

(b) *Del Prof. Raúl Carnevali*

“No alcanzo a comprender por qué se mantiene la circunstancia del engaño, considerando los serios reparos que la doctrina ha manifestado al respecto. En efecto, teniendo en cuenta la evolución social es discutible que personas a quienes ya se les reconoce autonomía en materia sexual puedan ser objeto de engaño; es decir, que el sólo engaño, en los que no se observa contextos de abuso de superioridad, pueda generar la incriminación de situaciones en las que no se aprecia una afectación a la libertad sexual. En definitiva, a mi modo de ver el estupro sólo debe contemplar supuestos de abuso de prevalimiento.”

(2) *Solicitando mejoras en la redacción, del Ministerio Público*

La redacción propuesta respecto a la circunstancia 3ª del engaño no parece dejar muy delimitado el tipo penal porque puede llevar a toda clase de interpretaciones, a menos que precisamente esa sea la finalidad perseguida. Nos referimos específicamente a los casos de promesas matrimoniales. Una fórmula propuesta sería ilustrar con ejemplos tal como se hace en el caso de la circunstancia segunda.

*h) Sobre el art. 101 propuesto*

(1) *Limitando su alcance a los casos del N° 1 del art. 100.*

(a) *Del Prof. Álvaro Fernández*

“Soy partidario de sancionar en conformidad al artículo 101 únicamente la hipótesis número 1 y no la número 2. Esta crítica se extiende a las otras hipótesis en las cuales se invoca dicho artículo.”

(b) *Del Prof. Fernando Londoño*

“Me “preocupa” que la inclusión de la circunstancia 2ª del art. 100 dé lugar a una ola de criminalización (o al menos judicialización) de una serie de situaciones límites (que se dan no raramente en ámbitos laborales y de educación superior). En este contexto, creo que, desde un punto de vista preventivo, podría bastar con el tipo de peligro del acoso sexual (ya aprobado por la comisión en el contexto de los delitos de amenazas; art. 110 del anteproyecto en borrador). En suma, limitaría el alcance del art. 101 sólo al muy justificado caso del abuso de una anomalía o perturbación mental no constitutiva de enajenación (hoy ya reclamada; aunque no sin reconocer el lamentable riesgo de marginar sexualmente a las personas que padecen de estas enfermedades). La cuestión tiene impacto también en el art. 105.”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

(2) *Sugiriendo se extienda a éste la referencia al “engaño” del art. 100 propuesto, refundiéndose ambos, de la Prof. Silvia Peña W.*

“No diviso cuál es la razón para excluir el engaño.  
...Creo que podría refundirse los arts. 100 y 101 en uno sólo, estableciendo como una figura agravada el que la víctima sea menor de la edad que en definitiva se adopte como límite.”

*i) Sugiriendo una rebaja de penalidad, del Ministerio Público*

“Respecto de la nueva figura del artículo 101 debe arreglarse la pena a efectos de hacerla efectivamente menor a la señalada para el delito más grave del artículo 100. Valga la misma observación que en el caso anterior para la limitación del sujeto activo a una persona mayor de edad.”

**Tema 26. Abusos sexuales**

**A. Texto propuesto**

*Art. 102.* El que realice sobre el cuerpo de otro, sin su voluntad, cualquier acto de significación sexual y de relevancia, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

La pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo si estos actos se realizan con cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 98 y 101, tratándose de mayores de edad, y 101, en el caso de los menores. Si el acto consiste en la introducción de partes del cuerpo u objetos de cualquier índole, por vía vaginal o anal, las penas señaladas en este artículo se aplicarán en su grado máximo. El mismo aumento se practicará si el abuso sexual consiste en someter a la víctima a realizar actos de significación sexual con animales.

*Art. 103.* El que realice cualquier acto de significación sexual y de relevancia sobre el cuerpo de una mujer menor de doce años o de un hombre menor de catorce, será castigado con reclusión mayor en su grado mínimo, aunque no concurra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior. Con todo, se aplicará el *máximo* de la pena, si el acto es de aquellos descritos en su inciso tercero.

**B. Fundamentos**

La propuesta pretende fundir en una sola disposición las diferentes formas de abusos sexuales actualmente consideradas en el Código vigente (arts. 365bis a 366ter), entendiéndolas como agravaciones de una figura básica de abuso sexual cuya circunstancia fundante es únicamente la falta de consentimiento de la víctima, eliminando de este modo

el exasperante casuismo vigente<sup>263</sup> para dar lugar a un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de las múltiples formas que estas acciones pueden comprender<sup>264</sup>, pero sin aumentar ni rebajar (salvo en lo estrictamente necesario para mantener la proporcionalidad del Proyecto), las penas previstas actualmente ni eliminar los casos que al legislador de esta época le han parecido especialmente graves.

Además, para evitar problemas de interpretación, se aclara que la introducción de partes corporales (distintas del pene, por cierto), es constitutivo de abuso y no de violación. Esta aclaración, que en rigor no sería necesaria, viene impuesta por las señales equívocas enviadas recientemente por el legislador.

### C. Observaciones recibidas

#### a) *Sobre la denominación del Tema, del Prof. L. Rodríguez C.*

“Discrepo de la fórmula utilizada para designar esta figura; específicamente no estoy de acuerdo con el empleo del plural (abusos sexuales). Ello, porque la conducta consiste en ejecutar *un acto* de significación sexual y dotado de cierta relevancia (no varios actos); y, además, porque la regulación que sirve de base a estos comentarios contiene –como sus propios redactores lo reconocen en la fundamentación de la propuesta– una sola “figura básica de abuso sexual”, seguida de algunas hipótesis agravadas.”

#### b) *Aprobando en general la propuesta, del Prof. Raúl Carnevali*

“Manifiesto mi conformidad con la distinción que se hace entre la introducción de partes del cuerpo y objetos, pues en la actual ley no queda claro. Es más, a mi modo ver el Art. 365 bis no incluiría el empleo de partes corporales. Asimismo, me parece positivo que no se incorpore la vía bucal.”

#### c) *Sugiriendo la inclusión de una figura agravada, por acceso bucal, de la Prof. Silvia Peña W.*

“Asimismo, incluiría como figura agravada la realización de actos especialmente vejatorios o degradantes, pensando especialmente en el “acceso carnal” por vía bucal.”

---

<sup>263</sup> Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, en prensa.

<sup>264</sup> Para valorar este cambio, puede consultarse en Bascañán Valdés, Antonio, *El delito de abusos deshonestos*, pp. 109ss, la interpretación que a la antigua figura de abusos deshonestos ofrecía nuestra doctrina.

**d) Sobre el inc. 1° del art. 102 propuesto**

(1) Sugiriendo introducir una mayor definición de la conducta típica,

(a) *De la Prof. Silvia Peña W.*

Creo que habría que precisar mejor la conducta típica, pues también un beso es un acto de significación sexual, que según las circunstancias podría tener cierta relevancia, término este último que en sí mismo adolece de gran imprecisión. ¿Queda incluido, por ejemplo, el típico “agarrón” cometido al pasar?”

(b) *Del Ministerio Público*

“No parece conveniente sacar la definición de lo que debe entenderse por abuso sexual, pues permite delimitar mejor el tipo penal, toda vez que la realización de un acto de significación sexual sobre el cuerpo de otro puede prestarse para diferentes interpretaciones, en algunos casos demasiado extensivas. Quizás podría pensarse en perfeccionar la definición existente.”

(2) Proponiendo modificar únicamente la expresión “sobre el cuerpo”

(a) *Del Prof. L. Rodríguez C.*

“Por razones de estilo, sugiero reemplazar la preposición “sobre” que precede a la expresión “el cuerpo” en el inciso primero del artículo 102.”

(b) *Del Prof. Fernando Londoño*

“Celebrando la intención, reconozco tener dudas con respecto a la claridad de la expresión “sobre el cuerpo”.

**e) Sobre el error de referencia del inc. 2° del art. 102 propuesto**

(1) Del Prof. Álvaro Fernández

“Al parecer la referencia a los menores del artículo 102 inciso 2 debe hacerse en relación con el artículo 100 y no con el 101.”

(2) Del Prof. Fernando Londoño

“Supongo que en el inciso segundo puede haber un problema de tipeo, en cuanto la referencia se quiso hacer al art. 100 y no al 101.”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

(3) *Del Prof. Pedro Doren*

“Teniendo a la vista el actual Art. 366 del CP (en el texto fijado por la Ley N° 19.927), pienso que:

- a) Se quiere distinguir según si **la víctima** fuere **mayor** o **menor** de edad.
- b) Se quiere aplicar la pena que se indica en dos situaciones:
  - i) Si los actos se realizan con cualquiera de las circunstancias señaladas en el **Art. 98**, siempre que la víctima fuere mayor de edad; y
  - ii) Si los actos se realizan con cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 98 y 100 (en vez de 101), siempre que la víctima fuere menor de edad.”

(4) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“La alusión final supongo debe hacerse al art. 100, no al 101. Pero la redacción es equivocada, pues —entendiéndose que la alusión a mayores y menores de edad dice relación con las víctimas, lo que tampoco queda claro— excluye del supuesto agravado la realización de actos de significación sexual y relevancia sobre menores (no incluidos en el artículo siguiente) realizados en las circunstancias del art. 98. En el caso de esos menores sólo se agravaría la sanción cuando concurren las circunstancias del art. 100.”

*f) Sobre el inc. tercero del art. 102 propuesto*

(1) *Proponiendo modificar la expresión “realizar actos”, del Prof. L. Rodríguez C.*

“Estimo que el empleo de la oración “... realizar actos de significación con animales” —en el inciso tercero del mismo artículo 102— limita el ámbito de la prohibición, porque en estricto rigor exige un grado de *actuación* de parte de la víctima, sin que baste su mero involucramiento en un contexto sexual que contemple la intervención de animales.”

(2) *Proponiendo aumentar la penalidad, del Ministerio Público*

2Las hipótesis de abuso contempladas en el inciso tercero del artículo 102 son mejores que la redacción actual de este tipo penal, sin embargo creemos que la pena asociada es baja y que debería ser la misma que la violación igual que en la actualidad, sobretodo tomando en consideración que la figura más cuestionada para este tipo penal, esto es, la de la introducción bucal, se deja fuera.”

*g) Sobre el art. 103 propuesto*

(1) *Rechazando la redacción, del Prof. L. Rodríguez C.*

“No considero acertado, tampoco, el tenor del artículo 103. Esta disposición, en efecto, aparece redactada como si fuera un tipo, cuando lo que en verdad contempla —como sus propios redactores dicen— es una hipótesis agravada.”



“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

(2) *Sugiriendo morigerar la penalidad propuesta*

(a) *Del Prof. L. Ortiz Q.*

“Considero que la pena propuesta es demasiado grave dada la amplitud del precepto y la escasa relevancia que puede tener el acto de significación sexual en ciertos casos.”

(b) *Del Prof. Fernando Londoño*

“La pena me parece algo elevada; lo ampliaría hacia “abajo”: “reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo”; considérese además que existe la agravación relativa al inciso tercero del art. 102 (de manera que con la pena amplia propuesta, de todas maneras esos casos serán sancionados con pena de 5 años y un día a 10 – ¡no poco!).”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

a) *Para reemplazar el inc. 2° del art. 102 propuesto, del Prof. Pedro Doren*

“Art. 102 ... La pena será de reclusión menor en sus grados medio a máximo si estos actos se realizan con cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 98, siempre que la víctima fuere mayor de edad, y con cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 98 y 100, siempre que la víctima fuere menor de edad”.

**Tema 27. Corrupción de menores**

**A. Texto propuesto**

*Art. 104.* El que para procurar la excitación sexual propia o ajena realice acciones de significación sexual ante una mujer menor de doce años o un hombre menor de catorce, los hace ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, o los determina a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo.

*Art. 105.* La misma pena se impondrá al que para procurar la excitación sexual propia o ajena realice acciones de significación sexual ante otro, lo hace ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, o lo determina a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, concurriendo alguna de las circunstancias señaladas en los artículos 98 y 101, tratándose de mayores de edad, y 100, en el caso de los menores.

*Art. 106.* El que realice material pornográfico, cualquiera sea su soporte, utilizando menores de edad, será sancionado con reclusión menor en su grado máximo.

**Artículo 107.** La misma pena señalada en el artículo anterior se impondrá al que promueva o facilite la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro.

**Artículo 108.** Si los delitos señalados en los dos artículos anteriores se cometen habitualmente, con abuso de autoridad o de confianza o con engaño, se impondrá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo y multa de 20 a 40 unidades tributarias mensuales, a menos que el hecho merezca pena más grave conforme al resto de las disposiciones de este Título.

**Artículo 109.** El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtenga servicios sexuales de un menor de edad, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

## **B. Fundamentos**

Los delitos de corrupción de menores que aquí se contemplan corresponden a los comprendidos en las últimas modificaciones introducidas al Código –salvo el de sodomía del art. 365, cuyo castigo fuera de las circunstancias del estupro o la violación parece incompatible con la idea de un Estado democrático moderno–, con las siguientes modificaciones de carácter técnico:

- a) Adecuación de las penas a la proporcionalidad general del Código propuesto;
- b) Reunión en un solo artículo de las figuras relativas a la prostitución infantil;
- c) Ampliación de las agravantes especiales de habitualidad, abuso de autoridad o de confianza, reservadas hoy día, por razones puramente históricas, al favorecimiento de la prostitución. La ampliación consiste en incluir el *engaño*, y hacerla extensiva al delito de producción de material pornográfico infantil. Sin embargo, puesto que los hechos que configuran esta agravación pueden ser el medio para la comisión de un delito más grave de violación, estupro o abusos sexuales, se establece al efecto una cláusula de subsidiariedad expresa. Además, se limita su efecto, reduciendo la pena prevista a reclusión mayor en su grado mínimo.

## **C. Observaciones recibidas**

### **a) Observaciones de carácter general, del Prof. L. Rodríguez C.**

Más que observaciones este conjunto de hipótesis delictivas me suscita una serie de dudas. Entre ellas: a) la conveniencia de introducir un tipo de favorecimiento de la prostitución, en vez de dejar que cada caso quede entregado a las reglas generales sobre autoría y participación en relación con los tipos básicos de violación, estupro y abuso sexual (si se quiere, con una agravante por haber mediado el afán de lucro); b) la procedencia de restringir el campo de aplicación de las agravantes que contempla el artículo 108, en circunstancias que la misma razón habría para aplicarlas a otros delitos del mismo título; y, por último, el porqué de no exigir que el autor sea también aquí mayor de edad (si es que se mantiene esta exigencia para otros delitos)”.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**b) *Insistiendo en el problema de los límites de edad propuestos, de la Prof. Silvia Peña W.***

“Insisto sobre cuestión de la edad”

**c) *Sugiriendo agregar la expresión “y de relevancia” al art. 104, del Prof. Fernando Londoño***

“Ignoro si fue una decisión o no, pero considero mejor agregar la actual exigencia de “y de relevancia”, relativa a las acciones de significación sexual (como se hizo en el delito de abuso sexual). La misma observación vale para el art. 105.”

**d) *Sobre aspectos de redacción en el art. 104 propuesto, de la Prof. Silvia Peña W.***

“en la redacción del art. 104 deberían unificar los tiempos verbales, pues se mezclan el presente del subjuntivo con el presente del indicativo. A mi juicio, lo correcto sería emplear siempre el primero: así, haga (en vez de hace) y determine (en vez de determina).”

**e) *Sugiriendo la existencia de un error de referencia en el art. 105 propuesto***

**(1) *Del Prof. Pedro Doren***

“Teniendo a la vista el actual Art. 366 quater (en el texto fijado por Ley N° 19.927), creo que en este artículo también se produce la inversión de situaciones señalada en la observación [relativa al inc. 2° del art. 102 propuesto]”.

**(2) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“Se reitera la crítica formulada a la frase final del art. 102, frase que aquí se reproduce casi literalmente.

Además, sería conveniente transformar este artículo en un inciso segundo del anterior, para evitar reiteraciones.”

**f) *Sugiriendo la fusión de los artículos 104 y 105, del Ministerio Público***

“Las hipótesis de los artículos 104 y 105 pueden ser refundidas en una sola disposición legal.”

**g) *Sobre la penalidad e los artículos 104 y 105, rechazándola por alta, del Prof. Álvaro Fernández.***

“En relación con los artículos 104 y 105 su penalidad es demasiado alta, sobre todo en los casos en que la conducta consiste únicamente en hacer ver o escuchar material

pornográfico. Debería establecerse una distinción en su penalidad entre las distintas conductas que se contemplan.”

***h) Sobre la aparente falta de definición de pornografía en el  
propuesto art. 106***

*(1) Del Ministerio Público*

“En el artículo 106 no se define el concepto de material pornográfico como en la legislación actual, lo que parece ser un retroceso en materia de determinación del tipo penal, sin perjuicio de la definición del concepto por el cual se opte.”

*(2) Del Prof. Raúl Carnevali*

“En cuanto al Art. 106 se pueden presentar dificultades la hora de precisar qué se entiende por material pornográfico. Sin embargo, estimo que tales problemas interpretativos se pueden dilucidar recurriendo al Art. 2 d) de la ley 19.846 sobre calificación cinematográfica. En efecto, allí se señala que lo será la exposición abusiva o grosera de la sexualidad o la exposición de imágenes obscenas, con interacciones sexuales más o menos continuas que, manifestadas en el plano estrictamente genital, constituye su principal fin. En consecuencia, no toda utilización de menores de edad en determinadas actividades de carácter sexual podrá ser estimada pornográfica, aun cuando suponga la exposición de sus genitales. Hay que valorar el fin que persigue el autor: realizar una exposición grosera de la sexualidad o presentar imágenes obscenas.”

***i) Sugiriendo reemplazar la expresión “realizar” por  
“producir”, en el art. 106 propuesto***

*(1) De la Prof. Silvia Peña W.*

“Creo que sería preferible hablar de producir material pornográfico, en lugar de realizar, pues lo que se realizan son actos o acciones.”

*(2) Del Prof. Waldo del Villar*

En el artículo 106 propuesto, pienso que podría precisarse el verbo rector sustituyendo el utilizado "realice", por "produzca".

Lo anterior por cuanto, de conformidad al Diccionario de la Lengua tan sólo una de las significaciones del verbo "realizar" podría acercarse a la idea que se trata de expresar y ella sería "efectuar", hacer real y efectiva una cosa".

En cambio el verbo "producir", da, entre otras, una significación clarísima en este caso, cual es "fabricar".”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

(3) De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón

“Realizar resulta un verbo demasiado indeterminado. Parece más conveniente mantener la estructura actual que se refiere a la producción de material pornográfico. Sería conveniente, además, discutir si se debe incluir y sancionar de igual modo a quien únicamente financia estas actividades, sin tomar parte directamente en la producción del material.”

(4) Del Ministerio Público

“En la misma disposición, nos merece reparos el verbo rector empleado, puesto que restringe demasiado la participación en este delito, desde esta perspectiva parece mejor mantener el verbo rector actual “participar en la producción”.

**j) Sugiriendo modificar la redacción del art. 107 propuesto, del Ministerio Público**

“No parece adecuada la redacción del artículo 107 al comenzar haciendo referencia a la pena del tipo penal precedente toda vez que se trata de un delito diferente y autónomo.”

**k) Rechazando la agravación de habitualidad del art. 108, del Ministerio Público**

“Consideramos que la hipótesis de habitualidad de estos delitos no requiere ser sancionada de manera autónoma puesto que para ello existen las normas generales sobre reiteración de delitos, que significan en la práctica una agravación mayor de la pena que la que se contempla en la especie.”

**l) Sobre el art. 109 propuesto,**

(1) Sugiriendo su supresión del Prof. Fernando Londoño

“Prescindiendo de las complicaciones que puede producir la expresión “servicios sexuales”, creo que en estos casos (entendiendo que se trata de casos de menores de edad pero mayores de 12 o 14) o bien hay estupro, o bien no hay “nada”. Propongo suprimirlo, reconociendo que el tema es tan discutible como el del art. 106.”

(2) Sugiriendo introducir una definición de “servicios sexuales”, del Ministerio Público

“En el artículo 109 al igual que en la disposición actual se emplea el término “servicios sexuales”, sin entregar un concepto respecto de los mismos, lo que puede resultar mejor como técnica legislativa y más consecuente con el principio de taxatividad de los tipos penales.”

**m) Sugiriendo la introducción de una cláusula general de subsidiariedad, del Prof. Fernando Londoño**

“Quizás el tema no encuentre solución sino vía aplicación de la parte general en el contexto de la teoría del concurso aparente, pero veo una situación de concurso aparente entre la hipótesis consistente en “determinar a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro” y la hipótesis de abuso sexual del inc. 3° del art. 102 consistente en “realizar actos de significación sexual con animales”. No veo que el ánimo especial descrito como el “para procurar la excitación...” pueda desempeñar un papel relevante y aclaratorio en este contexto.

Como sea, quizás los tipos de corrupción de los artículos 104 y 105 reclaman una cláusula de subsidiariedad expresa como la usada en otras disposiciones de la propuesta.”

**D. Propuestas de redacción recibidas**

**a) Para sustituir el art. 105, del Prof. Pedro Doren**

*“Art. 105. La misma pena se impondrá al que para procurar la excitación sexual propia o ajena realice acciones de significación sexual ante otro, lo hace ver o escuchar material pornográfico o presenciar espectáculos del mismo carácter, o lo determina a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, concurriendo cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 98, siempre que la víctima fuere mayor de edad, y con cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 98 y 100, siempre que la víctima fuere menor de edad”.*

**Tema 28. Disposiciones comunes a los primeros cuatro párrafos del Título**

**A. Texto propuesto**

§ 3 Disposiciones comunes a los párrafos anteriores

*Art. 110. En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 98 o 101 en contra de aquél con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:*

*1ª Sólo se dará curso al procedimiento si el hecho se comete mediante fuerza o intimidación o su continuación pareciera necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.*

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

*Art. 111. Si los delitos previstos en los párrafos anteriores son cometidos por un ascendiente, guardador, maestro, autoridad pública, ministro de un culto religioso, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se observarán las siguientes reglas al momento de determinar*

la pena que les sea aplicable:

1ª. Si participan en el delito como cómplices, se les impondrá la pena correspondiente al autor;

2ª. En los demás casos, de la pena señalada al delito se excluirá su grado mínimo, si consta de dos, o se impondrá en su máximo, si sólo comprende uno.

3ª. En todo caso, serán condenados, además, a la pena de inhabilitación especial en su grado máximo para el cargo u oficio que desempeñen. La pena se extenderá a todo cargo, oficio o profesión ejercidos en ámbitos educacionales públicos o privados o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

*Art. 112.* Todos los condenados por los delitos previstos en los cuatro párrafos anteriores serán, además, sometidos a la obligación de informar a Carabineros cada tres meses su domicilio, durante el tiempo que fije el tribunal, que no será superior a 10 años.

Cuando en la comisión de los delitos señalados en el párrafo tercero se utilizaren establecimientos o locales, a sabiendas de su propietario o encargado, o no pudiendo éste menos que saberlo, podrá decretarse en la sentencia su clausura definitiva. En estos casos, podrá decretarse como medida cautelar durante el proceso judicial respectivo, la clausura temporal de dichos establecimientos o locales.

*Art. 113.* Si el delito se ha cometido en contra de un menor de edad, el condenado será también declarado en interdicción del derecho de ejercer la patria potestad, la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa. En consecuencia, el tribunal decretará en su sentencia la emancipación del menor si corresponde, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor. No obstante, el condenado conservará todas las obligaciones legales que tuviera al momento de la sentencia, cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

## B. Fundamentos

La propuesta pretende sistematizar y simplificar el abigarrado conjunto de disposiciones comunes de los actuales artículos 368 a 372 ter, adecuando sus prescripciones a la sistemática del nuevo Código<sup>265</sup>, y evitando en lo posible la introducción de normas de carácter puramente procesal, que se entiende se incorporaron al texto vigente en espera de sustanciales reformas al Código Procesal Penal<sup>266</sup>. Así, las disposiciones propuestas regulan las siguientes materias:

---

<sup>265</sup> Por lo mismo, se elimina la figura de violación con homicidio del art. 372bis, comprendida en el propuesto *delito complejo de homicidio* (art. 82 del texto propuesto al Foro).

<sup>266</sup> Así, se suprimen de la regulación del Código penal los actuales artículos 369ter y 372ter, en el entendido que su contenido debe regularse, en definitiva, por el Código Procesal Penal. Así, se lee en el Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materias de delitos de pornografía infantil (BOLETÍN N°2.906-07), que se “estimó que, si bien desde el punto de vista sistemático estas reglas deberían consultarse en el Código Procesal Penal -al igual que los artículos 369 y 369 bis a que se aludió-, es aceptable su inclusión provisoria en el Código Penal, en atención a la conveniencia de estudiar con mayor detención su aplicabilidad a otras

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

1. Art. 110: Se refiere al procedimiento a seguir por delitos cometidos entre cónyuges (actuales incs. cuarto y quinto del art. 369) , con pequeñas modificaciones de redacción, para aclarar su sentido con relación a la redacción del delito de abusos sexuales propuesta.
2. Art. 111: Se unifican en un solo artículo las diversas agravaciones especiales que para las personas especialmente vinculadas con menores se han ido incorporando inorgánicamente al Código (arts. 368, 371 y 372 inc. 2º), y sus efectos se adecuan al sistema del Código propuesto, particularmente en lo que respecta a las inhabilitaciones especiales dispuestas.
3. Art. 112: Se regulan en artículo separado las medidas de seguridad incorporadas recientemente al Código (*vigilancia de la autoridad* –art. 372 inc. 1º– y *clausura de establecimiento* –art. 368bis–), para distinguirlas claramente de las penas y su modo de aplicarlas, y al mismo tiempo, conservar su vigencia en lo que es compatible con este proyecto.
4. Art. 113: Finalmente, se reúnen aquí todos los efectos civiles que la actual legislación establece respecto de las personas condenadas por este delito (actuales 370, 370bis y 372 inc. 1º), siguiendo la misma idea del artículo anterior.

#### **Tema 29. Observaciones recibidas**

##### **a) *Para agregar una agravante especial de pluralidad de partícipes***

(1) *De la Prof. Silvia Peña W.*

“Entre las disposiciones comunes incluiría como circunstancia agravante que el hecho sea cometido por una pluralidad de sujetos, pues ello produce un considerable aumento del daño causado a la víctima, así como el empleo de armas.”

(2) *De la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“Además de la agravación en los casos propuestos, cabría establecer también una agravante específica para el caso en que el hecho sea cometido por varios en común (como se contempla en los ordenamientos penales de Alemania, España, Francia, Colombia, etc), situación que revela un mayor desvalor, tanto de acción como de resultado.”

##### **b) *Sobre el art. 110 propuesto, del Ministerio Público***

“No parece adecuado dejar fuera los abusos sexuales cometidos entre convivientes como se está haciendo con la redacción propuesta.”

---

figuras delictivas y, particularmente, de que se decante el proceso de la reforma procesal penal, de modo tal que se haya extendido la sujeción de los procedimientos penales al nuevo ordenamiento sobre la materia”.

Por lo que respecta al actual artículo 369bis, se elimina por ser incompatible con el nuevo sistema procesal.



“[Además] sería conveniente indicar en la circunstancia 1ª a quien corresponde la decisión acerca del curso del procedimiento, estimamos que al fiscal del M.P. y en el caso de la circunstancia 2ª indicar también cuál es la actuación del fiscal en este caso.

### **Tema 30. Comercialización y tenencia de material pornográfico infantil**

#### **A. Texto propuesto**

##### § 3 De la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil

**Art. 114.** El que comercialice, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a cuarenta unidades tributarias mensuales.

La misma pena se impondrán al que adquiera o almacene material pornográfico para realizar cualquiera de las actividades señaladas en el inciso anterior.

**Art. 115.** Si al momento de participar en alguno de los delitos contemplados en el artículo anterior el responsable está encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado de menores de edad, se le aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en los artículos 111 a 113 de este Código.

#### **B. Fundamentos**

Se recogen aquí las nuevas figuras relativas a la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil, adecuando sus penas a la proporcionalidad del nuevo Código y haciéndoles aplicables, en ciertos casos, las disposiciones especiales de los propuestos artículos 111 a 113.

#### **C. Observaciones recibidas**

##### **a) *Rechazando la sistematización propuesta, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón***

“No me parece del todo adecuado el orden sistemático dado a este párrafo, que escinde las conductas de comercialización, difusión y exhibición del material pornográfico, de las que corresponden a su producción.

Este delito debería insertarse a continuación del de producción de material pornográfico, antes de las disposiciones comunes. Ello habrá de implicar, obviamente, alguna referencia entre estas últimas, para el caso en que no sean aplicables al tipo en comento.”

**b) *Sobre la redacción del inc. primero del art. 114 propuesto, del Ministerio Público***

“El artículo 114 elimina la referencia a tres verbos rectores (importar, exportar y distribuir) que se habían incorporado recientemente y que significaron un avance en el sentido de extender la conducta a todos los actos relacionados. Al parecer se está restringiendo el tipo a los casos en que se persigue un afán lucrativo por el sujeto activo, y en este supuesto, que también nos merece reparos, debería hacerse expresa alusión en los casos de difusión y exhibición al ánimo de lucro.”

**c) *Sobre la tenencia de material pornográfico infantil***

**(1) *Rechazando su tipificación***

**(a) *Del Prof. Raúl Carnevali***

“Discrepo de lo dispuesto en el inciso 2° del Art. 114, esto es, la incriminación de la adquisición o almacenamiento de material pornográfico. Es cierto que no se establece en los mismos términos que el actual inciso 2° del Art. 374 bis, pero de alguna forma podría comprender al simple usuario. Basta pensar en el supuesto que se adquiriera el material para su exhibición privada. Además, se pueden presentar problemas con aquel sujeto que almacena una cantidad considerable de material pornográfico, pero que no tiene como propósito exhibirlo, ya que es sólo para su consumo personal. ¿Cómo distinguirlo de aquellos que sí persiguen tales fines? Por cierto, la frontera resulta bastante difusa. Parece pues, una norma cuestionable, ya que supondría una indebida intromisión en la esfera de intimidad de las personas.”

**(b) *Del Prof. Fernando Londoño***

“No veo claros los fundamentos legitimadores de la punibilidad especial de las hipótesis de comercialización, difusión, exhibición, adquisición y almacenamiento de la pornografía infantil (aún con el limitador elemento subjetivo que la Secretaría, siguiendo con ello las líneas del *Protocolo Facultativo*, propone incorporar en este último caso).

Respecto a la sanción a la adquisición y almacenamiento, no tengo dudas de que responde a la (injustificada) necesidad de resolver, con normas materiales, problemas de índole probatoria o de inteligencia en el desarrollo de la investigación.

Propondría suprimir el artículo 114; en subsidio, limitarlo sólo al castigo de la comercialización o difusión (cómo únicos verbos rectores). Aún en subsidio de lo anterior, limitar la finalidad de la adquisición y el almacenamiento a la hipótesis de comercialización (“para comercializar”).

Por último, y ya en el contexto de las penas, se podría dejar como alternativas las penas del inciso primero (presidio o multa).

En cualquier evento, creo que la pena de la adquisición y el almacenamiento debe ser inferior a la de la conducta del inciso primero. Multa a secas.”

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim. n° 1, D3, p. 1-269.*

- (2) *Sobre la necesidad de precisar la utilización de menores en el material prohibido, de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Ossandón*

“Es necesario precisar, en el inciso final, que se trate de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores.”

- (3) *Proponiendo morigerar su penalidad, del Prof. L. Ortiz Q.*

“Esta disposición impone la misma pena al que comercializa, difunda o exhiba material pornográfico y al que se limita a adquirir o a guardar el mismo material para llevar a cabo las actividades señaladas en el inciso precedente. Este es un delito de resultado cortado de menor dañosidad social que el del inciso 1°; por lo que debería tener una pena menor, sólo de multa.”

### Unidad 3b

#### 1. TEXTO PROPUESTO

#### TÍTULO IV

#### DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

##### § 1 De la violación

**Artículo 98.** El acceso carnal sin el consentimiento de la persona ofendida, por vía vaginal, anal o bucal, constituye violación y será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, en alguno de los casos siguientes:

1°. Cuando se usa fuerza o intimidación;

2°. Cuando se aprovecha de la privación de sentido de la víctima o de su incapacidad para oponer resistencia; y

3°. Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

**Art. 99.** El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de doce años, también constituye violación y será castigado con reclusión mayor en su grado medio, aunque no concorra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo anterior.

##### § 2 Del estupro y otros delitos contra la integridad sexual

**Artículo 100.** El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo siempre que se actúe abusando o

prevaliéndose de:

1°. Una anomalía o perturbación mental de la víctima, aún transitoria, que no constituya enajenación o trastorno, en el sentido del número 3° del art. 98°;

2°. Una situación de necesidad o dependencia de gran importancia para la sobrevivencia, salud y seguridad personal de la víctima, aunque sea temporal, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, cuidado personal u otra semejante.

*Art. 101.* El que, sin la voluntad de la persona ofendida, realice en su cuerpo cualquier acto de significación sexual y de relevancia, será penado con reclusión menor en su grado mínimo a medio.

La pena será de reclusión menor en su grado medio a máximo si estos actos se realizan con cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 98, y de reclusión menor en su grado medio, si se trata de algunas de las señaladas en el artículo anterior.

Si el acto de significación sexual y de relevancia consiste en la introducción de partes del cuerpo u objetos de cualquier índole, por vía vaginal o anal, las penas de este artículo se impondrán en su grado máximo.

*Art. 101A.* Si el acto de significación sexual y de relevancia se realiza utilizando animales, la pena será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo.

*Art. 102.* El que realice cualquier acto de significación sexual y de relevancia en el cuerpo de una persona menor de doce años, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo, aunque no concorra ninguna de las circunstancias mencionadas en el artículo 101. En todo caso, se aplicará la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, si el acto es de aquellos descritos en el artículo anterior o en el inciso tercero del artículo 101.

*Art. 103.* El que para procurar la excitación sexual propia o ajena realice acciones de significación sexual y de relevancia ante una persona menor de doce años, le induzca a ver o escuchar material pornográfico, presenciar espectáculos del mismo carácter, o a realizar acciones de significación sexual y de relevancia delante suyo o de otro, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

*Art. 104.* La misma pena se impondrá al que para procurar la excitación sexual propia o ajena realice acciones de significación sexual y de relevancia ante un menor de edad, le induzca a ver o escuchar material pornográfico, presenciar espectáculos del mismo carácter, o a realizar acciones de significación sexual y de relevancia delante suyo o de otro, concurriendo alguna de las circunstancias señaladas en los artículos 98. Si las circunstancias concurrentes son las del artículo 100, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

*Art. 105.* El que utilice menores de edad en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

**Artículo 106.** La misma pena señalada en el artículo anterior se impondrá al que promueva o facilite la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro.

**Artículo 107.** El acceso carnal o la realización con o por parte de un menor de un acto de significación sexual y relevancia, obtenidos a cambio de dinero u otra prestación de carácter pecuniario, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

### § 3 De la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil

**Art. 108.** El que difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a cuarenta unidades tributarias mensuales.  
(Al que adquiera o almacene el material pornográfico a que se refiere el inciso anterior para realizar cualquiera de las actividades en él señaladas se impondrá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a cuarenta unidades tributarias mensuales).

### § 4 Disposiciones comunes

**Art. 109.** En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en este título en contra de aquél con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª Sólo se dará curso al procedimiento si el cónyuge o conviviente es menor de doce años o el hecho se comete mediante fuerza o intimidación o su continuación pareciera necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2ª Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido, siempre que sea mayor de doce años de edad cumplidos, se pondrá término al procedimiento, a menos que el tribunal no lo acepte por motivos fundados.

**Art. 110.** Si los delitos previstos en este Título son cometidos por un ascendiente, guardador, maestro, autoridad pública, ministro de un culto religioso, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, serán condenados, además, a la pena de inhabilitación especial en su grado máximo para el cargo u oficio que desempeñen. La pena se extenderá a todo cargo, oficio o profesión ejercidos en ámbitos educacionales públicos o privados o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

**Art. 111.** En los delitos previstos en este Título serán circunstancias agravantes:

1ª. Si se cometen mediante abuso de confianza o autoridad;

2ª. Si se ejerce violencia o intimidación.

Para la aplicación de estas agravaciones se tendrá en cuenta lo previsto en el artículo 45 de este Código.

**Artículo 112.** Cuando se reúnan en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los (tres) párrafos anteriores, se aplicará la de las circunstancias que en aquél caso particular la merezcan más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado.

**Artículo 113.** Si alguno de los delitos previstos en este título se ha cometido en contra de un menor de edad, el condenado será también declarado en interdicción del derecho de ejercer la patria potestad o la guarda y de ser oído como pariente en los casos que la ley designa. En consecuencia, el tribunal decretará en su sentencia la emancipación del menor si corresponde, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor. No obstante, el condenado conservará todas las obligaciones legales que tuviera al momento de la sentencia, cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

## **Fundamentos**

### **A. Sistematización empleada**

En el entendido de que las recientes reformas legislativas operadas en esta materia representan en buena medida el estado actual de la valoración de nuestra comunidad de los hechos que debieran comprenderse en este Título, la propuesta en general se basa en el texto del Código actual, en la forma que le han las reciente Leyes N°s 19.927 y 19.617, pero tomando en cuenta las numerosas e importantes críticas vertidas en relación a dichas reformas<sup>267</sup>, evitando los excesos que la coyuntura política llevó a introducir al Código.

Así, por una parte, se introducen a las descripciones de los hechos punibles mejoras técnicas necesarias e imprescindibles que tienden, principalmente, a simplificar su redacción y ordenación, evitando sobre todo las posibles lagunas de punibilidad que la exacerbada casuística vigente produce,<sup>268</sup> y, sobre todo, a mantener la proporcionalidad en las penas del sistema general de la propuesta que ha ido aprobando el Foro Penal en las Unidades anteriores.

Por cierto, de antemano se advierte que no se consideran en la propuesta los hechos que ya se encuentren sancionados en las Unidades antes aprobadas de este Proyecto (como el delito complejo de violación con homicidio) y aquellos que sólo parecen fundarse en decisiones de carácter moralizante, como la sodomía del actual art. 365, el incesto del

---

<sup>267</sup> Cfr., por todos, José Luis Guzmán D., *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*, p. 149. Sin embargo, es precisamente ese estado de la valoración de los hechos por nuestra comunidad lo que, a nuestro juicio, hace impracticable la sugerencia de la Prof. Silvia Peña y de los Profs. Carnevali y Londoño, acertada políticocriminalmente, de eliminar del delito de violación el acceso por vía bucal (que, con todo, se propone eliminar como caso grave de abuso sexual mediante introducción de objetos). También ese estado de la valoración social actual es lo que nos lleva a proponer una edad única para ambos sexos a fin de distinguir la violación propia de la impropia, contra el conocimiento científico acerca de las diferencias que se observan en los fenómenos y comprensión de la pubertad entre uno y otro sexo.

<sup>268</sup> Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, Santiago 2004, pp. 261 a 269.

actual art. 375<sup>269</sup>, y los tradicionales delitos relativos a la *moralidad pública* (arts. 373 y 374 Cp), justamente criticados por su aparente incompatibilidad con las libertades básicas del individuo<sup>270</sup> y por ofrecer todavía la posibilidad de practicar la censura judicial en resguardo únicamente de unas supuestas buenas costumbres comunes a todos, idea difícilmente conciliable con la del Estado Democrático de Derecho<sup>271</sup>. Por tanto, del párrafo que contiene estos delitos sólo se rescatan los recientemente introducidos delitos relativos a la *pornografía infantil*, arts. 374bis y ter, entendidos como atentados directos o indirectos contra los menores involucrados y no puramente como hechos moralmente reprobables. El epígrafe propuesto –“*Delitos contra la integridad sexual*”– responde a esta sistemática y está extraído de la parte correspondiente del actual Tít. VII, L. II Cp, conforme a la redacción que le diera la reciente ley 19.927 sobre *pornografía infantil*, por entender que con él se comprenden al mismo tiempo los aspectos de libertad e indemnidad en materia sexual involucrados en el conjunto de figuras punibles que se establecen, como los no despreciables efectos que en la dignidad, el cuerpo y en la salud física y píquica del afectado originan sus formas más graves<sup>272</sup>. Se opta así por un esquema diferente al del Derecho alemán –cuyos fundamentos giran en torno a la idea de la “*autodeterminación sexual*”<sup>273</sup>–, que tanta influencia tuvo en el portugués<sup>274</sup> y en las primeras reformas del derecho español, particularmente en la versión original del Cp 1995<sup>275</sup>, pues aparte del exacerbado casuismo a que esta clase de regulación conduce, ella no permite reconocer adecuadamente las diferencias de valoración subyacentes en nuestra comunidad, particularmente en lo referente al delito de violación como forma de ataque *personal* significativamente más grave que el resto de las agresiones sexuales, y en las diversas formas de delitos referidos a los menores de edad, diferencias que en relación con el valor de la *integridad personal* se hace más fácil resaltar y graduar<sup>276</sup>. La propia evolución del

---

<sup>269</sup> En las observaciones recibidas respecto del anterior texto elaborado por esta Secretaría Técnica, se pronunció expresamente a favor de esta supresión el Ministerio Público, contra la opinión de la Prof. Silvia Peña, quien admitiendo que en estos casos no se lesionan bienes jurídicos individuales, afirma que subsistiría el interés de mantener en la familia un espacio sexual “neutro”, citando en su apoyo a Rodríguez Devesa.

<sup>270</sup> Garrido Montt III, 333.

<sup>271</sup> Luis Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*, p. 250.

<sup>272</sup> Favorablemente se pronunció sobre esta propuesta L. Rodríguez Collao, en su observación escrita, argumentado que “frente al imperativo de buscar una fórmula dotada de suficiente amplitud y ductilidad como para captar el conjunto de valoraciones que albergan los delitos sexuales ... la noción de *integridad sexual* cumple cabalmente ese objetivo”. Oo. Luis Ortiz y Silvia Peña, quienes en sus observaciones escritas sobre el tema dieron a entender su preferencia por el concepto “indemnidad sexual”, atendiendo al alcance de la voz “integridad”, que ellos afirman no se refiere a este punto.

<sup>273</sup> Cfr. Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24ª Aufl., München 1991, Rnd. 1, vor. §§174ff, p. 1306.

<sup>274</sup> Cfr. Dos Reis Alves, S. M.: *Crimes sexuais*, Coimbra 1995, pp. 5-6 y Maia Gonçalves, M.: *Código Penal*, Coimbra, 1996, pp. 621-622, cit. ambos por Rodríguez Collao, op. cit., p 48.

<sup>275</sup> Cuyos orígenes pueden encontrarse en el notoriamente influyente trabajo de J.L. Díez Ripollés: *La protección de la libertad sexual*, Barcelona 1985, *passim*. Con todo, cabe señalar que, proponiendo adoptar un modelo como el español, se pronunció en sus observaciones escritas la Prof. Magdalena Ossandón.

<sup>276</sup> Rodríguez Collao, op. cit., p. 93.

derecho español es significativa en esta materia, donde, al cabo de pocos años se ha debido reintroducir el *nomen juris* para el delito de violación<sup>277</sup>, y diversas figuras vinculadas con la protección de la *persona y dignidad* de los menores de edad<sup>278</sup>.

## B. Violación

### \*\*\*igualar sujetos activos\*\*\*

Al respecto, se pretende simplificar y mejorar la redacción de los actuales tipos penales en los siguientes aspectos<sup>279</sup>:

4. Introduciendo claramente el requisito de la falta de voluntad de la víctima en la realización del acto sexual, como circunstancia básica para el castigo de estos hechos, tratándose de la violación propia<sup>280</sup>;
5. Fijando la pena de la *violación propia* en reclusión mayor en su grado mínimo, manteniendo el mínimo de la actual –conforme a la última modificación legislativa–, pero excluyendo su máximo, para no homologar el hecho al homicidio simple, tal como se aprobó por el Foro la modificación a las penas del secuestro.
6. En la misma línea, para la *violación impropia*, la pena se eleva a un marco similar al ya aprobado para la sustracción de menores (presidio mayor en su grado medio). En esta figura, se fija la edad mínima para validar el consentimiento del menor en 13 años, tomando en cuenta tanto los conocimientos científicos asentados sobre el proceso físico de la pubertad<sup>281</sup>, la experiencia acumulada hasta el momento de un

---

<sup>277</sup> Aunque, en todo caso, no del todo coincidente el el nuevo art. 179 con el concepto “tradicional” de violación: acceso carnal por vía vaginal (Cfr. A. Serrano, *Derecho penal, parte especial*, Madrid 1999, p. 191.

<sup>278</sup> Particularmente esto es así en los delitos de utilización de menores en la producción de pornografía, como señalan F. Morales P. / R. García A., *Comentario al art. 189 Cp español*, en G. Quintero O. (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 2ª ed., Pamplona 1999, p. 289, para quienes la tutela del menor se vincula “más a la idea de la dignidad del menor que propiamente a su libertad o indemnidad reales”.

<sup>279</sup> Junto con los aspectos que se mencionan en el texto, se realizaron modificaciones de redacción propuestas por los Profs. Luis Ortiz y Silvia Peña, en orden a adecuar los sujetos y los tiempos y giros verbales empleados tanto en el actual texto del Código como en la primitiva propuesta de la Secretaría.

<sup>280</sup> Cfr. Rodríguez Collao, Luis, *Delitos Sexuales*, p. 145. En contra de esta propuesta, la Prof. Magdalena Ossandón estimó que ella ampliaba excesivamente la definición del delito; mientras el Ministerio Público estimó innecesaria la incorporación de la expresión “sin su voluntad”, porque, en su opinión permitiría concluir que existirían casos de acceso carnal no voluntarios no constitutivos de violación; en tanto el Prof. Raúl Carnevali estima dicha expresión sencillamente superflua, porque se entendería ya comprendida en los actuales casos del art. 361.

<sup>281</sup> El siguiente cuadro grafica las diferencias de desarrollo físico en la pubertad entre hombres y mujeres:



importante número de casos de procesos por violación impropia respecto de mujeres púberes de entre trece y catorce años, con plenas capacidades físicas y psicológicas para consentir respecto del ejercicio de su sexualidad<sup>282</sup>, así como la opinión mayoritaria de quienes hicieron observaciones a la anterior propuesta de la Secretaría Técnica<sup>283</sup>, que reponía la distinción de edades por sexo. Además, siguiendo el modelo adoptado para distinguir entre secuestro y sustracción de menores, la edad solamente se menciona en el tipo de violación impropia, procurando así evitar las dificultades de interpretación del anterior texto<sup>284</sup>.

### C. Estupro y otros accesos abusivos

El texto propuesto recoge los casos de estupro del actual art. 363, con importantes modificaciones:

5. La pena se reduce al mínimo de la actualmente vigente, para adecuarla al criterio de proporcionalidad de esta propuesta. Además, se agrega un grado inferior, atendida la ampliación de las hipótesis que se explica enseguida,
6. Se elimina la reducción del sujeto pasivo a un menor de edad, entendiendo que en la mayor parte de las situaciones que actualmente se describen en el art. 363 Cp, lo relevante es el prevalimiento de una situación fáctica que vicia la voluntad de quien resulta abusado, abuso, prevalimiento y presupuestos que, si bien pueden

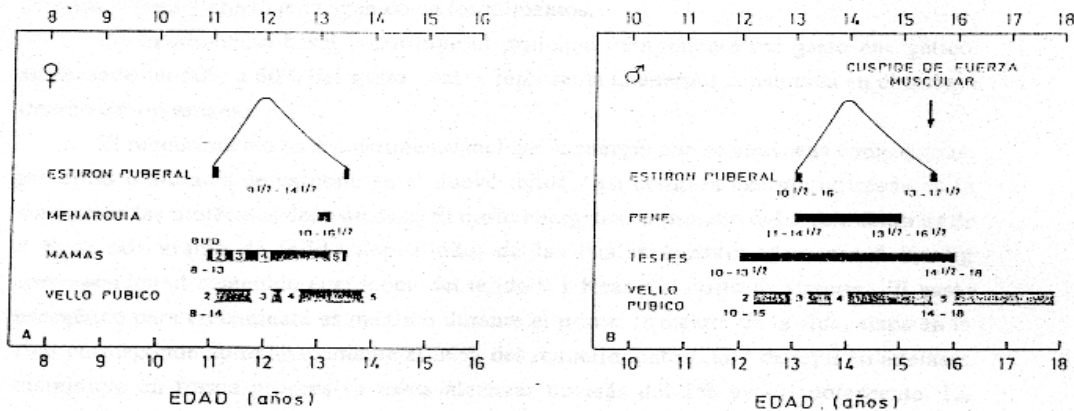


Figura Secuencia típica de los eventos puberales en niñas (a) y varones (b). Los números dentro de las barras que representan el desarrollo mamario y del vello púbico corresponden a las etapas de la pubertad. Tanner JM y Marshall WA: *Arch Dis Child* 1970; 45:13, *Clin Endocrinol Metab* 1986; 15:433.

<sup>282</sup> Fte.: Exposición de la Prof. M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez G., en el Congreso de Alumnos de Derecho Penal organizado por la P. Universidad Católica de Valparaíso, 14 de Agosto de 2004.

<sup>283</sup> Por la edad ahora propuesta se pronunciaron el Propio Ministerio Público y el Prof. Luis Rodríguez Collao, quien cita en apoyo de su opinión en torno a fijar esta edad de 13 años como límite y no otra, el trabajo de GAUTHIER, M. / SAUCIER, J.: "Etude préliminaire de l'abus sexuel précoce", en *Revue Canadienne de Psychologie*, Vol 36, N° 6, 1991, 424-425. Todavía por mantener la edad actual de 14 años se pronunció Silvia Peña y, por volver a la fugaz fijación en doce años de la Ley N° 19.617, el Prof. Álvaro Fernández.

<sup>284</sup> Cfr. José Luis Guzmán D., *Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile*, p. 149.

intensificarse tratándose de menores de edad, bien pueden darse respecto de personas mayores de edad en similares condiciones<sup>285</sup>. Con todo no se llega al punto de igualar el estupro con la violación, lo que se refleja en la pena asignada a cada

---

<sup>285</sup> Cfr. Garrido Montt III, p. 387s, donde se señala que la “dependencia” supone una “base fáctica diversa” a la diferencia de edades. Más claramente el punto, en Matus/Ramírez, *Lecciones de derecho pena chileno*, p.82.

En el *derecho español*, son estos hechos punibles por lo dispuesto en su artículo 182:

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.
2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el Artículo 180.1 de este Código. [estas circunstancias son: “3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años”; y “4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima”].

En *Francia*, así lo dispone el amplio texto de su art. 222-27, que castiga con penas de hasta cinco años de prisión y multa “*les agressions sexuelles autres que le viol*” en relación al art. 222-29, N° 2, que agrava tales actos cuando son cometidos “*2° A une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur*”.

También en *Alemania* se castigan hechos similares de abuso sobre personas en situación de inferioridad, enfermedad o desvalimiento, en los §§ 174a, y 174c:

**§ 174a. Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen.** (1) *Wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen stationär aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch mißbraucht, daß er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt, oder an sich von ihr vornehmen läßt.*

(3) *Der Versuch ist strafbar.*

**§ 174c. Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses.** (1) *Wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

(2) *Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Mißbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen läßt.*

(3) *Der Versuch ist strafbar.*

Estas son las razones y antecedentes que llevan a esta Secretaría a rechazar las observaciones de los Profs. Fernando Londoño y Álvaro Fernández en orden a limitar los casos de estupro a mayores de edad sólo a la actual circunstancia primera del art. 363, y consecuentemente, a fundir en un solo artículo todos los casos de estupro, en la línea insinuada por la p'rof. Silvia Peña (quien, no obstante, preferiría excluir de esta figura el acceso carnal por vía bucal).

hecho, entendiendo que hay una diferencia cualitativa entre un hecho en el que se concurre con una voluntad viciada y otro en el que dicha voluntad falta del todo<sup>286</sup>.

7. Por lo mismo, se abandona la justamente criticada<sup>287</sup> primitiva propuesta de la Secretaría Técnica de limitar los sujetos activos a los mayores de edad, idea que pretendía destacar el castigo a la ingerencia indebida en el desarrollo del menor, más que el abuso de la posición para obtener un acceso carnal que de otro modo (legítimo) no se obtendría..
8. Para evitar dudas de interpretación que podrían suscitarse de reunirse en un solo número las actuales circunstancias segunda y tercera del art. 363, se mantienen ambas junto a la primera<sup>288</sup>, modificándose únicamente la cuarta, eliminando de ella la referencia a la inexperiencia o ignorancia en materias sexuales. De este modo, se pretende dar cabida a casos no comprendidos actualmente (como la suplantación de personas<sup>289</sup>). Aunque se mantiene el “engaño”, se excluye su actual referencia a la inexperiencia o ignorancia sexual, entendiendo que ese es, precisamente, uno de los pocos objetos en los que, atendido el desarrollo de la educación sexual en nuestras escuelas, será imposible concebir que recaiga un “engaño”<sup>290</sup>.

#### **D. Abusos sexuales**

La propuesta pretende fundir en una sola disposición las diferentes formas de abusos sexuales actualmente consideradas en el Código vigente (arts. 365bis a 366ter), entendiéndolas como agravaciones de una figura básica de abuso sexual cuya circunstancia fundante es únicamente la falta de consentimiento de la víctima, eliminando de este modo

---

<sup>286</sup> La propuesta de unificar ambas figuras fue realizada por la Prof. Silvia Peña en sus observaciones al texto presentado primitivamente por la Secretaría Técnica, argumentando que “si la esencia de ambos radica en la falta de consentimiento o consentimiento viciado para la realización del acto sexual, ya que también se encuentra viciado el consentimiento del que actúa bajo error (inducido por el engaño) o bajo el influjo de una persona que ejerce un ascendiente sobre él”, y citando en su apoyo la sistemática de los códigos italianos (*violenza sessuale*, art. 609 bis), francés (art. 222-24) y argentino (art. 119).

<sup>287</sup> En este sentido, y con abundantes referencias bibliográficas, se recibió la observación del Prof. Luis Rodríguez Collao. En el mismo sentido se pronunció el Prof. Raúl Carnevali y el Ministerio Público.

<sup>288</sup> Todas ellas conservan su actual redacción, habida cuenta de los numerosos problemas de interpretación que parecían ofrecer las fórmulas alternativas propuestas originalmente, como quedó patente en las observaciones de los Profs. Luis Ortiz, Fernando Londoño, Magdalena Ossandón, Silvia Peña, y del Ministerio Público.

<sup>289</sup> En cambio, es posible imaginar otros supuestos de “engaño” relevantes en la materia, como el del conocido caso de las Cortes parisinas, citado por Mayaud, *Code Penal*, Paris 2000, p. 271: un tercero se hace pasar por el marido de la víctima, logrando con ello realizar sus propósitos lúbricos (Sala Criminal, 27.12.1883).

<sup>290</sup> Se acoge así la observación de los Profs. Luis Rodríguez Collao y Raúl Carnevali, que recoge el sentir mayoritario de la doctrina española, como puede verse en MORALES PRATS, F. / GARCÍA ALBERO, R.: “Delitos contra la libertad sexual”, en Quintero Olivares (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 254. También la observación del Ministerio Público tiende a destacar la necesidad de eliminar toda referencia a la “falsa promesa matrimonial” en la configuración de este engaño.

el exasperante casuismo vigente<sup>291</sup> para dar lugar a un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de las múltiples formas que estas acciones pueden comprender<sup>292</sup>, pero sin aumentar ni rebajar (salvo en lo estrictamente necesario para mantener la proporcionalidad del Proyecto), las penas previstas actualmente ni eliminar los casos que al legislador de esta época le han parecido especialmente graves.

Además, para evitar problemas de interpretación, se aclara que la introducción de partes corporales (distintas del pene, por cierto), es constitutivo de abuso y no de violación. Esta aclaración, que en rigor no sería necesaria, viene impuesta por las señales equívocas enviadas recientemente por el legislador.

Finalmente, se han acogido las numerosas observaciones recibidas respecto del texto originalmente propuesto por la Secretaría Técnica, en orden a mejorar y aclarar las referencias y ciertos giros lingüísticos (emplear, por ejemplo, la expresión “en el cuerpo” en vez de “sobre el cuerpo”, etc.)<sup>293</sup>.

### **E. Corrupción de menores**

Los delitos de corrupción de menores que aquí se contemplan corresponden a los comprendidos en las últimas modificaciones introducidas al Código –salvo el de sodomía del art. 365, cuyo castigo fuera de las circunstancias del estupro o la violación parece incompatible con la idea de un Estado democrático respetuoso de la dignidad humana<sup>294</sup> –, con las siguientes modificaciones de carácter técnico:

- a) Adecuación de las penas a la proporcionalidad general del Código propuesto;
- b) Simplificación y precisiones técnicas en la descripción de las diversas figuras punibles<sup>295</sup>,

---

<sup>291</sup> Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, en prensa.

<sup>292</sup> Para valorar este cambio, puede consultarse en Bascañán Valdés, Antonio, *El delito de abusos deshonestos*, pp. 109ss, la interpretación que a la antigua figura de abusos deshonestos ofrecía nuestra doctrina.

<sup>293</sup> No obstante, aspectos sistemáticos de relevancia, como como la introducción de una definición de los abusos sexuales (propuesta por el Ministerio Público y la Prof. Silvia Peña), cambios en las penalidades diversos a los estrictamente necesarios para mantener la proporcionalidad del anteproyecto (propuestos en diversos sentidos por los Profs. Luis Ortiz Q., Fernando Londoño y el Ministerio Público), cambios en la denominación de los delitos y una nueva ordenación de los artículos (propuesta de Luis Rodríguez Collao), etc., no pudieron ser considerados en esta oportunidad, por ser incompatibles con las bases de esta propuesta, explicitadas arriba en el texto..

<sup>294</sup> Cfr. Luis Rodríguez Collao, *Delitos sexuales*, p. 250.

<sup>295</sup> En este sentido, se recibieron numerosas observaciones respecto de la propuesta original de la Secretaría Técnica (de los Profs. Rodríguez Collao, Silvia Peña, Pedro Doren, Fernando Londoño, Magdalena Ossandón, Álvaro Fernández), que se acogieron en general. Sin embargo, al igual que en el resto de los delitos del Título propuesto, no se recogen aquí las observaciones que instaban por cambios de penalidad o de punibilidad de hechos (como la supresión del *favorecimiento de la prostitución impropio*, propuesta por el Prof. Fernando Londoño), más allá de lo estrictamente necesario para mantener la proporcionalidad del proyecto o las actuales valoraciones del legislador, respectivamente. Tampoco se estimó necesario incorporar una definición de material pornográfico infantil, entendiéndose que ella es propia de la labor jurisprudencial y, como bien hace ver en su observación el Prof. Carnevali, puede deducirse con seguridad de lo dispuesto en la

c) Reenvío de las agravantes especiales de habitualidad, abuso de autoridad o de confianza, reservadas hoy día, por razones puramente históricas, al favorecimiento de la prostitución, a las normas comunes a todos los delitos del Título.

## **F. Comercialización y tenencia de material pornográfico infantil**

Se recogen aquí las nuevas figuras relativas a la comercialización y tenencia de material pornográfico infantil, adecuando sus penas a la proporcionalidad del nuevo Código y haciéndoles aplicables, en ciertos casos, las disposiciones especiales de los propuestos artículos 115 a 116. Salvo las precisiones técnicas realizadas para mejorar la redacción y el sentido de los actuales arts. 374 bis y ter, no pareció a la Secretaría prudente un cambio radical en la materia, tanto si fuese políticocriminalmente correcto (como la supresión de los delitos de tenencia de material pornográfico infantil<sup>296</sup>), como si se tratase de una nueva sistematización<sup>297</sup>.

## **G. Disposiciones comunes**

La propuesta pretende sistematizar y simplificar el abigarrado conjunto de disposiciones comunes de los actuales artículos 368 a 372 ter, adecuando sus prescripciones a la sistemática del nuevo Código<sup>298</sup>, y evitando en lo posible la introducción de normas de carácter puramente procesal, que se entiende se incorporaron al texto vigente en espera de sustanciales reformas al Código Procesal Penal<sup>299</sup>. Así, las disposiciones propuestas regulan las siguientes materias:

---

Ley de Calificación Cinematográfica. En cambio, sí se acogió la significativa observación en orden a restablecer el término “producción” para referirse a la creación de material pronográfico, de los Profs. Waldo del Villar, Silvia Peña, Magdalena Oosandón y del Ministerio Público.

<sup>296</sup> En tal sentido se recibieron las observaciones de los Profs. Fernando Londoño y Raúl Carnevali. Por lo mismo, tampoco se acogió, salvo en la morigeración ya impuesta por la proporcionalidad del proyecto, la observación del Prof. Luis Ortiz en orden a morigerar todavía más las penas en estas figuras.

<sup>297</sup> Así, la observación que se recibió de parte de la Prof. M<sup>a</sup> Magdalena Oosandón, de tratar estos delitos en el título correspondiente a los aquí denominados “delitos contra la integridad sexual”.

<sup>298</sup> Por lo mismo, se elimina la figura de violación con homicidio del art. 372bis, comprendida en el propuesto *delito complejo de homicidio* (art. 82 del texto propuesto al Foro).

<sup>299</sup> Así, se suprimen de la regulación del Código penal los actuales artículos 369ter y 372ter, en el entendido que su contenido debe regularse, en definitiva, por el Código Procesal Penal. Así, se lee en el Informe de la Comisión Mixta relativo al proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materias de delitos de pornografía infantil (BOLETÍN N°2.906-07), que se “estimó que, si bien desde el punto de vista sistemático estas reglas deberían consultarse en el Código Procesal Penal -al igual que los artículos 369 y 369 bis a que se aludió-, es aceptable su inclusión provisoria en el Código Penal, en atención a la conveniencia de estudiar con mayor detención su aplicabilidad a otras figuras delictivas y, particularmente, de que se decante el proceso de la reforma procesal penal, de modo tal que se haya extendido la sujeción de los procedimientos penales al nuevo ordenamiento sobre la materia”.

Por lo que respecta al actual artículo 369bis, se elimina por ser incompatible con el nuevo sistema procesal.

5. Art. 108: Se refiere al procedimiento a seguir por delitos cometidos entre cónyuges (actuales incs. cuarto y quinto del art. 369) , con pequeñas modificaciones de redacción, para aclarar su sentido con relación a la redacción del delito de abusos sexuales propuesta.
6. Art. 109: Se unifican en un solo artículo las diversas agravaciones especiales que para las personas especialmente vinculadas con menores se han ido incorporando inorgánicamente al Código (arts. 368, 371 y 372 inc. 2°), y sus efectos se adecuan al sistema del Código propuesto, particularmente en lo que respecta a las inhabilitaciones especiales dispuestas.
7. Art. 110: Se agrupan aquí las agravantes especiales comunes a todos los delitos del título, a saber, las tradicionales de abuso de autoridad o de confianza, ampliadas reservadas hoy día, por razones puramente históricas, al favorecimiento de la prostitución. La ampliación consiste en incluir la *violencia e intimidación*, el *engaño* y la *pluralidad de partícipes* como agravantes, y hacerlas extensivas al resto de los delitos del título, como agravantes específicas<sup>300</sup> , eliminando el actual efecto especial que sobre el marco penal tienen, lo que se justifica por el general aumento de penas que todos los delitos de este título han sufrido en las recientes reformas legislativas y que, en la medida de no ser contrarios a la proporcionalidad del proyecto, también refleja esta propuesta. Por tanto, estas agravaciones pasan a las disposiciones comunes del Título. Se suprime la *habitualidad* como agravante, ya que es un rezago de la antigua disposición del primitivo 367 Cp, que sólo castigaba en tales casos o concurriendo abuso de autoridad o confianza y que, por tanto, puesta como agravante, su efecto es suprimir las reglas generales de concurso y reiteración de delitos, para lo cual no se una razón práctica o de conveniencia políticocriminal, como destacó en sus observaciones a la propuesta original el Ministerio Público.
8. Art. 111: Se incorpora una regla de subsidiariedad expresa general, conforme al modelo del actual art. 453 Cp<sup>301</sup> , para todos los casos en que alguno de los hechos previstos en este Título pudiera ser castigados por dos o más de sus disposiciones (abusos sexuales, estupro, violación propia o impropia, favorecimiento de la prostitución, etc.), para evitar así problemas de interpretación puestos de manifiesto en las observaciones recibidas respecto de la propuesta original de la Secretaría Técnica<sup>302</sup> .

---

<sup>300</sup> La idea de ampliar a todas las figuras del título estas agravaciones del Prof. Luis Rodríguez Collao y, de forma implícita, se encuentra ya en los actuales arts. 368, 371 y 372, confundida con penas especiales en cada caso. La idea de incorporar la pluralidad de partícipes como agravante genérica fue representada en las observaciones de los Prof. Álvaro Fernández y Silvia Peña. En un sistema que, como el francés, no hace las distinciones entre estupro y violación, las agravantes especiales mencionadas se reflejan precisamente en los supuestos agravados de violación del art. 222-24.

<sup>301</sup> Sobre el sentido de esta disposición, Cfr. Matus/Ramírez, *Lecciones de Derecho penal chileno, parte especial*, p. 147s.

<sup>302</sup> La idea fue propuesta por el Prof. Fernando Londoño, a propósito de la colisión de estos hechos con los abusos sexuales. Desde otras perspectivas, dan cuenta en sus observaciones de la necesidad de abordar esta cuestión con carácter general los profs. Luis Rodríguez Collao (quien prefiere que las figuras de favorecimiento de la prostitución se traten con relación a las básicas aplicables) y Silvia Peña (para quien la indeterminación de la edad de los menores en estas figuras puede producir más de un problema práctico)

“no comprendería concurso aparente”

9. Art. 112: Se regulan en artículo separado las medidas de seguridad incorporadas recientemente al Código (*vigilancia de la autoridad* –art. 372 inc. 1º– y *clausura de establecimiento* –art. 368bis–), para distinguirlas claramente de las penas y su modo de aplicarlas, y al mismo tiempo, conservar su vigencia en lo que es compatible con este proyecto.
10. Art. 113: Finalmente, se reúnen aquí todos los efectos civiles que la actual legislación establece respecto de las personas condenadas por este delito (actuales 370, 370bis y 372 inc. 1º), siguiendo la misma idea del artículo anterior.

## **Unidad 4 Parte Especial** **DELITOS DE PELIGRO COMÚN**

### **1. Fundamentos**

Se pretende reunir en este Título la mayor parte de las normas que tienen la particularidad de castigar la creación de un **peligro más o menos determinado para la vida, la salud, la seguridad o la propiedad de personas indeterminadas**, peligro cuya medida no es controlada del todo por el autor<sup>303</sup> por lo que, por su propia naturaleza, parece razonable prevenir antes de que desemboque en los daños que se pretenden evitar, sin perjuicio del castigo mayor que parece corresponder al hecho de efectivamente materializarse tales peligros en daños a personas concretas.

En nuestro ordenamiento, estas figuras se encuentran dispersas entre el Título VI y el § 9 del Título IX del actual Código penal y en numerosas leyes especiales, a saber: referidas a la *salud pública*, las leyes 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, la 11.564 sobre Mataderos Clandestinos 16.464, sobre Venta de Productos Alimenticios Adulterados y otras disposiciones legales, 18.455, que fija Normas Sobre Producción, Elaboración y Comercialización De Alcoholes Etilicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, 11.741, sobre Tabacos; referidas a la *seguridad nuclear*, la N° 18.302; referidas al *tráfico rodado, marítimo y aéreo*, las leyes del Tránsito, General de Ferrocarriles, de Navegación y el Código Aeronáutico; vinculadas a la *protección del medio ambiente*, las leyes 19.473, sobre Caza, 18.892 sobre Pesca y Acuicultura, la Ley de Bosques, el DL 176/1925 sobre seguridad animal, la General de Urbanismo y Construcciones, la 17.288 sobre Monumentos Nacionales, la 18.362 que crea las áreas protegidas, etc.

Esta dispersión normativa provoca no sólo una sensación de tratarse de una materia en permanente cambio, sino también, la falta de estudios monográficos con una visión de conjunto de toda ella, aunque sobre algunos aspectos particulares existe una importante producción bibliográfica y varios de los delitos que se comprenden en este grupo son de diaria aplicación en nuestros tribunales<sup>304</sup>. En efecto, mientras en nuestras obras generales al uso sólo en las de A. Etcheberry y de G. Labatut se da un lugar para un tratamiento en conjunto del Tít. VI del L. III del Código penal, aunque con las limitaciones propias de las obras de este carácter<sup>305</sup>; existe por otra parte reciente bibliografía en materia de delitos sobre tráfico ilícito de estupefacientes<sup>306</sup>, manejo en estado de ebriedad<sup>307</sup> y delitos medioambientales<sup>308</sup>.

---

<sup>303</sup> Mezger, *Libro de Estudio*, p. 229,

<sup>304</sup> Particularmente los referidos a la Ley de Alcoholes (ahora incorporados en la de Tránsito) y en la N° 19.366. Cfr. Cuenta Pública del Ministerio Público, año 2004.

<sup>305</sup> Paradigmático es el texto de don G. Labatut, t. II, que despacha todo el Título VI en 30 páginas (96-125).

<sup>306</sup> Cfr., por todas, las siguientes publicaciones dirigidas por Sergio Politoff / Jean Pierre Matus A.: *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia*, Santiago 1998; *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago 1999; *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Santiago 2000.



Por lo tanto, siguiendo los objetivos trazados por el Ministerio de Justicia al encargar a este Foro la redacción de un anteproyecto de nuevo Código penal, se pretende aquí básicamente lograr una reordenación y racionalización de las disposiciones actualmente vigentes, particularmente en cuanto a las penas dispuestas y al propósito de evitar reiteraciones innecesarias, pero sin que ello suponga suprimir hechos actualmente punibles, salvo cuando ello carezca evidentemente de justificación. Por otra parte, en materia de tráfico ilícito de estupefacientes se ha preferido mantener las disposiciones penales que actualmente se discuten en último trámite legislativo, por entender que se trata de una materia altamente sensible y en la que nuestro Congreso ha puesto un enorme esfuerzo, por lo que, salvo adecuaciones penológicas para mantener la proporcionalidad del proyecto, la supresión de un par de delitos derivados del carácter de ley especial donde hoy se encuentran (asociación ilícita y omisión de denuncia: hechos que deben ser regulados en los delitos contra el orden público y funcionarios, respectivamente), y la elevación a simple delito de las flatas de consumo (eo sí, manteniendo en lo esencial su régimen penológico), no se hacen otras alteraciones a lo ya aprobado por el Congreso.

Dicho lo anterior, queda por justificar la incorporación al código de los dos grupos de delitos novedosos que aquí se presentan: los relativos al medio ambiente (delitos de contaminación) y los referidos a la manipulación genética.

En cuanto a los delitos contra el medio ambiente, la necesidad de contar con una regulación acorde con nuestro desarrollo económico social proviene de la actual preocupación de la preocupación por los peligros que para el medio ambiente y la salud de las personas de las actuales y futuras generaciones representan ciertas actividades de gran potencial contaminador propias de nuestro estadio de desarrollo económico y social, sumada a la existencia de concretas obligaciones en materia de derecho penal medioambiental<sup>309</sup>, la ya decantada práctica y doctrina en el derecho comparado acerca de la necesidad de regular penalmente los atentados al medio ambiente, y las evidentes insuficiencias en la regulación penal de la materia en el derecho nacional<sup>310</sup>. Luego, los problemas normativos en esta materia no parecen, por tanto, referidos a la discusión acerca del <<si>> de la protección penal del medio ambiente, sino más bien a la pregunta respecto del <<cómo>> ha de establecerse esta regulación, en un sistema de derecho penal heredero en cierta medida del

---

<sup>307</sup> Cfr. por todos, Hernán Silva Silvia, *El delito de manejar en estado de ebriedad*, Santiago 2000 y Sergio Villalobos/ Renzo Figueroa /Juan Carlos Maggiolo, *Conducción bajo la influencia del alcohol y estado de ebriedad*, Santiago 1999.

<sup>308</sup> Cfr., por todas, Jean Pierre Matus A. / M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez G. / Marcelo Castillo: *Informe sobre el derecho penal ambiental en el Derecho comparado de tradición continental*, en Revista Gaceta Jurídica N° 260 (2002), pp. 7ss; y *Derecho Penal del Medio Ambiente*, en Revista Ius et Praxis (2003), Vol. 2°.

<sup>309</sup> Cfr. al respecto, Lizaur, op. cit., p. 41ss, quien reseña además los condicionamientos propios del sistema de la Unión Europea, que hacen inevitable esta clase de regulación. Un buen ejemplo de estos condicionamientos de Derecho Internacional lo constituye la iniciativa de la Comisión Europea que, siguiendo las indicaciones del Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de Octubre de 199, ha propuesto el 13 de marzo de 2001 al Parlamento Europeo la dictación de una *Directiva relativa a la protección del medio ambiente por medio del derecho penal* (COM (2001) 139. Final), con la justificación, entre otras, de que “la experiencia ha mostrado que las sanciones establecidas actualmente por los Estados miembros no son suficientes para hacer cumplir en su totalidad el Derecho comunitario”, que exige “garantizar un nivel de protección elevado del medio ambiente” (artículo 174.2 CE).

<sup>310</sup> Cfr. Matus, J.P. (Ed.), *Derecho penal del medio ambiente*, Ed. Jurídica, Santiago 2004, pp.205ss.

espíritu de la ilustración liberal<sup>311</sup>. Por ello, la regulación propuesta limita el castigo penal a graves y fácilmente comprobables actos de contaminación (**daño ambiental, en los términos de la Ley N.º 19.300**) o peligro de ella, de modo que la ley se haga al mismo tiempo aprehensible para el ciudadano común e impida que una simple autorización dada por organismos o funcionarios administrativos elimine la tipicidad de la figura penal, no atribuyéndose al mismo tiempo la imposible tarea de prevenir todos los atentados al ambiente, sino la más modesta de aplicar un castigo proporcional y racional a quien ha puesto gravemente en peligro la comunidad o ha causado una grave contaminación. Esta forma de abordar la materia permite, además, excluir del ámbito de lo punible la contaminación de bagatela, producto de la actividad diaria de todos y cada uno de los habitantes de la República, cuyo control, naturalmente, sólo puede estar entregado a las disposiciones de carácter administrativo, como sucede paradigmáticamente con las emisiones de fuentes móviles (automóviles y similares) y fijas domésticas (chimeneas, etc.), que se excluyen derechamente de la sanción penal en el texto del que aquí proponemos.

Y ante la crítica de una cierta ineficacia del derecho penal ambiental para prevenir y castigar sucesos de gran contaminación<sup>312</sup>, de entrada puede replicarse que lo mismo habría que criticar al Derecho Administrativo ambiental<sup>313</sup>, y que, por tanto, ello no se opone seriamente a la “unánime opinión que considera imprescindible una protección penal del medio ambiente más extensa y eficaz”<sup>314</sup>. Además, no deja de ser cierto que esas críticas, provienen en España de la defectuosa técnica legislativa que allí se emplea (la indeterminada remisión a las “normas generales reguladoras del medio ambiente”)<sup>315</sup>, y en Alemania, de las orientaciones de los órganos de persecución, donde en la práctica, los procesos parecen haberse dirigido más hacia delitos de bagatela<sup>316</sup> que contra los “grandes” agentes contaminadores, y el recurso a la exclusión de la pena (abstención de condena) ha provocado muy dispares sentencias<sup>317</sup>. En este aspecto, es importante destacar la perspectiva pragmática de la experiencia norteamericana donde, junto con hacer hincapié

<sup>311</sup> En este mismo sentido, Cfr. Carvalho, Iván Lira de: *Direito penal mínimo, eximentes e dirimentes nos crimes ambientais*, en Enfoque Jurídico, JAN/FEV 97, pp. 16s.. En Chile, el reclamo doctrinal en este sentido lo podemos encontrar ya desde el año 1993, en el artículo de Peter Sharp V., *La necesidad de un derecho penal ecológico*, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Julio-Diciembre de 1993, p. 86ss.

<sup>312</sup> Crítica que muy claramente expresó, en la discusión en el seno de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente, sobre el proyecto de ley que tipifica el delito ambiental, el representante del Instituto Libertad y desarrollo, abogado Claudio Osorio (Boletín 2177-12).

<sup>313</sup> Al respecto, es ilustrativa la ineficacia del SESMA en el control de los vertederos clandestinos, tal como su propio Director, Dr. Concha, lo reconoce, según recoge el Informe de la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente (Sesión 35ª de la 342 Legislatura, 6.09.2000).

<sup>314</sup> Vega Ruiz, José Augusto: *Delitos contra el medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna* en el Código penal de 1995, Madrid 1996.

<sup>315</sup> En palabras de Rodríguez Devesa refiriéndose al anterior artículo 347 bis: “no se hubiera hecho mejor si, deliberadamente, se hubiese buscado la más absoluta ineficacia” (Rodríguez Devesa/Serrano: *Derecho penal español, parte especial*, 17ª ed., Madrid 1994, p. 1109).

<sup>316</sup> Cramer, op. cit., p. 2178.

<sup>317</sup> Rangier, Rudolf: *Strafrecht, Besonderer Teil II*, 2ª ed., München 1999, p. 306.

en la protección penal del sistema administrativo de gestión ambiental mediante delitos formales de muy larga tradición jurídica (presentación de documentos falsos, etc.), para una adecuada persecución de los delitos de peligro de contaminación o de grave contaminación se han tomado seriamente en cuenta las necesidades logísticas que requiere un programa criminal ambiental exitoso, particularmente en el ámbito de la investigación y el análisis de evidencia, donde la capacidad instalada en personal y laboratorios especializados se han mostrado imprescindibles para la prueba del hecho punible.

**Para evitar confusiones normativas, las expresiones utilizadas en el texto pretenden corresponderse lo más fielmente posible con los conceptos definidos, “para todos los efectos legales”, en el artículo 2° de la Ley Sobre Bases del Medio Ambiente N° 19.300<sup>318</sup>.**

---

<sup>318</sup> **Artículo 2° Ley N° 19.300.-** Para todos los efectos legales, se entenderá por:

a) *Biodiversidad o Diversidad Biológica:* la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas;

b) *Conservación del Patrimonio Ambiental:* el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y su capacidad de regeneración.

c) *Contaminación:* la presencia en el ambiente de sustancias, elementos energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente;

d) *Contaminante:* todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental;

e) *Daño Ambiental:* toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes;

f) *Declaración de Impacto Ambiental:* el documento descriptivo de una actividad o proyecto que se pretende realizar, o de las modificaciones que se le introducirán, otorgado bajo juramento por el respectivo titular, cuyo contenido permite al organismo competente evaluar si su impacto ambiental se ajusta a las normas ambientales vigentes

g) *Desarrollo Sustentable:* el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras;

h) *Educación Ambiental:* proceso permanente de carácter interdisciplinario, destinado a la formación de una ciudadanía que reconozca valores, aclare conceptos y desarrolle las habilidades y las actitudes necesarias para una convivencia armónica entre seres humanos, su cultura y su medio bio-físico circundante;

i) *Estudio de Impacto Ambiental:* el documento que describe pormenorizadamente las características de un proyecto o actividad que se pretenda llevar a cabo o su modificación. Debe proporcionar antecedentes fundados para la predicción, identificación e interpretación de su impacto ambiental y describir la o las acciones que ejecutará para impedir o minimizar sus efectos significativamente adversos;

j) *Evaluación de Impacto Ambiental:* el procedimiento, a cargo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente o de la Comisión Regional respectiva, en su caso, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes

k) *Impacto Ambiental:* la alteración del medio ambiente, provocada directa o indirectamente por un proyecto o actividad en un área determinada;

En cuanto a los delitos relativos a la *manipulación genética*, en el derecho comparado éstos que se contemplan, por ejemplo, en el Código penal español de 1995<sup>319</sup>. Sin embargo, es evidente también que entre nosotros esta materia carece de regulación, seguramente por la aparente carencia de medios técnicos para actuar a nivel genético. Sin embargo, creemos necesaria una regulación que permita prever esta clase de delitos en el futuro.

A falta, por tanto, de mejores experiencias, y estimando que deben tener un reconocimiento siquiera simbólico los bienes personales y colectivos en juego, particularmente la *identidad genética* y el *derecho a la individualidad*, por una parte, y la *inalterabilidad del patrimonio genético de la especie* e incluso la *necesidad de protección de la supervivencia de la*

---

l) *Línea de Base*: la descripción detallada del área de influencia de un proyecto o actividad, en forma previa a su ejecución;

ll) *Medio Ambiente*: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones;

m) *Medio Ambiente Libre de Contaminación*: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental:

n) *Norma Primaria de Calidad Ambiental*: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población

ñ) *Norma Secundaria de Calidad Ambiental*: aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza;

o) *Normas de Emisión*: las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora;

p) *Preservación de la Naturaleza*: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país;

q) *Protección del Medio Ambiente*: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones destinados a mejorar el medio ambiente y a prevenir y controlar su deterioro

r) *Recursos Naturales*: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos;

s) *Reparación*: la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas;

t) *Zona Latente*: aquélla en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental, y

u) *Zona Saturada*: aquélla en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas.

<sup>319</sup> Así los arts.160 a 162 CPE 1995 (Cfr. al respecto, la Memoria de Prueba de Crisitián BARRIENTOS G.: *Delitos relativos a la manipulación genética en el derecho comparado y la situación de la legislación chilena actual en torno al tema*, Universidad de Talca 2002, *pássim*).

*especie humana*, por otra<sup>320</sup>, hemos adoptado aquí un texto basado en los artículos 157 a 161 del Código español vigente<sup>321</sup>, con las alteraciones de redacción y penalidad que nos han parecido conciliables con el estilo y la proporcionalidad de las descripciones y penas de este proyecto.

Se propone castigar así, utilizando la técnica de los delitos de resultado cortado, la alteración del genotipo, la clonación y la fecundación artificial no consentida. La técnica empleada se justifica para posibilitar el castigo anticipado de conductas cuya materialización puede llevar a enormes paradojas, principiando por el establecimiento del *status* del ser alterado genéticamente, clonado o creado para un fin distinto de la fecundación artificial. Naturalmente, se utilizan expresiones cuyo sentido es aprehensible por la comunidad y permita comprender las expresiones técnicas aplicables ahora y en el futuro.

Los delitos se ordenan en párrafos, conforme a los bienes jurídicos puestos en peligro o a la modalidad del peligro que se realiza, según el caso, y en cada uno de ellos se describen los delitos dolosos y culposos de peligro que correspondan, junto con las especiales infracciones derivadas de la *burla* de los sistemas administrativos de control de los peligros de que se traten, en los casos en que existen y se encuentran suficientemente determinados por la ley.

En lo que respecta a la técnica legislativa empleada, en la mayor parte de las figuras se utiliza la técnica de la ley penal en blanco, en el sentido autorizado por el Tribunal Constitucional<sup>322</sup>, con referencias genéricas o específicas –cuando ha sido posible– a los reglamentos que regulan cada materia, siguiendo el modelo de la Ley N° 19.366 y de la mayor parte de las disposiciones de peligro común de nuestro actual Código y leyes

---

<sup>320</sup> Valle Muñiz, *Comentario*, p. 129.

<sup>321</sup> Artículo 159. 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.  
2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

Artículo 160. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años.

Artículo 161. 1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Artículo 162. 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

<sup>322</sup> Causa Rol No. 4: Una ley penal en blanco no es contraria a la garantía del principio de legalidad, siempre que “el núcleo esencial de la conducta punible se encuentre descrito en la ley”, como sucede paradigmáticamente en la Ley 19.366, Sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes

especiales. Además, por la propia naturaleza de las materias reguladas, en cuanto a los delitos que castigan la burla de los sistemas administrativos establecidos para prevenir estos peligros, se utilizan propiamente elementos normativos del tipo, que hacen referencia a las obligaciones impuestas por las leyes al respecto.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los delitos que contempla el articulado propuesto atienden en su estructura al objeto de protección, de manera que no siguen una única línea en esta materia. Así, por ejemplo, respecto de los delitos relativos al medio ambiente, mientras los de grave contaminación son por su naturaleza delitos de resultado; deben castigarse como delitos de peligro la producción, transporte y almacenamiento no autorizado de ciertas sustancias contaminantes particularmente peligrosas para el medio ambiente, respecto de las cuales no resulta adecuado esperar que causen efectivamente un grave daño ambiental para ser punibles. En estos casos, el ámbito de punibilidad se limita por la exigencia de que las sustancias y cantidades de las mismas deben estar fijadas previamente por el reglamento a que ya se ha aludido. Por otra parte, en los delitos relativos a la *burla* de los sistemas administrativos destinados a prevenir los peligros que se pretenden evitar, se mantiene la técnica tradicional en esta clase de delitos vinculados a la protección de la administración, consistente en figuras de mera actividad, típicamente: ejecución de actividades no autorizadas.

Por lo que respecta al dolo y la culpa, los delitos que se establecen son, por regla general dolosos, permitiendo tanto la imputación a título de dolo directo como de dolo eventual, al evitarse –como se ha hecho en la mayor parte de este Proyecto– la utilización de expresiones como “maliciosamente” o “con conocimiento de causa” u otras similares que podrían llevar a interpretar la exclusión del castigo a título de dolo eventual. Sólo respecto de los delitos más graves (como el de grave contaminación) se establece el correspondiente delito culposo, atendido que es posible apreciar un resultado materialmente constatable, y que en tales, casos, es precisamente el actuar negligente el que produce los “accidentes” cuyas graves consecuencias respecto de un importante número de personas indeterminadas son muy difíciles de predecir y prevenir.

Una particularidad de buena parte de los delitos comprendidos en este Título es que en ellos se designa específicamente a los sujetos activos, poniendo en primera línea de imputación a los responsables o administradores (i.e., gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad originadora del peligro), puesto que en nuestro estadio actual de desarrollo son las actividades empresariales las principales fuentes de peligro común (i.e., delitos ambientales, relativos a la seguridad nuclear, etc.), profundizando la senda iniciada por los artículos 136 y 139 de la Ley General de Pesca. En estos casos, sólo se permite la excepción de responsabilidad de los administradores cuando les es posible demostrar su oposición a los hechos constitutivos de delito, acciones de sabotaje u otra intervención de tercero imposible de controlar por los mecanismos internos de la empresa. Respecto de los trabajadores en estas empresas o actividades, rige lo señalado en el artículo 45 del texto de la Parte General, ya aprobado por el Foro.

En cuanto a las penas, su principal diferencia con los delitos previstos en los anteriores títulos ya aprobados por el Foro, radica en el uso intensivo de la pena de multa –tanto en la cantidad de delitos para los que se establece como en su cuantía– y de las penas privativas de derechos, cuando la infracción responde al abuso de alguno de ellos.

Finalmente, cabe destacar que la reunión en el código de las disposiciones penales dispersas en las leyes especiales que se citan más arriba no supone la derogación íntegra de dichas

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

leyes especiales, sino sólo de sus disposiciones propiamente penales, asumiendo que aquellas que establecen organismos y procedimientos especiales, así como disposiciones de carácter civil, administrativo o de otra índole mantendrán su vigencia, **particularmente en lo relativo a definiciones legales de palabras técnicas o específicas**, lo que quedará expresamente establecido en las disposiciones temporales y derogatorias del Proyecto.

## 2. TEXTO PROPUESTO

### TÍTULO VII DELITOS DE PELIGRO COMÚN

#### § 1. Delitos relativos al medio ambiente

**Artículo 130.-** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que en su operación produzca un grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa de dos mil a tres mil unidades tributarias mensuales.

La pena será el máximo de la señalada en el inciso anterior y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales, si el grave daño ambiental a que se refiere el inciso anterior pone en serio peligro la vida o la salud de personas determinadas.

Si el grave daño ambiental produce lesiones de las contempladas en el artículo 85 y 87 N° 2 de este código a una o más personas, se aplicará la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de cuatro mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

La pena será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de cinco mil a siete mil unidades tributarias si las lesiones producidas son las del N° 1 del artículo 87.

Si el grave daño ambiental produce la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de siete mil a diez mil unidades tributarias mensuales.

**Artículo 131.-** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que por imprudencia en su operación produzca un grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de dos mil a cuatro mil unidades tributarias mensuales.

La pena corporal será de reclusión menor en su grado mínimo a medio si el grave daño ambiental pone en peligro la vida o la salud de personas determinadas; y de reclusión menor en su grado medio, si produce alguna de las lesiones de los artículos 85 y 87 a una o más personas. Si el grave daño ambiental produce la muerte de una o más personas, la pena corporal será de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo. En todos los casos en que del grave daño ambiental se deriven lesiones o muertes, la pena pecuniaria no podrá ser inferior a tres mil unidades tributarias mensuales.

**Artículo 131-A.** Las mismas penas señaladas en el artículo anterior se impondrán a los responsables o administradores de un proyecto o actividad que contando con una autorización o certificación ambiental para su operación, produzcan un grave daño ambiental por el incumplimiento de las condiciones o exigencias bajo las cuales se les otorgó la certificación y los permisos correspondientes o que ponga en serio peligro la



vida o la salud de una o más personas determinadas o les provoque lesiones o muerte, sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones administrativas correspondientes.

*Artículo 132.-* El responsable o administrador de un proyecto o actividad que conforme a la Ley deba someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, lo ejecute o mande a ejecutar sin hacerlo previamente, será castigado con una multa de mil a tres mil unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las penas que correspondan por la comisión de alguno de los delitos descritos en los artículos anteriores.

La misma pena se impondrá al responsable o administrador de un proyecto o actividad que, habiéndose sometido al sistema de evaluación de impacto ambiental, lo ejecute o mande a ejecutar en términos diversos a los que fueron aprobados o autorizados.

*Artículo 133.-* El administrador o responsable de un proyecto o actividad que sin la competente autorización extraiga, produzca, transforme, transporte, distribuya, venda, compre, importe o exporte, guarde o almacene sustancias tóxicas o peligrosas en cantidades tales que constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales. Si el peligro a que se refiere el inciso anterior incluyese un serio riesgo para la salud o la vida de personas determinadas, la pena será de reclusión menor en su grado medio y multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se impondrán al responsable o administrador de un proyecto o actividad que, habiendo obtenido la autorización a que se refiere el inciso primero, incumpla sus condiciones u obligaciones.

*Artículo 134.-* Un reglamento determinará las sustancias y cantidades o proporciones de contaminantes provenientes de una misma fuente emisora cuya emisión al medio ambiente constituya un grave daño ambiental en los términos descritos en los artículos 130 y 131, y las que, en su caso, pongan en serio peligro la vida y la salud de personas determinadas expuestas a él.

Este reglamento sólo podrá considerar como constitutiva de un grave daño ambiental, la emisión de sustancias contaminantes en cantidades o proporciones significativamente superiores a los máximos señalados en las Normas de Emisión que sean aplicables.

El reglamento también determinará las cantidades de las sustancias tóxicas o peligrosas a que se refiere el artículo 133 respecto de las cuales las conductas allí señaladas constituyan un serio peligro de grave daño ambiental, y las que, en su caso, constituyan un serio riesgo para la vida y la salud de personas determinadas.

*Artículo 135.-* Las disposiciones de los artículos precedentes no serán aplicables a las emisiones provenientes de vehículos sujetos a inscripción en el Registro Nacional de Vehículos Motorizados, chimeneas y demás sistemas de calefacción o refrigeración domésticos, las que, en caso de exceder las Normas de Emisión correspondientes, se regirán por las disposiciones generales aplicables en la materia.

## § 2. Delitos relativos a la caza, la pesca y la salud animal y vegetal

**Artículo 136.** Se sancionará con reclusión menor en su grado mínimo y multa de cien a cien unidades tributarias mensuales la caza, pesca o captura de animales, recursos hidrobiológicos o especies de la fauna silvestre cuya caza, pesca o captura esté prohibida. En estos casos, se impondrá además la pena de inhabilitación absoluta en su grado mínimo a máximo para el ejercicio del derecho a cazar, pescar o capturar.

Con las mismas penas se castigará el comercio y la tenencia no autorizada de especies animales en extinción o declaradas especialmente protegidas por los tratados internacionales, la ley, los reglamentos o la autoridad.

**Artículo 137.** El que pesque, capture o extraiga recursos hidrobiológicos utilizando elementos explosivos, tóxicos, redes prohibidas u otros de naturaleza semejante, será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo, multa de cien a quinientas unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta en su grado mínimo a máximo para el ejercicio del derecho a pescar o capturar .

El capitán o patrón de la nave o embarcación pesquera que con infracción a los deberes de su cargo, intervenga de cualquier modo en la comisión de este delito o no lo evite, pudiendo hacerlo, sufrirá, además, la pena de inhabilitación absoluta para el ejercicio de su profesión u oficio en su grado medio a máximo.

**Artículo 138.** El responsable o administrador de una actividad o proyecto que pesque, capture, extraiga, procese, apoce, elabore, transforme o almacene recursos hidrobiológicos vedados o sus derivados, será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo, multa de mil a tres mil unidades tributarias mensuales y la de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado en su grado máximo.

**Artículo 139.** El que sin permiso de la autoridad competente propague una enfermedad animal o una plaga vegetal, será penado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de quinientas a un mil unidades tributarias mensuales.

Si la propagación se produce por imprudencia del dueño o responsable de las especies animales o vegetales afectadas por la enfermedad o plaga se impondrá únicamente la pena pecuniaria prevista en el inciso anterior.

Si la propagación de las enfermedades se origina con motivo u ocasión de la introducción ilícita al país de animales o especies vegetales, la pena privativa de libertad asignada al delito correspondiente podrá aumentarse en un grado y la multa duplicarse.

**Artículo 140.** Los dueños o tenedores de animales enfermos o sospechosos de que lo estén que no hagan la declaración de su enfermedad en los casos que la ley o los reglamentos exigen, o no adopten las medidas sanitarias que dichas normas imponen o le exijan los funcionarios competentes una vez declarada la enfermedad, sufrirán la pena de multa de cien a quinientas unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las medidas administrativas correspondientes.

La misma pena se impondrá a los administradores o responsables de las empresas de transporte o ferias de animales que incurran en las conductas descritas en este

artículo respecto de los animales que transporten o se pongan a cualquier título dentro del recinto ferial o en las dependencias anexas.

Artículo 141. Los que, sin la competente autorización, propaguen organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con reclusión menor su grado medio y multa de quinientas a mil unidades tributarias mensuales, a menos que al hecho corresponda una pena mayor por alguna otra disposición de este código.

Artículo 142. El que realice actos de maltrato o crueldad sobre un animal será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

Se consideran actos de maltrato o crueldad sobre un animal, provocarle sufrimientos innecesarios para el cumplimiento de sus funciones, su adiestramiento, el mantenimiento de la salud pública o la experimentación científica debidamente autorizada; y especialmente, el hacerlos participar en riñas o realizar espectáculos que impliquen un grave deterioro físico o su muerte, o aplicarles instrumentos o sustancias que le provoquen un grave deterioro físico o su muerte con sufrimiento innecesario.

Si los actos de maltrato o crueldad no causan en el animal su muerte o un grave deterioro físico, sólo se impondrá la pena de multa.

Artículo 143. El que corte o destruya árboles o arbustos en lugares no autorizados por la ley, el reglamento o la autoridad, sufrirá la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales.

### § 3. De los incendios, los delitos relativos a la energía nuclear y otros estragos

Artículo 144. Se castigará con reclusión menor en su grado máximo al que incendie una vivienda o un edificio, construcción o medio de transporte.

Artículo 145. En el caso previsto en el artículo anterior se impondrá el máximo de la pena si el incendiario ejecuta el incendio en depósitos o almacenes de objetos explosivos o inflamables, o ductos o medios para transportarlos.

Artículo 146. Incurrirán respectivamente en las penas señaladas en los artículos anteriores los que inunden o hagan explotar una vivienda o un edificio, construcción o medio de transporte, o les apliquen cualquier agente o medio de destrucción tan poderoso como los expresados.

Artículo 147. El que sin la debida autorización incendie bosques, mieses, cierros, pastos o plantíos será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de cien a mil unidades tributarias, a menos que el incendio se propague a uno de los lugares designados en los artículos 144 o 145, supuesto en el cual se aplicará la pena inferior en un grado a las señaladas por dichos artículos en sus respectivos casos.

**Artículo 148.** El que incendiare cualquier objeto no comprendido en los artículos anteriores, en tiempo y con circunstancias que manifiestamente importen un peligro de propagación, incurrirá en la pena de multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales.

**Artículo 150.** El administrador o responsable de un proyecto o actividad que, sin la competente autorización o excediéndose de los términos de la autorización concedida, realice u ordene la construcción, implementación o modificación de instalaciones, plantas, centros, laboratorios o establecimientos nucleares, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo, multa de cinco mil a siete mil unidades tributarias mensuales y la inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado en su grado medio.

**Artículo 151.** El administrador o responsable de instalaciones, plantas, centros, laboratorios o establecimientos nucleares que causen un daño nuclear o produzcan la emanación al ambiente de isótopos o radiaciones nucleares, será sancionado con la pena de reclusión mayor en sus grados medio a máximo, multa de siete mil a diez mil unidades tributarias mensuales y la inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado en su grado máximo.

Se impondrá la pena inferior en un grado al responsable o administrador que por su imprudencia de lugar a la realización de los hechos sancionados en este artículo.

**Artículo 152.** El que, sin la debida autorización, extraiga, transporte, guarde, tenga en su poder, o trafique a cualquier título elementos que hayan sido declarados por la ley o el reglamento como materiales nucleares o radioactivos, minerales o agentes catalizadores o precursores necesarios para su producción, será castigado con reclusión menor en su grado máximo, multa de tres mil a cinco mil unidades tributarias mensuales y la inhabilitación para celebrar actos con la administración del Estado en su grado medio.

Se impondrá el máximun de estas penas y una multa no inferior a cuatro mil unidades tributarias mensuales al administrador o responsable de una empresa o actividad que, sin la competente autorización o excediéndose de los términos de la autorización concedida, extraiga, transporte, guarde, tenga, o trafique a cualquier título alguno de los elementos señalados en el inciso anterior.

Las penas señaladas en el inciso primero de este artículo se impondrán rebajadas en un grado o en su mitad inferior, tratándose de multas, al administrador o responsable de una empresa o actividad autorizada para tener alguno de los elementos señalados en el inciso primero de este artículo, que por su imprudencia diere ocasión a que un tercero no autorizado los extraiga, transporte, guarde, tenga, o trafique a cualquier título alguno.

**Artículo 153.** A no ser que el hecho deba sancionarse con pena mayor conforme a este Código, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a cien unidades tributarias mensuales el que destruya flora o fauna de un Parque Nacional o de una Área Silvestre Protegida por el Estado, en términos tales que se produzca o aumente el peligro de extinción de las especies vegetales o animales afectadas; o introduzca o extraiga de ellos objetos, productos o especies vegetales o animales, cuya introducción o extracción se encuentre prohibida por la ley o el reglamento.

#### § 4. De los delitos relativos a la manipulación genética

**Artículo 154.** Será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, conjuntamente con las de inhabilitación absoluta para cargos y oficios público, especial para el ejercicio de profesiones vinculadas al área de la salud, y para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, todas en su grado máximo, el responsable o administrador de un proyecto o actividad que utilice medios tecnológicos para:

1. Alterar el genotipo de la especie humana,
2. Formar artificialmente seres humanos por clonación u otro procedimiento similar,
3. Fecundar artificialmente óvulos humanos fuera de un procedimiento de fecundación asistida consentido tanto por los receptores como por los dadores de los gametos utilizados en ello.

#### § 5. Del expendio de sustancias medicinales, bebidas y alimentos nocivos para la salud, y otros delitos contra la salud pública

**Artículo 155.** El responsable o administrador de un proyecto o actividad en la que se fabriquen o expendan a cualquier título sustancias medicinales deterioradas o adulteradas en su especie, cantidad, calidad o proporciones, de modo que sean peligrosas para la salud por su nocividad o por el menoscabo de sus propiedades curativas, será penado con reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de dos mil a tres mil unidades tributarias mensuales.

Se impondrá la pena inferior en un grado al responsable o administrador que por su imprudencia de lugar a la realización de los hechos sancionados en este artículo. En estos casos la multa será de cien a dos mil unidades tributarias mensuales.

**Artículo 156.** Las mismas penas y en los mismos casos señalados en el artículo anterior se aplicarán al responsable o administrador de proyecto o actividad en la que se fabriquen o expendan a cualquier título otras sustancias igualmente peligrosas para la salud, distintas de las señaladas en el artículo anterior, contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias.

**Artículo 157.** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que, sin la competente autorización, fabrique o expendan a cualquier título sustancias medicinales, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo, multa de cien a mil unidades tributarias mensuales e inhabilitación para celebrar actos o contratos con la Administración del Estado en su grado mínimo.

**Artículo 158.** Para los efectos de los previsto en los tres artículos anteriores, un reglamento determinará cuáles sustancias se considerarán medicinales, y cuáles, no siéndolo, son peligrosas para la salud.

No se aplicará lo dispuesto en los tres artículos anteriores a las investigaciones científicas destinadas a producir, probar o modificar sustancias medicinales nuevas o existentes, siempre que dichas investigaciones hayan sido debidamente aprobadas por la autoridad sanitaria. En el caso de realizarse tales investigaciones sin autorización, se impondrán las penas señaladas en el artículo 157.

**Artículo 159.** El responsable o administrador de un proyecto o actividad que produzca o expendá a cualquier título bebidas o artículos alimenticios adulterados, en descomposición o que se elaboren mediante procedimientos o usando materias primas o aditivos en proporciones o cantidades prohibidas por la ley o el reglamento, de modo que sean peligrosos para la salud, sufrirá las mismas penas y en los mismos casos señalados en el artículo 155.

**Artículo 160.** El responsable o administrador de un matadero clandestino, el que ponga o envíe animales para su beneficio en el mismo, el responsable o administrador del transporte de los productos del matadero clandestino y el que lo sea de su comercialización o distribución a cualquier título, serán penados con reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de dos mil a tres mil unidades tributarias mensuales.

**Artículo 161.** Al responsable o administrador de una empresa o actividad que expendá o facilite a cualquier título a menores de edad bebidas alcohólicas o productos que contengan hidrocarburos aromáticos en proporción suficiente para producir efectos tóxicos o psicotrópicos, se le impondrá el máximo de las penas previstas en el artículo 157 y la mitad superior de su multa.

#### De la infracción de las leyes o reglamentos sobre inhumaciones y exhumaciones

**Artículo 162.** El que practique o haga practicar una inhumación, exhumación o traslado de un cadáver contraviniendo a lo dispuesto por las leyes o reglamentos sanitarios respecto al tiempo, sitio y demás formalidades prescritas para ello, incurrirá en las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a cien unidades tributarias mensuales.

#### § 6. Del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

**Artículo 163.** Los que elaboren, fabriquen, transformen, preparen o extraigan sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud, sin la debida autorización, serán castigados con reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado.

**Incurren también en este delito, quienes tengan en su poder elementos, instrumentos, materiales o equipos con el objeto de destinarlos a la elaboración, fabricación, preparación, transformación o extracción de las sustancias o drogas a que se refieren los incisos anteriores.**

**Artículo 164.** La producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales con el objeto de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en este párrafo, será castigado con reclusión menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

**El que imprudentemente ponga a disposición de otro precursores o sustancias químicas que se destinen a la preparación de drogas o sustancias estupefacientes en los términos señalados en el inciso anterior, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio.**

**Artículo 165.** Las penas establecidas en el artículo 163 se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias.

**Se entenderá (presumirá) que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas.**

**Artículo 166.** El 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 psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 163, será castigado con reclusión menor en sus grados medio o máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, 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.

**Artículo 167.** El médico cirujano, odontólogo o médico veterinario que recete alguna de las sustancias señaladas en el artículo 163, sin necesidad médica o terapéutica, será penado con reclusión mayor en su grado mínimo, multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión en su grado máximo.

**Artículo 168.** El que, encontrándose autorizado para suministrar a cualquier título las sustancias o drogas a que se refiere el artículo 163, o las materias que sirvan para obtenerlas, las suministre en contravención de las disposiciones legales o reglamentarias que lo regulan, será sancionado con reclusión mayor en su grado mínimo, multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales e inhabilitación para celebrar actos con la Administración del Estado en su grado máximo. Atendidas las circunstancias del delito, podrá imponerse, además, la medida de clausura temporal del establecimiento por un plazo no inferior a sesenta días ni superior a ciento veinte días, aun cuando el autor del hecho sea empleado o

dependiente de cualquier modo en dicho establecimiento. En caso de reiteración, podrá imponerse la clausura definitiva y la prohibición perpetua para el autor de tales ilícitos de participar en otro establecimiento de igual naturaleza.

**Artículo 169.** El que, careciendo de la debida autorización, siembre, plante, cultive o coseche especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, incurrirá en la pena de reclusión menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Según la gravedad del hecho y las circunstancias personales del responsable, la pena podrá rebajarse en un grado.

**Artículo 170.** El que, estando autorizado para efectuar las siembras, plantaciones, cultivos o cosechas a que se refiere el artículo anterior, desvíe o destine al tráfico ilícito alguna de las especies vegetales allí señaladas, o sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, será penado con reclusión mayor en sus grado mínimo, multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales e inhabilitación para celebrar actos o contratos con la Administración en su grado máximo.

Si, por imprudencia, abandonare en lugares de fácil acceso al público plantas, sus rastrojos, florecencias, semillas u otras partes activas, o no cumpliere con las obligaciones establecidas en el reglamento sobre cierre y destrucción de tales especies, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte a doscientas unidades tributarias mensuales.

**Artículo 171.** 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 163, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales, a menos que le corresponda una sanción mayor por su participación en el hecho.

El tribunal podrá, además, imponer las medidas de clausura a que hace referencia el artículo 168.

**Artículo 174.** En los delitos comprendidos en este párrafo, se considerarán circunstancias agravantes las siguientes:

- a) Si se cometieran formando parte de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de asociación ilícita.
- b) Si se utilizó violencia o se emplearon armas en su comisión.
- c) Si se suministró, promovió, indujo o facilitó el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas a menores de edad, a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas, o mediante engaño.
- d) Si el delito se cometió por funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tales.
- e) Si el delito se cometió valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal.
- f) Si el delito se cometió en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales.



g) Si el delito se perpetró en una institución deportiva, religiosa, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios; o en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades religiosas, recreativas, culturales o sociales.

h) Si el delito fue cometido en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial.

**Art. 175.** Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal 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 este párrafo. En estos casos, el tribunal reducirá la pena en uno o dos grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, sin los cuales no se hubiesen podido alcanzar los fines señalados en el inciso anterior.

**Art. 176-A.** Un reglamento señalará las sustancias y especies vegetales a que se refieren los artículos 163, 164 y 169.

El reglamento establecerá, además, los requisitos, obligaciones y demás exigencias que deberán cumplirse para el otorgamiento de las autorizaciones a que se refiere el mencionado artículo 169, y las normas relativas al control y fiscalización de las plantaciones a que se refiere.

Las autorizaciones a que se refiere el inciso anterior serán otorgadas por el Servicio Agrícola y Ganadero. No podrá otorgarse dicha autorización a las personas naturales respecto de las cuales se hubiere formalizado la investigación, decretado la suspensión condicional del procedimiento prevista en el artículo 237 del Código Procesal Penal o hayan sido condenadas por alguna de las conductas punibles contempladas en este párrafo o en las leyes 19.366 y 19.913, aunque la condena se hallare suspendida. Tampoco se otorgará a las personas jurídicas, cuando cualesquiera de sus representantes legales o administradores, y socios en el caso de las sociedades que no sean anónimas, se encuentren en alguna de dichas situaciones.

Se suspenderá la autorización concedida por el solo ministerio de la ley si, con posterioridad a ésta, se formaliza la investigación por alguno de los delitos aludidos; y se entenderá cancelada definitivamente, de igual modo, desde que se encuentre ejecutoriada la respectiva sentencia de término condenatoria.

Las resoluciones judiciales aludidas en los dos incisos anteriores se comunicarán al Servicio Agrícola y Ganadero tan pronto se encuentren firmes. Dicho Servicio, a la brevedad, dictará la correspondiente resolución, de carácter declarativo, y la comunicará a los interesados.

## § 6-B. Del consumo personal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas

**Artículo 177.** El personal militar a que se refiere el artículo 6° del Código de Justicia Militar, con excepción de los conscriptos, el de la Policía de Investigaciones de Chile, el de Gendarmería de Chile y el de aeronáutica a que se refiere el artículo 57 del Código Aeronáutico que, estando de servicio, consuma alguna de las sustancias señaladas en los artículos 163 y 167 de este código o se encuentre bajo sus efectos, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

No obstante, si consumieren tales sustancias en los lugares o situaciones mencionados en el artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, la sanción será presidio menor en sus grados medio a máximo.

Los conscriptos que consuman alguna de las sustancias señaladas en los artículos 160 y 163 de este código, en los lugares o situaciones indicados en el artículo 5°, N° 3°, del Código de Justicia Militar, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Las mismas penas expresadas en los incisos anteriores se aplicará al respectivo personal si guarda o porta consigo dichas sustancias, aun cuando sean para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.

Esta pena no se aplicará a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico.

**Artículo 178.** Los oficiales y el personal de Gente de Mar de dotación de buques de la marina mercante, de naves especiales y de artefactos navales que, a bordo o en el cumplimiento de sus funciones, porten para su exclusivo uso personal y próximo en el tiempo o consuman alguna de las sustancias señaladas en los artículos 163 y 167, serán sancionados con presidio o reclusión menores en sus grados medio a máximo y multa de diez a cien unidades tributarias mensuales.

Dichas penas no se aplicarán a los que justifiquen el uso, consumo, porte o tenencia de alguna de dichas sustancias en la atención de un tratamiento médico.

**Artículo 178-A.** Los que consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas de que hace mención el artículo 163, en lugares públicos o abiertos al público, tales como calles, caminos, plazas, teatros, cines, hoteles, cafés, restaurantes, bares, estadios, centros de baile o de música; o en establecimientos educacionales o de capacitación, serán sancionados con alguna de las siguientes penas:

- a) Multa de una a diez unidades tributarias mensuales,
- b) Asistencia, con acuerdo del infractor, a programas de prevención hasta por sesenta días, o tratamiento o rehabilitación en su caso por un período de hasta ciento ochenta días en instituciones autorizadas por el Servicio de Salud competente, o
- c) Participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad, con acuerdo del infractor y a propuesta del departamento social de la municipalidad respectiva, hasta por un máximo de treinta horas, o en cursos de capacitación por un número de horas suficientes para el aprendizaje de la técnica o arte objeto del curso. Para estos efectos, cada municipalidad deberá anualmente informar a los tribunales correspondientes acerca de los programas en beneficio de la comunidad de que disponga. El tribunal deberá indicar el tipo de actividades a que se refiere esta letra, el lugar en que se desarrollarán y el organismo o autoridad encargada de su supervisión. Esta medida se cumplirá sin afectar la jornada educacional o laboral del infractor.

Se aplicará como pena accesoria, en su caso, la inhabilitación para conducir vehículos a tracción mecánica o animal en su grado mínimo. En caso de reincidencia, la suspensión será por el máximo del grado mínimo y, de reincidir nuevamente, podrá imponerse en el grado superior. Esta medida no podrá ser suspendida, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 54 de este Código.

Se entenderá justificado el uso o consumo de alguna de dichas sustancias para la

**atención de un tratamiento médico.**

Si el delito se cometiere en un lugar de detención, recinto militar o policial por personas ajenas a él o en un establecimiento educacional o de salud por quienes se desempeñen como docentes o trabajadores, la sanción pecuniaria se aplicará en su mitad superior.

## § 7. Delitos relativos a la seguridad de los medios de transporte

**Artículo 179.** Todo maquinista, conductor, capitán, patrón, piloto, comandante o encargado de hecho de la conducción, operación, gobierno o vuelo de un medio de transporte que se desempeñe en estado de ebriedad o de tal manera bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas que su estado sea equivalente al del ebrio, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones del artículo 85.

**Artículo 180.** Todo maquinista, conductor, capitán, patrón, piloto, comandante o encargado de hecho de la conducción, operación gobierno o vuelo de un medio de transporte, que abandone su puesto durante su servicio o se desempeñe bajo la influencia del alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, será sancionado con multa de una a cinco unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial en su grado mínimo para el ejercicio de su profesión o para conducir vehículos de tracción mecánica o animal, según sea el caso.

**Artículo 181.** Se impondrá el grado máximo o el máximo de las penas señaladas en los dos artículos anteriores, según corresponda, cuando el infractor sea maquinista, conductor, capitán, patrón, piloto, comandante o encargado por cualquier título de la conducción, gobierno o vuelo de un medio de transporte público o de carga. Tratándose de penas pecuniarias, se impondrán su mitad superior.

**Artículo 182.** Las mismas penas y en los mismos casos señalados en los tres artículos anteriores se aplicarán a los guardafrenos, al personal aeronáutico y demás personas que ejerzan funciones relativas a la seguridad del tráfico ferroviario, terrestre, marítimo o aéreo que se desempeñen en estado de ebriedad, bajo la influencia del alcohol, de alguna sustancia estupefaciente o psicotrópica, o abandonen su puesto durante su servicio.

**Artículo 182-A.** En los delitos previstos en los cuatro artículos anteriores se aplicarán como penas accesorias las de inhabilitación para conducir vehículos motorizados o de tracción animal o la de inhabilitación especial para ejercer la profesión, cargo u de oficio en su grado mínimo; en su grado medio, si se producen lesiones menos graves o graves; y en su grado máximo, si resultare la muerte.

Las medidas indicadas en el inciso precedente no podrán ser suspendidas, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el artículo 54 de este Código.

**Artículo 183.** El que transporte o haga transportar objetos peligrosos para la seguridad de un medio de transporte público o de carga, sin cumplir con las

disposiciones legales o reglamentarias, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de treinta a doscientos unidades tributarias mensuales.

Tratándose de naves o aeronaves, se impondrá igual pena al capitán o comandante y a los que ordenen su zarpe o emprender el vuelo, con exceso de peso o mala distribución de la carga o en condiciones técnicas que hagan insegura la navegación o el vuelo.

Las mismas penas se impondrán al que haga circular una aeronave sin contar con el certificado de aeronavegabilidad requerido por la ley o los reglamentos, y al que ordene el zarpe de una nave sin que halla sido despachada por la autoridad marítima.

**Artículo 184.** Será castigado con inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, cargo u oficio en sus grados mínimo a medio y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales:

a) El comandante y el piloto que vuelen un avión bajo las alturas mínimas que determine la autoridad aeronáutica,

b) El comandante y el piloto que, sin autorización, realicen vuelos acrobáticos sobre zonas o lugares poblados,

c) El capitán, el práctico, el comandante y el piloto de una nave o aeronave que omitan dar la información que requiriere el control de tierra u otras naves o aeronaves para la seguridad de la navegación o del vuelo, o dé datos falsos,

d) El capitán, el práctico, el comandante y el piloto de una nave o aeronave que se desvíen injustificadamente de las rutas marítimas o aéreas,

e) El comandante o piloto que haga circular una aeronave sobre una losa o pista de un aeródromo, contraviniendo las instrucciones del control de tierra; y

f) El capitán, el práctico, el comandante y el piloto de una nave o aeronave que naveguen o vuelen en zonas prohibidas o restringidas

Si alguna de las conductas descritas en las letras anteriores produce un peligro cierto de accidente aéreo o naval, se impondrá además la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.

**Artículo 185.** El que destruya o descomponga la vía férrea, coloque en ella obstáculos que puedan producir un descarrilamiento, corte los alambres conductores de electricidad destinados al servicio del ferrocarril o ejecute algún otro acto que produzca un peligro de descarrilamiento u otro accidente ferroviario, será castigado con reclusión menor en su grado medio. Si las conductas anteriores producen un descarrilamiento u otro accidente ferroviario, el culpable sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

**Artículo 186.** El que destruya o inutilice caminos, puentes, señalizaciones o instalaciones de un puerto o aeródromo de modo que pueda producirse un accidente naval, de tránsito o aéreo, o ejecute algún otro acto que produzca un peligro de tales accidentes, será castigado con reclusión menor en su grado medio. Si las conductas anteriores producen alguno de dichos accidentes, el culpable sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo.

**Artículo 187.** El que atente contra un medio de transporte en movimiento, disparándole, apedreándolo o arrojándole objetos inflamables o explosivos, o por cualquier otro medio semejante, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

**Artículo 187-A. Las penas señaladas en los artículos anteriores se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los daños, lesiones, homicidios y demás delitos que se cometieran con ocasión del peligro creado.**

**Artículo 188. El que conduzca, pilotee, opere, comande o gobierne un medio de transporte público o de carga sin tener la licencia requerida o portando una licencia obtenida fraudulentamente, será castigado con multa de una a diez unidades tributarias mensuales e inhabilitación especial para obtener la licencia de que se trate en sus grados mínimo medio.**

**El responsable o administrador de un medio de transporte público o de carga que contrate, autorice o permita en cualquier forma que dicho medio sea conducido, pilotado, operado, comandado o gobernado por quien carezca de la licencia requerida o que, teniéndola, esté suspendida o cancelada, será sancionado con reclusión menor en su grado mínimo y multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales.**

**Las disposiciones de este artículo no son aplicables en caso de que la licencia requerida sea de la Clase B, tratándose de vehículos motorizados sujetos a la Ley del Tránsito; para el vuelo de aeronaves de peso inferior a ciento sesenta kilogramos, no sujetas al régimen de matrícula del Código Aeronáutico; o para la navegación de naves menores de pesca artesanal, deportivas o botes salvavidas de puertos.**

**Artículo 189. Con las mismas penas se castigará a los que se desempeñen como personal aeronáutico de tierra y demás empleados a cargo de la seguridad del tráfico ferroviario, terrestre, marítimo o aéreo careciendo de las licencias o habilitaciones exigidas por la ley o el reglamento, y al responsable o administrador del servicio de seguridad que los contrate o permita de cualquier forma que desempeñen tales funciones.**

**Artículo 190. Quienes se desempeñen como tripulantes de vuelo u oficiales de marina mercante careciendo de las licencias o habilitaciones exigidas por la ley o el reglamento serán castigados con la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.**

**Al responsable o administrador de una nave o aeronave que utilice los servicios de quienes se encuentren en el caso del inciso anterior, se le aplicará el doble de la multa efectivamente impuesta al infractor.**

**Artículo 190-A. Las sanciones dispuestas en este párrafo se aplicarán sin perjuicio de las que corresponda imponer por la autoridad administrativa, según las leyes y reglamentos respectivos.**

## § 8. Disposiciones comunes

**Artículo 191.- Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderán como responsables o administradores de una empresa, proyecto o actividad los que lo sean de hecho o de derecho y, especialmente, sus representantes, directores y gerentes.**

**Respecto de estas personas, y sin perjuicio de las reglas generales, se estimará suficiente prueba para eximir las de responsabilidad penal por alguna de las conductas**

sancionadas en este Título, la de haberse opuesto al acto u omisión que constituye el delito, intentando seriamente evitar su realización; o mediante el establecimiento previo de medidas de control administrativo que sus subordinados hubiesen infringido, sin su conocimiento o sin que les fuese posible evitarlo, por provenir de acciones de sabotaje u otras intervenciones de terceros de similares características.

En el caso de los directores o gerentes de una persona jurídica, su oposición al acto que constituye el delito, podrá acreditarse con la sola exhibición de las actas correspondientes a la sesión del directorio en que se decidió su realización.

En caso de sabotaje o intervención de terceros de similares características, se sancionará con las mismas penas previstas para los responsables o administradores de la empresa, proyecto o actividad, a quienes lo sean del sabotaje o la intervención de que se trate.

*Artículo 192.-* Las personas jurídicas cuyos responsables o administradores sean condenados por alguno de los delitos previstos en este Título, serán sancionadas por el Tribunal que conozca de dicho delito, sin perjuicio de las sanciones civiles y administrativas correspondientes, con una o más de las siguientes medidas:

a) Multa de entre trescientas a quince mil Unidades Tributarias Mensuales, de acuerdo a la gravedad de la infracción y al patrimonio de la empresa sancionada;

b) Revocación de las autorizaciones infringidas; o

c) Clausura definitiva del proyecto o empresa en que incide el delito;

En todo caso deberá decretarse además la inscripción de la sanción en un registro público especial que llevará la Contraloría General de la República. Un reglamento regulará las formalidades de este registro, cuyas inscripciones deberán ser tomadas en cuenta para evaluar la seriedad de las garantías de los proyectos o empresas sujetos por el Estado a concurso público o privado. Las medidas señaladas en este artículo sólo se aplicaran cuando los delitos cometidos consistan en la infracción de un deber impuesto a la persona jurídica en el desarrollo del proyecto o actividad de que se trate, o cuando de su ejecución derive o pueda derivar un beneficio patrimonial para la empresa sancionada.

*Artículo 192-A.* Las multas impuestas por la comisión de alguno de los delitos de este Título, o en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, podrán compensarse con los gastos que voluntaria y efectivamente se hubieran realizado para eliminar el peligro creado por el delito, reparar el daño producido o indemnizar a las personas afectadas, cuando corresponda.

*Artículo 193.-* Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos tercero y cuarto de este Código, la aprobación por parte de la autoridad administrativa de una empresa o actividad contra lo dispuesto expresamente en la ley o los reglamentos aplicables, no exime de la responsabilidad penal y sólo podrá considerarse como circunstancia atenuante en la comisión de los delitos contemplados en este Título, a menos de probarse que el responsable de los mismos hubiere obtenido dicha aprobación en connivencia con los funcionarios que indebidamente la otorgaron.

*Artículo 194.-* Sin perjuicio de las reglas generales, podrá tenerse por probado que la operación de un proyecto o actividad ha producido efectivamente lesiones graves o la muerte de una o más personas determinadas, si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que exista prueba de que una o varias personas determinadas estuvieron expuestas al peligro producido por el proyecto o actividad, con anterioridad a sus lesiones o muerte;
- b) Que exista prueba pericial que aporte una explicación general sobre los procesos biológicos, químicos o físicos que desencadenan en las personas la exposición al peligro de que se trate; y
- c) Que exista prueba pericial de que en las personas lesionadas o muertas se desencadenaron similares procesos a los mencionados en la letra anterior, después de su exposición al peligro de que se trate.

*Artículo 194-A.-* Para los efectos de lo dispuesto en este Título, las expresiones técnicas se entenderán en el sentido de lo dispuesto en las leyes especiales y reglamentos aplicables.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**UNIDAD 5 – PARTE ESPECIAL**  
**DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO**



## 1. FUNDAMENTOS

Los criterios estructuradores de la presente propuesta son tres: simplificación del material normativo, restablecimiento de la proporcionalidad respecto de los demás sectores del derecho punitivo y, finalmente, superación de defectos técnicos o vacíos relevantes.

- a) En cuanto a la simplificación del material normativo, la propuesta pretende superar las tipificaciones farragosas y el excesivo casuismo del texto vigente, para dar paso, a partir de criterios sistemáticos claros, a un conjunto relativamente limitado de tipificaciones, las cuales, a su vez, procuran la mayor simplicidad posible. Este propósito se expresa, por ejemplo, en la unificación de los diversos casos de robo con fuerza en las cosas que pueden ser vistos como hurtos agravados, restando como figura autónoma únicamente el que actualmente se denomina robo con fuerza en lugar habitado, por su carácter de delito pluriofensivo, atendido el peligro para las personas que en él se ha tomado en cuenta en su actual configuración penal<sup>323</sup>. Queda entregada a la discusión del Foro la decisión sobre el *nomen iuris* de esta figura autónoma. Se expresa también en la prescindencia de hipótesis agravadas de robo y hurto que o bien no parecen responder a las valoraciones vigentes (famulato), o bien se pueden abordar adecuadamente a través de las reglas generales (abigeato), en la drástica reducción de las reglas comunes al hurto y al robo y, especialmente, en la superación del inabarcable casuismo en materia de fraudes por engaño.
- b) En cuanto al restablecimiento de la proporcionalidad de las penas, la propuesta pretende abordar la que probablemente sea la tarea más urgente<sup>324</sup> y, sin embargo, más difícil de alcanzar, atendido el ambiente social y legislativo que se vive en la actualidad, caracterizado mucho más por la demanda por mayores penas – en especial frente a los delitos más visibles y habituales, como son precisamente los delitos contra la propiedad - que por criterios de proporcionalidad. Se tiene la convicción de que si no es posible restablecer una mínima proporcionalidad al menos en esta materia, en la cual los excesos son tan acusados, todo el esfuerzo del Foro por una codificación penal más racional se torna en buena medida vano, de suerte que el intento resulta ineludible.

La prioridad en esta materia la tiene la penalidad del robo con violencia o intimidación (excluidas las figuras complejas, las que en el Anteproyecto, se tratan separadamente), como límite máximo a partir del cual se deben reordenar los delitos más leves. Como es sabido, hoy la penalidad del robo simple excede la del

---

<sup>323</sup> Politoﬀ/Matus/Ramírez, Lecciones PE, p. 317s.

<sup>324</sup> Últimamente, por todos, *Künsemüller*, Carlos: Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno, en: *Figueiredo Dias / Serrano Gómez / Politoﬀ / Zaffaroni* (directores): El penalista liberal. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires 2004, p. 457 y ss.

homicidio simple, lo que resulta inaceptable. Incluso en el contexto de una penalidad más alta de este delito fundamental (como se ha aprobado por el Foro), la penalidad del robo resulta absolutamente desproporcionada. Además, debe considerarse que también en perspectiva comparada las penas de la ley chilena son insostenibles: en el *derecho español* la pena del robo simple va de dos a cinco años de privación de libertad (en casos graves debe imponerse la mitad superior, en casos menos graves puede incluso imponerse la pena inferior en grado)<sup>325</sup>. En el *derecho alemán*, bastante más severo en este punto, la pena puede alcanzar los quince años de privación de libertad, pero – y esto es fundamental –, con un mínimo de un año de encierro; en casos menos graves el mínimo se reduce a seis meses (y el máximo a cinco), en tanto que en casos graves el mínimo se eleva a tres años<sup>326</sup>. En el *derecho austriaco* la pena va de uno a diez años de privación de libertad (en casos menos graves de seis meses a cinco años, en casos graves de cinco a quince años)<sup>327</sup>. En el *derecho italiano*, la pena va de tres a diez años de privación de libertad (en casos graves, de cuatro años y seis meses a veinte años)<sup>328</sup>. A partir de estas comparaciones y de las penas previstas para otros delitos en el Anteproyecto, ha parecido razonable considerar una pena de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo (límite mínimo más alto que el habitual, sólo comparable con el derecho italiano, límite máximo intermedio: cinco años por sobre el derecho español, cinco años por debajo del derecho alemán y austriaco, diez años por debajo del derecho italiano, con posibilidad de no aplicar el mínimo en casos de utilización de armas). Se incorpora, además, la posibilidad de rebaja en grado en casos poco significativos, en los cuales los marcos rígidos presentan dificultades de realización práctica. Debe llamarse la atención, por último, en cuanto a que en el Anteproyecto las figuras complejas (robo con homicidio, robo con lesiones de significación, robo con violación) se tratan separadamente, con penas bastante más graves.

A partir de esta solución, se reordenan por debajo de estos límites la penalidad de los demás delitos. Particularmente significativa resulta la ubicación de la penalidad del actual robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, que restaría con una penalidad de reclusión menor en su grado máximo, más grave que cualquier hurto, pero siempre por debajo del límite de los cinco años, a donde alcanza el robo violento.

- c) Menos relevante es el propósito de superar deficiencias técnicas y eventuales vacíos o lagunas. Puede destacarse en esta materia la regulación propuesta en materia de administración fraudulenta.

---

<sup>325</sup> Art. 242 CP.

<sup>326</sup> §§ 249, 250 dtStGB.

<sup>327</sup> §§ 142, 143 öStGB.

<sup>328</sup> Art. 628 CP.

En cuanto a la sistemática de los delitos contra la propiedad, se ha comenzado con los atentados más primarios o elementales contra el bien jurídico, como son los *daños*, siguiendo así el modelo propuesto por la codificación austriaca<sup>329</sup>. A este respecto, debe tenerse presente que los delitos de incendios y estragos ya no se encuentran en este contexto, sino en el ya abordado de delitos de peligro común, como corresponde a su naturaleza. Se prescinde del límite de cuantía, aunque la pena de multa y una regla de insignificancia permiten una salida para el tratamiento de daños de bagatela. Lo más significativo de la propuesta es el intento por racionalizar los criterios que rigen los daños calificados, centrándose en la relevancia absoluta o relativa de los objetos afectados, y el perjuicio relativo que ocasionan a la víctima. Se prescinde así de criterios que parecen propios de otras parcelas del ordenamiento punitivo (atentados contra la autoridad, daños a la salud animal o vegetal, delitos de peligro común, etc.). Conforme a la tendencia universal – basada en estricta necesidad de adaptación al cambio tecnológico – y al sentido de iniciativas legislativas en actual tramitación<sup>330</sup>, se extiende la punibilidad a la destrucción de programas o datos informáticos. No ha parecido necesario, sin embargo, tipificar actos preparatorios en ese sentido (fabricación de programas dañinos, esto es, de virus informáticos), conscientemente contra lo que es la tendencia internacional iniciada por la Convención Internacional contra el Cibercrimen, promovida por el Consejo de Europa (Budapest 2001). Además, para evitar absurdas exacerbaciones penológicas, se mantiene la regla de subsidiariedad expresa del actual art. 488 CP.

En seguida, la propuesta aborda los delitos de *hurto y robo*.

En materia de *hurto*, el concepto mismo no sufre modificaciones, como no sea la supresión de la referencia al “ánimo de lucro” en el entendido de ser superflua en un sistema donde la conducta se define expresamente como “apropiación”, esto es, como sustracción unida al propósito de incorporar la cosa en el propio patrimonio (aspecto cuya ausencia, en otros ordenamientos, es precisamente suplida por el ánimo de lucro)<sup>331</sup>. Probablemente la innovación más importante en esta materia sea la supresión del sistema de cuantías, verdadera “lotería penal” que tiende a producir – si bien por inercia, ya que no por exigencia legal – importantes bolsones de responsabilidad objetiva<sup>332</sup>. Por lo mismo, pierden sentido normas como las del actual art. 451 CP en materia de hurtos reiterados o del art. 455 CP sobre tasación de los bienes. La pena se sitúa en el extremo inferior del

---

<sup>329</sup> Párrafo VI: Acciones punibles contra el patrimonio ajeno, que comienza con el epígrafe “Daño de cosas”, § 125 y ss. öStGB.

<sup>330</sup> Boletines 2974-19 y 3083-07, sobre delincuencia informática. La propuesta recoge en lo fundamental los acuerdos expresados en la tramitación de tales proyectos.

<sup>331</sup> Politoff/Matus/Ramírez, Lecciones PE, p. 292

<sup>332</sup> Cfr. *Rivacoba y Rivacoba*, Manuel de: El principio de culpabilidad en el Código Penal chileno, en: *el mismo* (Director): Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, EDEVAL, Valparaíso 1975, p. 124 con nota al pie 269 (con cita a Sánchez-Tejerina); la crítica de *Mera*, Jorge: Hurto y robo, ConoSur, Santiago 1995, p. 41 y s., tiene, en cambio, otro sentido. En una línea intermedia *Künsemüller*, cit., p. 459 y ss.

derecho vigente. Con todo, siguiendo algunas manifestaciones del derecho comparado<sup>333</sup>, se prevé, por una parte, un tratamiento excepcional para los hurtos de mínima cuantía, consistente en una autorización al tribunal a prescindir de la pena privativa de libertad; y, por otra parte, la posibilidad de aumento de pena en casos especialmente graves, definidos tanto a partir de la cuantía absoluta de lo apropiado como también, por la importancia relativa que esto tenga para la víctima. Se prevé también un aumento de pena cuando se haya hecho uso de armas, pero haciendo de la excepción del art. 450 CP vigente la regla general: a menos que el tribunal determine que se portaban sin relación con el delito. Se prescinde, en cambio, del catálogo de hurtos calificados del vigente art. 447 CP, por parecer que no corresponde más a las valoraciones sociales dominantes. También se prescinde de un tratamiento especial del abigeato (art. 449 CP), en caso alguno porque se ignore su importancia en sectores rurales, sino exclusivamente porque las reglas generales parecen suficientes (nótese que el actual aumento de grado es sólo facultativo, lo que se puede lograr de igual forma en razón de la importancia del perjuicio para el afectado<sup>334</sup>).

Además, se propone uno de los cambios estructurales más notorios, en aras a la mayor simplicidad de la regulación legal, consistente en la *simplificación de las figuras del robo con fuerza en las cosas y la supresión del robo por sorpresa* como figura autónoma, para abordar sus hipótesis más salientes como simples supuestos de hurto calificado, tal como ocurre con el derecho italiano (art. 625 CP) o alemán (§ 243 StGB). De esta forma se presta oídos a los sectores de la doctrina que insistentemente han observado que muchas de dichas figuras delictivas no constituyen más que hipótesis graves de hurto y que critican su exagerado casuismo<sup>335</sup>. Especialmente respecto del robo con fuerza en las cosas no cometidos en lugares habitados se busca superar este último defecto, así como las múltiples dificultades interpretativas de una figura que, especialmente desde la reforma del año 1954, con la introducción del actual art. 443 CP, ha perdido considerablemente sus contornos. Así, se le asigna el carácter de calificado a todo hurto cometido en lugares cerrados – sin distinciones, al menos por el momento – a los cuales se ingresa mediante las formas tradicionales de escalamiento y uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes; se agrega también lo que probablemente debería haber sido el hilo conductor de la reforma de 1954 – y no la referencia a determinados sitios –, esto es, la figura genérica de destruir, inutilizar o neutralizar los dispositivos de seguridad de la cosa, cualquiera que sea el lugar donde éstas se encuentran, así como ubicar en este contexto la hipótesis de sorpresa del actual inciso segundo del art. 436 CP. Se eliminan, como puede verse, las hipótesis de seducción de doméstico, porque no se aprecia mayor riesgo que el propio, por

---

<sup>333</sup> En el derecho alemán (§ 248 a StGB) las hipótesis de hurto y apropiación indebida de cosas de ínfimo valor tienen una calidad similar (*Antragsdelikt*) a la de los delitos de acción privada entre nosotros. El derecho español (art. 234 CP), en cambio, mantiene el sistema de cuantías como límite mínimo.

<sup>334</sup> En cambio, las reglas probatorias del art. 449 CP parecen no tener cabida, por superfluas o distorsionadoras, en un sistema de libre valoración de la prueba. En cuanto a la regla del inciso final, la apropiación de tales objetos quedan cubiertos por las disposiciones generales, permitiéndose además, lo que la legislación actual no hace, una valoración de la efectiva gravedad del hecho concreto.

<sup>335</sup> *Mera*, cit., p. 89 y ss.; *Künsemüller*, cit., p. 466 y ss.; *Garrido*, Mario: Derecho Penal, T. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2000, p. 217; *Guzmán Dálbora*, José Luis: El robo por sorpresa y la actividad del carterista, GJ 236, 108.

ejemplo, de la estafa y, en todo caso, porque cualquier desarrollo realmente peligroso en ese contexto debería ser abordado por el tipo de robo con violencia o intimidación; asimismo, se superan las dudas interpretativas que genera la desdichada redacción del art. 443 CP, en cuanto se refiere a la “fractura” de dispositivos de seguridad; se elimina también, por último, la segunda hipótesis del inciso segundo del art. 436 consistente en la producción de agolpamiento para perpetrar el hurto, por no parecer suficientemente justificada. Cabe destacar que las calificaciones concuerdan en general con lo que es habitual en el derecho comparado, sin que pareciera prudente introducir, más allá de estos límites, otras hipótesis consideradas en ordenamientos extranjeros (especial valor de las cosas, especial indefensión de la víctima, etc.). En materia de penalidad, el hurto calificado en general (hasta ahora robo con fuerza en las cosas en lugares no habitados o por sorpresa) se reprime con una pena más moderada, de reclusión menor en su grado medio. Tratándose del actual robo con fuerza en lugar habitado, la pena es de reclusión menor en su grado máximo, pero no *per se*, sino sólo cuando las circunstancias del caso concreto permitan fundar un riesgo relevante para los moradores, con lo cual se remueven en buena medida los factores fácticos que subyacen a la discusión sobre si es aplicable el art. 440 CP a situaciones donde no parece adecuada la penalidad tan severa que establece ese precepto. En todo caso, para que la penalidad por el actual robo en lugar habitado no alcance a transformar el hecho en equivalente a un robo con violencia o intimidación, en caso alguno supera el umbral de los cinco años de privación de libertad, aun de aplicarse la agravante específica del uso de armas.

En este contexto, ha parecido conveniente hacerse cargo del llamado *hurto de uso* respecto de vehículos motorizados, con dos fines: primero, asegurar lo que parece ser la doctrina y jurisprudencia dominante en cuanto a la actual atipicidad de la conducta<sup>336</sup>, haciéndola inequívoca para todos los bienes en general; segundo, asignarle, sin embargo, relevancia jurídico-penal cuando se trata de objetos como los vehículos motorizados respecto de los cuales parte del derecho comparado<sup>337</sup> considera que se justifica la intervención penal,

---

<sup>336</sup> Así, por todos, ya *Labatut*, Gustavo: Derecho Penal, 7° Edición a cargo de Julio Zenteno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1983, T. II, p. 197.

<sup>337</sup> Art. CP español: “1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito. 2. Si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior. 3. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos. 4. Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del Artículo 242 [robo con violencia o intimidación]”.  
§ 248 b I StGB: “El que use un vehículo motorizado o bicicleta contra la voluntad del legitimado, será sancionado...”.

aunque moderada. También se incorpora en este contexto, si bien la ubicación sistemática podría resultar discutible, el llamado “*hurto de energía eléctrica*”, actualmente sito en el art. 137 de la Ley General de Servicios Eléctricos (DFL [Minería] 1/1982), con mínimos retoques.

Acto seguido se aborda el delito de *apropiación indebida*. Además de la reubicación sistemática, probablemente el aspecto más polémico de la propuesta sea su completa configuración como un delito contra la propiedad en sentido estricto, lo que supone que versa exclusivamente sobre una especie o cuerpo cierto. De esta forma la propuesta abandona la solución del modelo español o italiano, y se pone en la línea del derecho alemán (§ 246 StGB), en caso alguno por meras preferencias estilísticas, sino por las dificultades conceptuales de concebir la “apropiación” de cosas fungibles que se han recibido previamente en esa calidad y, especialmente, por la necesidad de prevenir que por la vía interpretativa de un tipo que recaiga también sobre cosas fungibles se admitan hipótesis de mera prisión por deudas<sup>338</sup>. Consecuentemente, la “apropiación indebida” o “distracción” de dinero queda radicada en el contexto de la administración fraudulenta, en otro contexto sistemático (por eso se suprime también la referencia a la “distracción”, tanto porque entendida como simple uso indebido su castigo parece del todo desproporcionado, como porque entendida como apropiación transitoria resulta conceptualmente precaria, y más bien parece referirse, como entiende la doctrina y la jurisprudencia española, a la administración indebida de dinero<sup>339</sup>). Por lo mismo, se suprime también la exigencia de perjuicio, que parece ser un cuerpo extraño en un delito contra la propiedad<sup>340</sup>. En este mismo contexto, se recoge la figura de *hurto de hallazgo*, en términos equivalentes a los de la ley vigente.

No se innova mayormente en materia de *robo* con violencia o intimidación, simplemente se sintetiza el tipo penal vigente disperso entre los arts. 432, 433, 436 y 439 CP. Debe recordarse que las hipótesis complejas de robo calificado han sido abordadas a propósito de los delitos contra la vida, contra la integridad corporal y contra la integridad sexual. Lo que sí debe remarcarse nuevamente es la drástica reducción de la punibilidad, tanto en orden a acercarla a lo que son los niveles en los países que mayor influencia ejercen sobre nuestro derecho, como por el ineludible deber de restablecer mínimos criterios de proporcionalidad al interior de nuestro derecho punitivo. Por regla general se establece la pena de reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo, pena esta última obligatoria cuando se haya hecho uso de armas y se haya puesto en peligro de modo relevante a la víctima. Al mismo tiempo, siguiendo en esto el ejemplo del derecho

---

<sup>338</sup> Al respecto *Soto*, Miguel: La apropiación indebida, ConoSur, Santiago 1994, p. 38 y ss.

<sup>339</sup> Al respecto, por todos, *Silva Castaño*, María Luisa: El delito de apropiación indebida y la administración desleal del patrimonio ajeno: estudio de los arts. 252 a 254 del Código Penal, en: *Bacigalupo*, Enrique (Director): Curso de derecho penal económico, Marcial Pons, Madrid – Barcelona 1998, p. 99 y ss.

<sup>340</sup> De otra opinión, presumiblemente, *Polittoff*, Sergio: El delito de apropiación indebida, 2ª edición, ConoSur, Santiago 1992, p. 261; *Mera*, cit., p. 71 y ss.

español<sup>341</sup>, se prevé la posibilidad de una rebaja de pena en casos en los que las circunstancias concretas le restan gravedad al caso, hipótesis que parecen habituales en nuestra práctica y que ponen a la judicatura en una situación extremadamente incómoda, que muchas veces se resuelve forzando los conceptos y la coherencia interna del sistema, con la consiguiente inseguridad jurídica y deterioro del debate dogmático<sup>342</sup>. Se suprime la referencia a la *piratería*, por no parecer ésta su mejor ubicación – si es que realmente es necesaria - y, especialmente, por las enormes dificultades interpretativas que provoca<sup>343</sup>. Se ofrece, por último, una tipificación de la *extorsión* que permite superar las deficiencias del texto vigente – enclaustrado sin ninguna razón en la exigencia de otorgamiento de documentos -, en sintonía con lo que es lo normal en el derecho comparado<sup>344</sup>, enfatizando las semejanzas con el delito de estafa: ésta como obtención de una disposición patrimonial perjudicial mediante engaño, la extorsión como obtención de una disposición patrimonial perjudicial mediante coacción.

En cuanto a las disposiciones comunes del hurto y del robo, en general se ha prescindido de ellas, por parecer innecesarias o inadecuadas: no se alcanzan a ver razones para alterar las reglas generales de *iter criminis*, ni para establecer presunciones de responsabilidad, ni para establecer reglas especiales en materia de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal<sup>345</sup>. Sólo permanecen la agravación por uso de armas (actual art. 450 CP), usual en el derecho comparado, que se integra directamente en el entorno de los tipos respectivos, y la regla concursal del art. 453, por su carácter práctico para impedir condenas absurdas (i.e., tentativa de robo con fuerza seguida de robo violento, etc.), aunque eliminándose su agravación facultativa actual<sup>346</sup>.

---

<sup>341</sup> Art. 242.3 CP: “En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este Artículo”.

<sup>342</sup> Así *Bascuñán*, cit., pp. 60 y s., 124 y s., y *passim*.

<sup>343</sup> *Garrido*, cit., p. 211 y ss.; *Politoff*, Sergio / *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 355 y s.

<sup>344</sup> Art. 243 CP español: “El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados”; art. 629 CP italiano: “Chiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito...”; § 253 StGB: “El que con violencia o la amenaza de un mal sensible fuerce ilícitamente a una persona a una acción, un acto de tolerancia o una omisión, y de esta manera ocasione perjuicio al patrimonio del forzado o de otro, para enriquecerse indebidamente a sí mismo o a un tercero, será castigado...”

<sup>345</sup> Conforme a la crítica de la doctrina; véase, por todos, *Mera*, cit., pp. 43 y s., 143 y ss.

<sup>346</sup> Esta disposición, que recoge la contenida ya en el art. 163 de la Carolina (1532), da cuenta del hecho de que los puntos de vista con que se clasifican esta clase de delitos no siempre producen una taxonomía que permita una clara distinción, como sucede particularmente con el daño causado a los objetos sustraídos u obtenidos fraudulentamente. Cfr. *Politoff/Matus/Ramírez*, PE, p. 364s.

Cabe mencionar que las figuras de *receptación, encubrimiento lavado de dinero, así como la problemática del llamado hurto del acreedor y las figuras especiales de delitos societarios* se abordarán en otro contexto sistemático.

En materia de *estafa* el cambio es radical, pero al mismo tiempo indispensable. Del abigarrado casuismo proveniente del Código español de 1848 se pasa, tal como hizo el derecho español el año 1983, a un concepto general de estafa (como engaño que provoca disposición patrimonial perjudicial) que se corresponde fundamentalmente con el concepto que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia repiten al menos desde la década de 1960<sup>347</sup> y a lo que parece ser la comprensión más o menos universal del delito en el derecho comparado<sup>348</sup>. De los muchos modelos disponibles se adaptó un concepto sintético que parece adecuado para nuestra práctica y que deja espacios suficientes para el desarrollo doctrinario y jurisprudencial<sup>349</sup>. El único aspecto en que la propuesta está más cerca del derecho comparado que de la doctrina nacional mayoritaria es en la exigencia expresa de ánimo de lucro<sup>350</sup>, cuestión que ciertamente puede ser discutida a fondo por el Foro. A consecuencia de la consagración de un concepto general de estafa, es posible suprimir todas las figuras específicas que responden a la misma estructura y respecto de las cuales no se

---

<sup>347</sup> Así *Etcheberry*, Alfredo: Derecho Penal, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. III, p. 392 y ss.; *Mera*, Jorge: Fraude civil y penal, 2° edición, ConoSur, Santiago 1992, p. 42 y s.; *Silva*, Hernán: Las estafas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, p. 31, 32 y ss.; *Garrido*, cit., p. 321 y ss.; *Politoff / Matus / Ramírez*, cit., p. 398 y ss.; *Yubero*, Julio: El engaño en el delito de estafa, ConoSur, Santiago 1993, p. 47 y ss.; *Hernández*, Héctor: Aproximación a la problemática de la estafa, en *AA. VV.*: Problemas actuales de derecho penal, Universidad Católica de Temuco, Temuco 2003, p. 150 y ss.; *Piña*, Juan Ignacio: Fraude de Seguros, Universidad de los Andes, Santiago 2004, p. 42 y ss. En cuanto a la jurisprudencia, baste mencionar la sentencia de la Corte Suprema de 17 de junio de 1999, *Contra Roberto Óscar Sassone Fernández*, GJ 228 (1999), 107 (108).

<sup>348</sup> Cómo esta concepción se expresa en las principales codificaciones europeas es evidente. Son muy similares las definiciones del derecho *español* (art. 248 CP: “cometen estafa los que con ánimo de lucrarse utilizaren engaño bastante para producir error en otro induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”), *alemán* (§ 263 StGB: “El que, con el propósito de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial ilícito, perjudique el patrimonio de otro provocando o manteniendo un error mediante la simulación de hechos falsos o la desfiguración o supresión de hechos verdaderos, será castigado...”), *francés* (Art. 313-1 NCP: “L’escroquerie est le fait soit par l’usage d’un faux nom ou d’une fausse qualité, soit par l’abuse d’une qualité vraie, soit par l’emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d’un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir une acte opérant obligation ou décharge”) e *italiano* (Art. 640 CP: “Chiunque, con artifizii o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito...”), entre otros.

<sup>349</sup> Por ejemplo, no prejuzga sobre si el engaño necesariamente debe provocar error en el destinatario del mismo (controvertido en España por *Gómez Benítez*, José Manuel: Función y contenido del error en el tipo de estafa [1985], en: *el mismo*: Estudios penales, Colex, Madrid 2001, p. 149 y ss., y recientemente, en Chile, por *Piña*, cit., p. 76 y ss.) o, cuál ha de ser la naturaleza de ese error. Tampoco prejuzga sobre quién debe padecer el perjuicio, sobre la naturaleza del mismo, etc.

<sup>350</sup> En contra *Etcheberry*, cit., p. 402 y s.; *Garrido*, cit., p. 333; *Politoff / Matus / Ramírez*, cit., p. 399; *Piña*, cit., p. 93 y ss.; a favor *Labatut*, cit., p. 226; *Yubero*, cit., p. 69 y ss.; *Hernández*, cit., p. 188 y ss.



aprecian razones para un tratamiento penológico diferente (especialmente aquéllas que en el derecho vigente lo tienen, como son las del art. 469 CP). De este modo, se suprimen sin reemplazo las figuras de los actuales arts. 467, 468, 469 (salvo la última hipótesis, no constitutiva de estafa y que se reubica, perfeccionada, en otro contexto sistemático), 470 (N° 4, 6, 7 y 8; las otras hipótesis no constituyen estafas y se reubican en otro contexto sistemático) y 473. En materia de penalidad, se sigue un esquema parecido al propuesto para los hurtos: penalidad básica baja, con posibilidad de aumento atendida la magnitud tanto absoluta como relativa del perjuicio irrogado. Conforme a la tendencia universal – basada en estricta necesidad de adaptación al cambio tecnológico – y al sentido de iniciativas legislativas en actual tramitación<sup>351</sup>, se extiende la punibilidad a la modificación perjudicial de situaciones patrimoniales mediante manipulaciones informáticas.

En materia de lo que tradicionalmente se conoce entre nosotros como fraudes por abuso de confianza, la propuesta entiende que la ausencia de un delito genérico de *administración fraudulenta o desleal* constituye un vacío grave de la legislación penal chilena. Consecuentemente propone la introducción de un tipo penal, fundamentalmente en la línea del “tipo de abuso” (en oposición al “tipo de deslealtad”) del derecho alemán<sup>352</sup>, en términos similares a lo resuelto por el legislador español de 1995<sup>353</sup>, aunque no restringido al ámbito societario. En este contexto, en cuanto se den las exigencias propias de una verdadera “administración fraudulenta”, debería recogerse la situación de la llamada “distracción de dinero”. Se recoge también aquí la figura tradicional de *abuso de firma en blanco*.

Termina el título con disposiciones comunes, una referida al *iter criminis*, conforme al criterio de *numerus clausus* acordado en la Parte General, y la otra, equivalente en lo esencial al art. 489 CP vigente, que establece una excusa legal absolutoria entre cónyuges y parientes respecto de delitos no violentos contra la propiedad o el patrimonio. Aquí se incorpora también el actual art. 453 Cp, con las modificaciones propuestas.

---

<sup>351</sup> Boletines 2974-19 y 3083-07, sobre delincuencia informática. La propuesta recoge en lo fundamental los acuerdos expresados en la tramitación de tales proyectos.

<sup>352</sup> § 266 StGB: “El que abuse de la facultad, conferida por ley, orden de la autoridad o acto jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro [llamado tipo de abuso, *Mißbrauchstatbestand*], o infrinja el deber que le incumbe, en virtud de ley, orden de la autoridad, acto jurídico o relación de confianza, de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos [llamado tipo de deslealtad, *Treubruchstatbestand*], y que de este modo ocasione perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales debe resguardar, será castigado...”. Al respecto, por todos, *Schünemann*, LK § 266 Rdn. 1 y ss.

<sup>353</sup> Art. 295 CP: “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados...”.

## 2. TEXTO PROPUESTO

### **TÍTULO VIII**

#### **DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD Y EL PATRIMONIO**

##### **§ 1º. De los daños**

*Art. 195. El que dañe una cosa ajena será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

*Tratándose de daños de ínfima cuantía, el tribunal sólo podrá imponer una pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*

*Art. 196. La pena será de reclusión menor en su grado medio y multa de quince a treinta unidades tributarias mensuales en los siguientes casos:*

*1º. Cuando se destruyan o dañen gravemente objetos de reconocida importancia científica, histórica, artística o cultural.*

*2º. Cuando se destruyan o dañen gravemente los objetos que sirven para el ornato, protección o uso de bienes nacionales de uso público.*

*3º. Cuando se destruyan o dañen gravemente instalaciones, herramientas o artefactos de gran significación para el funcionamiento de una empresa o de un servicio público o para el ejercicio de una profesión u oficio.*

*4º. Cuando se destruya o dañe gravemente la vivienda del ofendido.*

*5º. Cuando los daños arruinen o dejen en difícil situación económica al perjudicado.*

*Art. 197. Las penas señaladas en los dos artículos anteriores serán también aplicables, respectivamente, a la destrucción o alteración de programas o datos informáticos.*

*Art. 197-A. Las disposiciones contenidas en este párrafo sólo tendrán lugar cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena.*

##### **§ 2º. De la apropiación indebida y del hurto de hallazgo**

*Art. 198. El que sin la voluntad de su dueño se apropie cosa mueble ajena que ha recibido en virtud de un título que produzca obligación de entregarla o devolverla, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.*

*Tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor, el tribunal podrá prescindir de la*

*pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*

*Art. 199. El que hallándose una especie mueble al parecer perdida, no la entregue a la autoridad o a su dueño, siempre que le conste quién sea éste por hechos coexistentes o posteriores al hallazgo, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.*

*Igual pena se impondrá al que hallare especies al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente de gran gravedad u otra causa semejante y no sean entregadas al dueño o a la autoridad.*

*Tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*

### *§ 3º. Del hurto y de otras figuras relacionadas*

*Art. 200. El que sin la voluntad de su dueño se apropia cosa mueble ajena será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*

*La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al valor de la cosa apropiada o a los efectos especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para la víctima.*

*Tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa.*

*Art. 201. La pena será de reclusión menor en su grado medio cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

*1º. Cuando, tratándose de cosas que se encuentran en lugares cerrados o en sus dependencias, se haya ingresado mediante escalamiento, por vía no destinada al efecto, mediante forado, rompimiento de paredes, pisos o techos, fractura de puertas o ventanas o uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes.*

*2º. Cuando se hubieran destruido, inutilizado o neutralizado los dispositivos de seguridad con que cuenta la cosa.*

*3º. Cuando, tratándose de cosas que la víctima lleva consigo, se haya obrado por sorpresa, siempre que no se hubiera empleado violencia o intimidación.*

*Art. 202. Las penas señaladas en los dos artículos anteriores se podrán aumentar en grado cuando en la ejecución del hecho el responsable haya portado armas, a menos que, a juicio del tribunal, hubiesen sido llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito.*

*Art. 203. El que sustraiga un vehículo motorizado ajeno sin ánimo de apropiárselo será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, siempre que no haya mediado violencia ni intimidación*

*en la sustracción.*

*Art. 204. Pasa a ser 215-A.*

*§ 4°. Del robo con fuerza en lugar habitado*

*Art. 205. El que se apropie de cosa mueble ajena entrando a un lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, con alguna de las circunstancias señaladas en los N° 1 o N° 2 del art. 201, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado máximo.*

*Se impondrá el máximo de la pena señalada en el inciso anterior cuando en la ejecución del hecho el responsable haya portado armas, a menos que, a juicio del tribunal, hubiesen sido llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito.*

*La pena podrá rebajarse en un grado cuando de las circunstancias concretas del hecho se desprenda que no se ha puesto en peligro de modo relevante la vida o la integridad corporal de los moradores.*

*§ 4-A. Del robo con violencia o intimidación en las personas y de la extorsión*

*Art. 206. El que mediante violencia o intimidación se apropie de cosa mueble ajena obteniendo su entrega o manifestación o impidiendo la resistencia u oposición a que se quite, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometerla o después de cometida para asegurarla o favorecer su impunidad, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo.*

*Se impondrá la pena de reclusión mayor en su grado mínimo cuando se ha hecho uso de armas y se haya puesto en peligro la vida o la integridad corporal de quienes se encontraban en el lugar.*

*Con todo, cuando no se hayan usado armas y en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando, además, las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado.*

*Art. 207. Con iguales penas se castigará al que con ánimo de lucro y mediante violencia o intimidación obtenga que la víctima realice una disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno.*

*§ 6°. De la usurpación de tierras y aguas*

*Art. 208. Al que con violencia o intimidación ocupe un inmueble o usurpe un derecho real sobre él que otro posea o tenga legítimamente, y al que, hecha la ocupación en ausencia del legítimo poseedor o tenedor, vuelto éste le repela con violencia o intimidación, además de las penas en que incurra por la violencia o intimidación que ejerza, se le aplicará una multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

*Art. 209. El que con ánimo de lucro destruya o altere términos o límites de propiedades*

*públicas o privadas será penado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*

*Art. 210. Sufrirán las penas de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a mil quinientas unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos:*

*1°. Saquen aguas superficiales de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos, o fuentes; de canales o acueductos, o saquen aguas subterráneas, y se las apropien para hacer de ellas un uso cualquiera.*

*2°. Rompan o alteren con igual fin diques, esclusas, compuertas, marcos u otras obras semejantes existentes en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.*

*3°. Pongan embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tenga sobre dichas aguas.*

*4°. Usurpen un derecho cualquiera referente al curso de ellas o turben a alguno en su legítima posesión.*

*En igual pena incurrirán los que teniendo derecho para sacar o usar las aguas se hayan 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.*

*Art. 211. Cuando los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores se ejecuten con violencia o intimidación en las personas, las penas previstas se impondrán copulativamente, pudiendo aumentarse en un grado la pena de reclusión. Con todo, cuando por la violencia o intimidación ejercida corresponda una pena mayor, sólo se impondrán las penas de reclusión y de multa que resulten más graves entre las correspondientes a los delitos concurrentes.*

#### *§ 7°. De la estafa*

*Art. 212. El que con ánimo de lucro y mediante un engaño suficiente para provocar error en otro, obtenga que éste realice una disposición patrimonial con perjuicio propio o de tercero, será castigado con pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.*

*La pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención a la cuantía del perjuicio ocasionado o a los efectos especialmente perjudiciales que tenga para la víctima.*

*Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 212-A. Estafa procesal*

#### *§ 7-A. Del perjuicio mediante el uso indebido de sistemas de información*

*Art. 213. En las mismas penas del artículo anterior incurrirá el que, con ánimo de lucro, modifique una situación patrimonial en perjuicio de otro, alterando indebidamente el funcionamiento físico o lógico de un sistema de tratamiento automatizado de información o los datos contenidos en el mismo, utilizando indebidamente en el mismo datos verdaderos o falsos o valiéndose indebidamente de cualquier otra manipulación o artificio semejante que altere física o lógicamente el funcionamiento del referido sistema.*

**§ 8°. De la administración fraudulenta y de otros abusos de confianza**

*Art. 214. El que (con ánimo de lucro y) con abuso de sus facultades generales o específicas de administración perjudique a otro disponiendo de su patrimonio será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo a medio.*

*Se podrá imponer la pena de reclusión menor en su grado máximo cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al monto del perjuicio producido o a los efectos especialmente perniciosos que tenga para la víctima.*

*Art. 215. Las mismas penas del artículo anterior se impondrán al que, abusando de firma de otro en blanco, extienda con ella algún documento con perjuicio del mismo o de un tercero.*

**§ 8°-A. De la obtención indebida de suministros**

*Art. 215-A. El que obtenga indebidamente el suministro de energía eléctrica, gas, agua, servicios de telecomunicaciones u otro servicio semejante por el cual se deba pagar un precio, mediante cualquier instalación o maniobra fraudulenta o clandestina, será castigado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.*

*Si el delito produjese perjuicios de ínfima cuantía, el tribunal podrá prescindir de la pena de reclusión e imponer en su lugar sólo la pena de multa de una a diez unidades tributarias mensuales.*

**§ 9°. Disposiciones comunes**

*Art. 216. Con excepción de los delitos contemplados en los arts. 198, 199, 214 y 215 los delitos de este título se castigarán también cuando se encuentren en grado de tentativa o, si corresponde en su caso, de frustración, conforme a las reglas generales.*

*Art. 217. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los delitos contemplados en los párrafos 1°, 2°, 3°, 5° en cuanto se refiere al hurto, 7° y 8° de este título que cometan recíprocamente en su contra padres, hijos y cónyuges.*

*La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito.*

*Art. 218. 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.*

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

## **Unidad 5b. Delitos contra la fe pública**

## 1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

En lo esencial la propuesta busca racionalizar el exuberante material normativo actual, tanto en el Código como en leyes extravagantes, reconduciéndolo a unas pocas categorías, así como superar lo que se consideran defectos o ambigüedades de la regulación vigente.

En primer lugar se aborda la *falsificación de moneda*, unificando la anacrónica regulación del Código con las normas dispersas que se hacen cargo de la falsificación de billetes<sup>354</sup>. La regulación pretende comprimir el exagerado casuismo de la regulación histórica, en términos similares a lo obrado en el derecho español<sup>355</sup>. Las penas son mayores que las actuales, en atención a la gravedad intrínseca del hecho y el carácter de crimen organizado que suele representar, dejando a salvo, sin embargo, la posibilidad de una rebaja significativa cuando el hecho ostente escasa gravedad, un poco en la línea de los arts. 171, 179 y 184 CP.

En seguida, se hace necesario hacerse cargo expresamente de la *falsificación de tarjetas de crédito*, débito o similares, difícilmente reconducibles al concepto dominante de documento. Por otra parte, no ha parecido adecuado intervenir legislativamente con este fin este último concepto, como tampoco ha parecido necesario seguir el camino de la legislación española en cuanto a incluir estas tarjetas legalmente dentro del concepto de

---

<sup>354</sup> DL N° 726, de 23 de noviembre de 1925 y art. 64 Ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.

<sup>355</sup> Art. 386 CP español: “Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1° El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

2° El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

3° El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código”.



moneda<sup>356</sup>. En este caso no se sigue la regla de los documentos privados en cuanto a exigirse perjuicio (sobre esto se volverá más abajo).

En materia de *falsificación de documentos públicos*, con efectos para el resto de los documentos se separan tajantemente las hipótesis de falsedad. Por una parte se aborda expresamente el *forjamiento*, atípico en la actualidad según la opinión dominante como una forma grave de falsificación en términos de aparentar autenticidad, y a su lado se pone la *falsedad material* sobre documento verdadero. Ha parecido que en este contexto la calidad de funcionario público no aporta mayor disvalor a la conducta, razón por la cual se expresa como delito común. Separadamente se abordan las llamadas *falsedades ideológicas*, que, en realidad, no son más que mentiras expresadas por escrito, ya sea con infracción de deberes propios de un ministro de fe o de quienes se encuentran obligados a declarar verdaderamente o utilizan a unos y otros para sus fines. No obstante lo anterior, y en tanto en el Foro no se imponga lo contrario, se ha preferido no innovar en el aspecto sistemático. Como es tradicional, el uso del documento falso se sanciona como la falsificación misma (con la adecuaciones de pena necesarias para quienes no tienen la calidad especial requerida por el tipo de falsedad). Este esquema de conductas típicas se replica en el resto del Título.

En ese resto se aborda, primero, la *falsificación de documentos de identidad, certificados, licencias y permisos oficiales*. Con este concepto se pretende abordar la situación de una serie de documentos, generalmente emanados del Estado, que tienen efectos jurídicos relevantes, y ante los cuales la jurisprudencia es muy vacilante. El párrafo debería servir para aclarar que no se trata de documentos públicos, pero que tienen un estatus diferente al de los documentos privados, razón por la cual su falsedad y uso se castiga aun en ausencia de perjuicio patrimonial. Por último, todos los demás documentos (por norma expresa) se consideran *documentos privados*. La exigencia de perjuicio patrimonial no es uniforme en el derecho comparado<sup>357</sup>, pero no ha parecido necesario innovar al respecto.

Las disposiciones sobre falsedades documentales concluyen con dos disposiciones generales. La primera se hace cargo de las falsedades en *documentos electrónicos*, haciendo expresamente aplicables las disposiciones propuestas a ese tipo de documentos, con tal que se ajusten a la ley respectiva<sup>358</sup>. La disposición no hace más que adaptar las decisiones valorativas tradicionales al nuevo contexto tecnológico, tal como ha sido normal en el

---

<sup>356</sup> Art. 387 CP español: “A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras”. Es llamativo que el legislador español se haya visto obligado a introducir esta equiparación, considerando el amplio concepto de documento que ha introducido en el art. 26 CP, transcrito en lo pertinente en una nota posterior.

<sup>357</sup> Se mantiene, al menos como exigencia subjetiva, en España (arts. 395 y 396 CP), no se conoce en el derecho alemán (§ 267 y ss. StGB).

<sup>358</sup> Ley N° 19.799, de 12 de abril de 2002; definición legal de documento electrónico en art. 2° letra d]: “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”

derecho comparado<sup>359</sup>, en términos de hacer realidad la aspiración de la ley extrapenal<sup>360</sup>. Cabe destacar que la reformulación de las hipótesis de falsedad se adapta bien a la aplicación de las disposiciones propuestas a este tipo de documentos. Con la segunda disposición general se propone, con dudas y a la espera de la discusión en el Foro, una disposición sobre la fabricación y tenencia de instrumentos e insumos inequívocamente destinados a la comisión de los respectivos delitos, considerándolos expresamente como

---

<sup>359</sup> El *derecho alemán* no modifica su concepto tradicional de documento y simplemente hace aplicables las disposiciones pertinentes a objetos que sin ser documentos por ser valorativamente equivalentes merecen se les apliquen las mismas reglas. Para hacerse cargo de documentos electrónicos a los que por definición falta la materialidad propia del concepto tradicional de documento, se ha hecho necesaria la tipificación especial de la falsificación de datos de relevancia probatoria, en el § 269 StGB, que en su primer inciso reza: “El que con fines de engaño en el tráfico jurídico almacena o modifica datos de relevancia probatoria de tal forma que al ser percibidos existiría un documento inauténtico o falsificado, o usa tales datos almacenados o modificados, será castigado con pena de prisión de hasta cinco años o con multa”. El *derecho español*, por su parte, resuelve el desafío mediante una definición legal amplia de documento. En efecto, en un novedoso art. 26, el Código de 1995 dispone que a los efectos del mismo “se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica”. Inequívocamente esta disposición rige también para los efectos de las falsedades documentales (arts. 390 y ss.), y si bien resulta conceptualmente objetable que defina el documento no a partir de su contenido sino que de su soporte material, lo cierto es que, en cuanto todo documento electrónico cuenta también necesariamente con un soporte material (diskette, disco duro, cinta magnética, etc.), la definición es aplicable también a los documentos electrónicos (con detalle al respecto *Villacampa*, Carolina: La falsedad documental: análisis jurídico-penal, Cedecs, Barcelona 1999, p. 286 y ss.). En términos parecidos opera la definición, no ya de documento, sino que de falsedad del Código *francés*, cuyo art. 441-1 dispone en su inciso primero que “constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplit par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques”. Por último, el *derecho italiano* opta simplemente por hacer aplicables las normas sobre falsedades documentales a los llamados documentos informáticos. Así reza el Art. 491 bis del Código italiano: “Documenti informatici. Se alcuna delle falsità previste dal presente capo riguarda un documento informatico pubblico o privato, si applicano le disposizioni del capo stesso concernenti rispettivamente gli atti pubblici e le scritture private. A tal fine per documento informatico si intende qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificamente destinati ad elaborarli”. Como se ve, aquí se sigue el modelo italiano.

<sup>360</sup> Cuyo art. 3° dispone que “(l)os actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte de papel. Dichos actos y contratos se reputarán como escritos, en los casos en que la ley exija que los mismos consten de ese modo, y en todos aquellos casos en que la ley prevea consecuencias jurídicas cuando constan igualmente por escrito”.

actos de tentativa. Al mismo tiempo, la tentativa, en la línea de los actuales arts. 169, 177 y 191 CP – que, sin embargo, no se refieren a los delitos principales de falsificación de documentos públicos y privados -, si bien sin ir tan lejos como hace el Código español<sup>361</sup>, se castiga con el mínimo (grado mínimo o *minimum*) de la pena asignada al delito consumado, con lo cual, claramente, se le asigna un tratamiento más severo que el general.

El Título concluye con normas sobre *usurpación de funciones* (atribución falsa de la calidad de autoridad o funcionario) y sobre *usurpación de identidad* (más amplio que usurpación de nombre), con una regla especial de determinación de pena en caso de haber perjuicio patrimonial de aquél cuya identidad se suplanta, difícilmente subsumible en el tipo de estafa a menos que medie una interpretación muy laxa y generosa de la idea de estafa triangular, con pocas perspectivas en Chile<sup>362</sup>, y con una calificación por haberse verificado ante la autoridad pública, en la línea, por ejemplo, del delito previsto en el art. 79 de la Ley N° 18.556, Orgánica Constitucional sobre Sistema Electoral. En cuanto al ejercicio ilegal de profesiones titulares, se reubica aquí como norma especial la referida al ejercicio ilegal de las profesiones relativas a la medicina humana, actualmente contenida en el art. 313 a CP vigente, pero con modificaciones que tienden a su concentración.

---

<sup>361</sup> El art. 400 CP español sanciona con las mismas penas que las que corresponden al delito consumado “(l)a fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores”.

<sup>362</sup> *Hernández, Héctor*: Aproximación a la problemática de la estafa, en: *AA. VV.*: Problemas actuales de derecho penal, Universidad Católica de Temuco, Temuco 2003, p. 156.

## **2. TEXTO PROPUESTO**

### **TÍTULO DE LAS FALSEDADES**

#### **§ 1. De la alteración y falsificación de moneda y otros medios de pago**

**Artículo 300.** El que altere moneda verdadera dándole apariencia falsa o fabrique moneda falsa, la haga circular o la reciba con el propósito de hacerla circular, la haga salir del país o introduzca en Chile moneda alterada o falsa, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y multa del tanto al triplo del valor aparente de la moneda alterada o falsa.

Para los efectos de este artículo se entiende por moneda la metálica y los billetes de papel moneda de curso legal, tanto en Chile como en el extranjero.

**Artículo 301.** El que cometa falsedad forjando en todo o en parte efectos, títulos, valores, tarjetas de crédito, débito o pago u otros documentos o dispositivos empleados como medio de pago equivalente a la moneda, o haciendo en verdaderos cualquier alteración que varíe su sentido o la información que contienen, será castigado con reclusión menor en su grado máximo a mayor en su grado mínimo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias.

**Artículo 302.** Cuando por el carácter ostensible de la alteración o falsificación, la escasa cantidad, el escaso valor aparente de la moneda o medio de pago alterado o falso, o por otras circunstancias similares parezca que se trata de un hecho de significativa menor gravedad, se podrá imponer la pena inferior en uno o dos grados.

**Artículo 303.** El que haga uso del dinero u otro medio de pago falso será castigado como autor de la falsedad.

El que habiendo recibido de buena fe moneda o medios de pago alterados o falsos, los haga circular después de constarle su alteración o falsedad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

#### **§ 3. De la falsificación de inscripciones y documentos que forman registros públicos**

**Artículo 304.** El que cometa falsedad haciendo cualquier alteración que varíe los efectos o sentido de los documentos que forman los registros que guardan los notarios, conservadores, archiveros o el Registro Civil, u otros registros públicos similares establecidos por ley para la debida constancia de ciertos hechos y actos de relevancia jurídica, o que varíe los efectos o sentido de las inscripciones que se consignan en tales registros, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo.

Con igual pena se castigará al que forje en todo o en parte un registro falso de los señalados en el inciso anterior o copias falsas supuestamente autorizadas de los respectivos documentos, certificados o testimonios falsos de las respectivas inscripciones.

El que haga uso de un registro, certificado, testimonio o copia falsa de los que se mencionan en el inciso anterior será castigado como autor de la falsedad.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores se cometen por funcionario público que abusa de sus funciones, se le impondrán las penas previstas en el artículo siguiente.

**Artículo 305.** Será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo el funcionario público que cometa falsedad al confeccionar uno de los registros o practicar las inscripciones o, en su caso, otorgar los documentos a que se refiere el artículo anterior, faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales o dando certificado, testimonio o copia en forma fehaciente de una inscripción o documento supuestos, o manifestando en el certificado, testimonio o copia cosa contraria o diferente de la que contenga la inscripción o documento verdaderos.

El que haga uso del registro, documento, certificado, testimonio o copia falsos será castigado como si fuera autor de la falsedad, pero si no tiene la calidad de funcionario público se le aplicará la pena señalada en el inciso primero del artículo 304.

#### § 4. De la falsificación de documentos oficiales

**Artículo 306.** El funcionario público o el particular especialmente facultado por ley para ello que expida documentos requeridos por ley para acreditar determinados hechos o calidades, o para el ejercicio de determinados derechos o actividades, faltando a la verdad de modo sustancial respecto de lo que se certifica o del cumplimiento de los requisitos para la licencia o permiso, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado medio e inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en el mismo grado.

Toda otra falsedad cometida por funcionarios públicos en los restantes documentos que emitan o suscriban en el ejercicio de su cargo, distintos a los que se refiere este artículo y los de los dos párrafos precedentes se sancionará disciplinariamente,

cuando corresponda, sin perjuicio de las acciones penales que correspondan si se incurre en alguno de los delitos señalados en el párrafo siguiente.

**Artículo 307.** El facultativo que libre certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con inhabilitación especial para el cargo u oficio en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

**Artículo 308.** Será castigado con las mismas penas de reclusión previstas en los dos artículos precedentes, respectivamente, el que forje en todo o en parte un documento falso de las especies señaladas, el que haga en documento verdadero cualquier alteración que varíe su sentido y el que use el documento falso o alterado. Se aplicará además, en todo caso, una multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

### § 5. De la falsificación de documentos privados

**Artículo 309.** El que, con perjuicio de tercero, forje en todo o en parte un documento privado falso o cometa falsedad haciendo en documento privado verdadero cualquier alteración que varíe su sentido y el que use el documento falso o alterado, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias.

Tratándose de perjuicios de ínfima cuantía, la pena podrá rebajarse en un grado o imponerse únicamente la pecuniaria.

**Artículo 310.** Para los efectos de este título se entiende por documento privado todo documento no considerado en los párrafos anteriores.

### § 6. Disposiciones comunes a los párrafos anteriores

**Artículo 311.** Las disposiciones de este título referidas a documentos son aplicables también a los documentos electrónicos expedidos conforme a la ley, en relación con los cuales se cometan las respectivas falsedades.

**Artículo 312.** La fabricación y la tenencia de instrumentos e insumos destinados inequívocamente al forjamiento o alteración de los objetos y documentos a que se refiere este título serán castigadas como tentativa de los respectivos delitos.

### § 7. De la suplantación de personas

**Artículo 313.** El que de cualquier forma suplante a otra persona será castigado con reclusión menor en su grado mínimo. La pena será de reclusión menor en sus grados

**mínimo a medio si la usurpación se realiza ante la autoridad pública o si provoca perjuicio en la persona suplantada.**

### **§ 8. De la usurpación de funciones y del ejercicio ilegal de una profesión**

**Artículo 314.** El que se finja autoridad, funcionario público o titular de una profesión que, por disposición de la ley, requiera título o el cumplimiento de determinados requisitos, y ejerza algún acto propio de dichos cargos o profesiones, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.

**El mero fingimiento de esos cargos o profesiones será sancionado como tentativa del delito que establece el inciso anterior.**

**Artículo 315.** Tratándose de profesiones relacionadas con la salud humana reguladas en la legislación sanitaria, tanto el fingimiento como el ejercicio de algún acto propio de las mismas serán penados con presidio menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

**Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a quienes presten auxilios cuando no sea posible obtener oportuna atención profesional.**

**Artículo 315-A.** En las mismas penas de los dos artículos anteriores incurrirá el que preste su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo.

### **§ 8. Disposición común a todos los párrafos de este título**

**Artículo 316.** Los simples delitos contenidos en este párrafo se castigarán también cuando se encuentren en grado de tentativa o, si corresponde en su caso, de frustración.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

## **Unidad 6. Delitos contra la Administración Pública**



## 1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA

La propuesta no innova en cuanto a la estructura fundamental de los delitos funcionarios en el Código vigente, particularmente en virtud de tratarse de una de las pocas parcelas que ha sido objeto de reformas relativamente integrales en los últimos años<sup>363</sup>. Con todo, se proponen algunas modificaciones tendientes a perfeccionar los cambios recientes y a resolver cuestiones que quedaron pendientes en ese contexto.

Una de esas cuestiones pendientes dice relación con las ambigüedades que presenta el concepto mismo de funcionario público (se ha preferido éste término al de “empleado”, por razones meramente estilísticas). Se ha procurado dejar de manifiesto, en los términos más amplios posibles, que los criterios decisivos para la definición son, por una parte, la pertenencia a la organización del Estado, bajo cualquier fórmula jurídica que ésta pueda tener, y el ejercicio de una función pública. Paralelamente se suprimen los delitos especiales referidos a los *jueces* en lo que no dice relación estricta con la especificidad de la administración de justicia. En todo lo demás, los magistrados quedan sujetos a las disposiciones generales.

En materia de infracciones formales se propone suprimir las hipótesis de *nombramientos ilegales, desobediencia, usurpación de atribuciones y abandono de destino*, que tal vez deberían seguir la misma suerte de los viejos arts. 216 a 219 CP, en la medida en que los mecanismos administrativos de control y sanción podrían ser suficientes.

En materia de *malversación de caudales públicos* se presentan algunas innovaciones relevantes. En primer lugar se propone la supresión de la figura culposa del art. 234 CP vigente, por no considerarse merecedora de sanción penal y en aclarar la delimitación con la figura del actual art. 235, a través de su sustitución por una regla que le da efecto especial al reintegro con anterioridad al inicio del procedimiento penal, conforme a lo que parece ser la opinión mayoritaria<sup>364</sup>. Por lo demás, de esta forma se aclara que la conducta consiste siempre en una apropiación (se usa ahora esa expresión), y por tanto, en los casos de entrega de dinero que producen tradición del mismo, como en las denominadas “cajas chicas”, la apropiación sólo aparece cuando no es posible rendir la cuenta respectiva. Sobre esta base, como delito nuevo, se ha agregado la *aplicación sin apropiación* a fines ajenos a los públicos con grave daño al servicio público, extensivo también a bienes raíces. Pero se

---

<sup>363</sup> Mediante Ley N° 19.645, de 11 de diciembre de 1999. Sobre el particular *Bustos, Juan / Medina, Rodrigo*: Aspectos de la reforma penal de la probidad, en la Ley N° 19.645, de 1999, que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción, en *AA. VV.*: La administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000, ConoSur, Santiago 2000, p. 681 y ss. Posteriormente la reforma fue complementada por la Ley N° 18.829, de 8 de octubre de 2002.

<sup>364</sup> *Politoff / Matus / Ramírez*, Lecciones de Derecho Penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, PE, p. 474.

ha preferido eliminar la figura de aplicación arbitraria a fines públicos distintos de los establecidos, igualmente eliminada en el Código español.

En materia de *fraude al fisco* (actual art. 239) y *negociaciones incompatibles* (actual art. 240), se ha optado por configurar una hipótesis calificada de administración desleal del patrimonio fiscal, que abarca las más graves situaciones comprendidas en esos tipos, pero sin establecer delitos de peligro. En materia de tráfico de influencias, se pretende delimitar mejor el sentido de la expresión “ejercer influencia”, tomando los términos del art. 428 del Código español<sup>365</sup>.

Por otra parte, también se prescinde del tipo de *exacciones ilegales*. Sin entrar siquiera a la discusión existente entre nosotros sobre la posible delimitación entre los tipos penales de los vigentes artículos 157, 241 y las hipótesis de cohecho previstas a partir del art. 247 CP, queda la impresión de ser éste un delito superfluo<sup>366</sup>, porque todos los casos deberían ser captados, con penas más significativas, por los delitos de cohecho o por los delitos contra la propiedad (estafa, extorsión o robo).

En materia de *violación de secretos*, debe recordarse que tratándose de secretos de particulares, esa materia, actualmente recogida en el art. 247 vigente y en una serie de leyes especiales, fue abordada a propósito de los delitos contra la intimidad, de modo que sólo se mantiene la norma respecto de secretos del servicio público. Se mantiene en lo esencial la norma vigente del art. 246, adaptándola a las nuevas tecnologías de almacenamiento de información y suprimiendo, por superflua, la disposición del inciso tercero (quien difunde antes de tiempo revela un secreto). En materia de *uso indebido de secretos o información reservada* (actual art. 247 bis CP), se propone modificar el tipo en términos de sancionar directamente el uso indebido con ánimo de lucro, sin esperar la efectiva consecución del beneficio buscado, como es, por lo demás, normal en el ámbito de los delitos de connotación patrimonial.

---

<sup>365</sup> Art. 428 CP español: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”. Así, ya *de lege lata* entre nosotros *Ossandón*, María Magdalena: Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias, *Revista de Derecho (UCN-Coquimbo)*, 161 (171).

<sup>366</sup> En esa línea, también, buena parte de la literatura española respecto del art. 437 CP. Cfr. por todos, con referencias, *Feijóo Sánchez*, Bernardo, en: *Rodríguez Mourullo*, Gonzalo (Director): *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid 1996, p. 1163 y s.

En materia de *cohecho*, además de pequeños cambios de redacción, se pretende superar las dificultades que ha acarreado la penalidad del *soborno*<sup>367</sup>, en dos sentidos: imponiendo siempre una pena privativa de libertad menor a la que le corresponde al funcionario por el hecho mismo del soborno y, en caso de soborno para cometer un delito o por haberlo cometido, se evitan resultados contradictorios mediante una cláusula expresa de subsidiariedad. En la misma línea se reformula la cláusula equivalente existente para el cohecho (pasivo) impropio. La actual norma del art. 251 CP se suprime, en primer lugar por cuanto resulta superflua en lo que dice relación con el comiso (que se impone en virtud de las reglas generales), y en segundo lugar, por cuanto, no obstante ser su inciso segundo un agregado reciente, atendida la gravedad de las penas de inhabilitación previstas, carecería de mayor relevancia práctica.

---

<sup>367</sup> Al respecto *Politoff / Matus / Ramírez*, cit., p. 482; *Olivier*, Guillermo: Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley N° 19.829 de 1999), RChD Vol. 30 (2003), 43 y ss.

2. **TEXTO PROPUESTO:**

**TÍTULO**  
**DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**§ 1. De los abusos contra particulares**

*Artículo 352. El funcionario público que, desempeñando un acto del servicio, cometa cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con las penas de inhabilitación especial en sus grados mínimo a medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de la pena que pueda corresponderle por los otros delitos en que hubiese incurrido con su conducta.*

*Artículo 353. El funcionario público que abusando de su oficio solicite a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial para el cargo u oficio en su grado medio.*

*Tratándose de jueces, fiscales judiciales, fiscales del ministerio público y demás personas llamadas por ley a desempeñar funciones análogas la pena será de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargo u oficios públicos.*

*Artículo 354. El funcionario público que abusando de su oficio solicite a persona sujeta a su custodia por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial para el cargo u oficio en su grado medio.*

*Artículo 355. Las penas señaladas en los dos artículos precedentes se aplicarán también, respectivamente, cuando abusivamente se solicite al cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado de quien tenga la pretensión pendiente o esté bajo la custodia del solicitante.*

*Artículo 356. El funcionario público que abusivamente niegue a los particulares la protección, auxilio o servicio que deba dispensarles conforme a la ley y los reglamentos, sufrirá la pena de inhabilitación especial en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

*Si la negativa consiste en rehusar dar certificación o testimonio, o impedir la presentación o el curso de una solicitud, ambas penas se aplicarán copulativamente. Si el testimonio, certificación o solicitud versan sobre un abuso cometido por el mismo funcionario, la multa será aumentada al doble y la pena de inhabilitación se impondrá en su grado medio.*

## **§ 2. De la malversación y la administración desleal de caudales públicos**

*Artículo 357. El funcionario público que se apropie (o consintiere que otro se apropie) de caudales o efectos públicos que tenga a su cargo (por razón de sus funciones), será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, multa de once a quinientas unidades tributarias mensuales e inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargos y oficios públicos.*

*No se impondrá el grado mínimo de la pena de reclusión cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al gran valor de los caudales o efectos apropiados o a las consecuencias especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para el servicio público. La pena de reclusión se impondrá en su grado mínimo si los caudales o efectos apropiados son reintegrados con anterioridad a la formalización de la investigación o del requerimiento, en su caso.*

*Artículo 358. El funcionario público que con grave daño del servicio use indebidamente con fines ajenos a la función pública, sin apropiárselos, caudales, efectos o bienes inmuebles públicos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 359. El funcionario público que con ánimo de lucro y abuso de sus facultades de administración disponga, con perjuicio del patrimonio fiscal, de los caudales, efectos o bienes inmuebles puestos a su cargo, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de once a quinientas unidades tributarias mensuales. No se impondrá el grado mínimo de la pena de reclusión cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al gran valor del perjuicio o las consecuencias especialmente perniciosas para el servicio público.*

*Artículo 360. Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que, sin ser funcionario público, tenga a su cargo caudales, efectos o, en su caso, bienes inmuebles públicos. En estos casos, las penas se impondrán siempre en su grado inferior.*

## **§ 3. Del tráfico de influencias**

*Artículo 361. El funcionario público que, prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otro funcionario para obtener una decisión favorable a sus intereses o de un tercero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, inhabilitación especial en su grado medio para el cargo u oficio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*

*Si perjudica al Estado, las penas serán de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de once a quinientas unidades tributarias mensuales, según el monto del perjuicio causado.*

#### *§ 4. De la infidelidad en la custodia de documentos*

*Artículo 362. El funcionario público que dañe a la causa pública sustrayendo o destruyendo documentos que le estén confiados por razón de su cargo, cualquiera sea su soporte, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado mínimo o inhabilitación especial en su grado medio para el cargo u oficio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Si el daño es grave, la pena será de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, inhabilitación especial en su grado máximo y multa de once a veinticinco unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 363. El funcionario público que quebrante o haga inútiles los sellos, claves, encriptaciones o mecanismos de seguridad aplicados a los documentos bajo su custodia, que estén sellados por la autoridad o protegidos por ésta con claves, sistemas de encriptación u otros mecanismos de seguridad similares, si se trata de documentos electrónicos, sufrirá las penas de reclusión menor en sus grados mínimo o inhabilitación especial en su grado medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.*

*Si daña a la causa pública, la pena será de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, inhabilitación especial en su grado máximo y multa de once a veinticinco unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 364. Las disposiciones de este párrafo son aplicables a los particulares encargados del despacho o custodia de documentos, cualquiera sea su soporte, por comisión de la autoridad competente, realizada en el ejercicio de sus atribuciones. En estos casos, las penas se impondrán siempre en su grado inferior.*

#### *§ 5. De la violación y aprovechamiento indebido de secretos de servicio público*

*Artículo 365. El funcionario público que revele secretos concernientes al servicio público de que tenga conocimiento por razón de su oficio o entregue indebidamente documentos o copia de documentos que tenga a su cargo y no deban ser publicados, cualquiera que sea el soporte en que se encuentren, incurrirá en las penas de inhabilitación especial en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, o bien en ambas conjuntamente.*

*Si la revelación o entrega daña gravemente la causa pública, las penas serán reclusión menor en su grado mínimo a medio, inhabilitación especial en su grado medio a máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 366. El funcionario público que, con ánimo de lucro, use directa o indirectamente un secreto o información reservada o privilegiada que tenga conocimiento en razón de su cargo, será castigado con reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales.*

### § 6. Del cohecho

*Artículo 367. El funcionario público que reciba, solicite o acepte recibir un beneficio (al que no tiene derecho/indebido), económico o de otra clase, para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, será sancionado con inhabilitación especial en su grado mínimo a medio o multa de cinco a quinientas unidades tributarias mensuales.*

*Si el funcionario ha condicionado la realización del acto a tales beneficios, se impondrán las penas previstas en el artículo siguiente.*

*Artículo 368. El funcionario público que reciba, solicite o acepte recibir un beneficio económico o de otra clase para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado medio a máximo y multa de diez a mil unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se impondrán al que reciba, solicite o acepte recibir un beneficio económico o de otra clase para sí o un tercero, para retardar o por haber retardado indebidamente el cumplimiento de un acto propio de su cargo.*

*Artículo 369. El funcionario público que reciba, solicite o acepte recibir un beneficio económico o de otra clase para sí o para un tercero para cometer o por haber cometido algún delito respecto del cual la ley exija que sea cometido precisamente por un funcionario público, será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo, a menos que, en el evento de haber cometido el delito en cuestión, le corresponda una pena mayor por el mismo.*

*En todo caso, el funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargos u oficios públicos, y multa de diez a mil quinientas unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 370. El que dé, ofrezca o consienta en dar a un funcionario público un beneficio económico o de otra clase, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos precedentes, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones. Tratándose de las penas privativas de libertad, se impondrán en un grado inferior.*

*Artículo 371. En los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tenga por objeto la realización de las conductas señaladas en los artículos 367 ó 368 en causa criminal, a favor del imputado y sea cometido por su cónyuge, por su conviviente, 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, se impondrá al responsable únicamente la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.*

*Artículo 372. El que dé, ofrezca o consienta en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra clase, en provecho de éste o de un tercero, para que realice una acción o incurra en una omisión con miras a la obtención o mantención, para sí o para otro, de cualquier negocio o ventaja en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio. Además, el sobornante será sancionado con la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa de diez a mil unidades tributarias mensuales. Para los efectos de este artículo, se considera funcionario público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, 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, aunque no sea remunerado por el Estado respectivo. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.*

#### *§ 7. Disposición común*

*Artículo 373. Para los efectos de este Título, de los restantes Títulos de este Código y, en general, de las leyes penales, en tanto no establezcan lo contrario, se reputa funcionario público todo el que desempeñe un cargo legislativo, administrativo, judicial o cualquier función pública en la organización del Estado, cualquiera que sea la forma jurídica del órgano pertinente y el régimen estatutario aplicable al funcionario, aunque no sea remunerado por el Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.*



“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

## **Unidad 7. Delitos contra la Administración de Justicia**

## 1. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA:

En materia de *prevaricación* se ha procurado simplificar el sistema recurriendo a fórmulas menos formales y más comprensivas, constreñidas, por lo demás, a la idea central de prevaricación propiamente tal<sup>368</sup>, extendiéndose a quienes desempeñan análogas a las jurisdiccionales. Esto se ha hecho, en parte, confiando en las reglas generales aplicables a todos los funcionarios públicos en materia de cohecho, desobediencia, abusos de particulares, etc<sup>369</sup>. Si bien puede parecer poco feliz desde un punto de vista sistemático, parece adecuado que se mantenga en este contexto la prevaricación de funcionarios no pertenecientes al orden judicial.

Probablemente el cambio más profundo que se propone dice relación con la reformulación del *encubrimiento*. Como se recordará, y conforme a la opinión dominante y a la regla del derecho comparado, en la Parte General no se consideró más al encubrimiento como forma de participación, sino que se optó por tratarlo como un delito contra la administración de justicia en la Parte Especial. Ahora bien, de las hipótesis del actual art. 17 CP sólo se han considerado las de *favorecimiento personal*, quedando el aprovechamiento inscrito en el delito de *receptación*, que de esta forma se amplía a todo tipo de delitos, y el *favorecimiento real*, en cuanto no constituya al mismo tiempo favorecimiento de la persona del delincuente, radicado en el delito de obstrucción a la justicia. Así delimitado, el encubrimiento se formula en términos menos casuísticos y menos centrados en conductas materiales<sup>370</sup> (“ayudar de cualquier forma a los delincuentes a que se aprovechen de lo obtenido con el delito o a eludir la acción de la justicia”), asumiendo la decisión valorativa expresada en el art. 17 N° 3 CP desde la Ley N° 19.077, de 28 de agosto de 1991, tal como hace, por ejemplo, el derecho alemán<sup>371</sup>. Se considera, en todo caso, un límite de pena dado

---

<sup>368</sup> Ver al respecto, entre nosotros, *Acosta*, Juan Domingo: Aspectos generales de la prevaricación, RChD Vol. 19 (1983), 103 (109 y ss.). Se ha seguido entonces el criterio imperante en el derecho comparado. Así, en el derecho español, el encabezado del art. 446 dispone simplemente: “El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare *sentencia o resolución injusta* será castigado...”, en tanto que el artículo siguiente se hace cargo de la forma imprudente. En el derecho alemán, el § 339 StGB se refiere sin más al juez culpable genéricamente de una *violación del derecho* (literalmente “flexión” del derecho: *Rechtsbeugung*).

<sup>369</sup> En esa línea también el CP español, arts. 404 y ss., 446 y ss.

<sup>370</sup> Los injustificadamente estrechos resultados interpretativos a que conduce el sentido material que parecen ostentar las formas de favorecimiento personal recogidas por la casuística legal (“albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable”), pueden verse en *Etcheberry*, Derecho Penal, 3° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997, T. II, p. 105 y s.

<sup>371</sup> § 257 I StGB: “El que *ayude* a otro que ha cometido un hecho antijurídico con el propósito de asegurarle los beneficios del hecho, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa”; § 258 I StGB: “El que intencional o conscientemente *impida en todo o en parte* que otro sea castigado o sometido a una medida por un hecho antijurídico conforme a la ley penal, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa”.

por la que le corresponde al cómplice del delito encubierto<sup>372</sup>. Complementariamente, se tratan aquí, con las adecuaciones necesarias, los tipos de *receptación* (actual art. 456 bis A CP) y de *lavado de dinero* (art. 19 Ley N° 19.913, de 18 de diciembre de 2003). Respecto de este último tipo penal, deberá esperarse hasta el final del trabajo del Foro la determinación exacta de los tipos penales a los que hace referencia.

En materia de *obstrucción a la justicia* se corrigen algunos defectos de la redacción vigente (referencia expresa a quienes pueden negarse a colaborar con antecedentes: imputados, parientes y obligados por el secreto profesional), y respecto de la destrucción de antecedentes o entrega de antecedentes falsos, queda como figura residual para los casos en que no existe encubrimiento. Adicionalmente, para evitar vacíos derivados del nuevo ordenamiento procesal, se reformula el delito de *acusación o denuncia calumniosa*, aclarándose que no es típica sólo la imputación falsa que da inicio al procedimiento<sup>373</sup>, sino que también la realizada durante el procedimiento y que no constituye falso testimonio, considerándose, en todo caso, una cláusula de retractación. Se incorpora también un delito residual de denuncia falsa sin imputado determinado<sup>374</sup>.

En materia de *falso testimonio y presentación de pruebas falsas* la propuesta acoge en lo esencial lo previsto en el Proyecto de Ley de Ajustes a la Reforma Procesal Penal, tal como fue remitido por la Cámara de Diputados al Senado con fecha 5 de octubre de 2004 (N° 24.217), con la sola exclusión del llamado falso testimonio ante el Ministerio Público, materia que se cobija, con mejor criterio sistemático, como se ha visto, en la propuesta de delitos de encubrimiento, obstrucción a la justicia e imputaciones calumniosas. En ese contexto destaca la ampliación del círculo de posibles autores y una cláusula de retractación.

Por último, se sistematizan y amplían las disposiciones sobre “prevaricación de abogados”, bajo el título de deslealtad profesional.

---

<sup>372</sup> Así también el derecho español (art. 452 CP) y el alemán (§§ 257 II y 258 III StGB).

<sup>373</sup> Como es opinión unánime en Chile; por todos, *Morales*, Marcos: El delito de acusación o denuncia calumniosa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1993, p. 127 y ss.

<sup>374</sup> Tomado en parte del art. 457 del CP español.

2. **TEXTO PROPUESTO:**

**TÍTULO**

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

**§ 1. De la prevaricación**

*Artículo 400. El juez o miembro de un tribunal colegiado que ejerza torcidamente la administración de la justicia, dictando una resolución o sentencia manifiestamente injusta u omitiendo dictar la debida sufrirá la pena de inhabilitación absoluta en su grado máximo para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de reclusión menor en cualquiera de sus grados.*

*Las mismas penas se impondrán a los fiscales judiciales y a quienes, sin tener nombramiento de juez o miembro de un tribunal colegiado, incurran en dicha conducta cuando desempeñen ese cargo o funciones análogas por llamado de la ley, de un tribunal o por el nombramiento de las partes.*

*Artículo 401. Sufrirán las penas señaladas en el artículo precedente los fiscales del ministerio público que, faltando a su deber de objetividad, realicen actuaciones manifiestamente injustas, omitan las debidas o hagan valer ante los tribunales antecedentes falsos o incompletos, torciendo con ello la recta aplicación de la justicia, a menos que el hecho merezca mayor pena.*

*Artículo 402. El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, realice un acto administrativo, participe en un acuerdo de un órgano administrativo colegiado o dicte providencia o resolución en procedimiento administrativo manifiestamente injustas, incurrirá en las penas de inhabilitación absoluta para el ejercicio de cargos o empleos públicos en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.*

**§ 2. Del encubrimiento, la receptación y el lavado de dinero**

*Artículo 403. El que sin haber tenido participación como autor o cómplice en un delito, con posterioridad a su ejecución ayude de cualquier forma a cualquiera de los responsables del delito a que se aprovechen de lo obtenido con el delito o a eludir la acción de la justicia, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. Con todo, la pena no podrá exceder a la que la ley le asigne al cómplice del delito encubierto.*

*Estarán exentos de pena el cónyuge, el conviviente y los parientes del responsable del delito por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el*

*segundo grado inclusive, salvo que lo cometan para que el delincuente se aproveche de lo obtenido por el delito.*

*Artículo 404. El que con ánimo de lucro reciba a cualquier título especies que provengan de un delito en que no ha tenido participación como autor o cómplice, o se aproveche de ellas, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales. Con todo, la pena no podrá exceder a la que la ley le asigna al autor del delito del cual procedan las especies.*

*Artículo 405. Se impondrá la pena de reclusión menor en su grado medio a reclusión mayor en su grado mínimo y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales al que:*

- a) De cualquier forma oculte o disimule los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos que provengan, directa o indirectamente, de la perpetración en Chile o el extranjero de hechos constitutivos de un crimen o simple delito cuya pena mayor, según la legislación nacional, sea igual o superior a reclusión menor en su grado máximo;
- b) De cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de dichos bienes; o
- c) Con ánimo de lucro, adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, siempre que haya conocido su origen ilícito al momento de iniciar su uso, tenencia o posesión.

La misma multa señalada en el inciso precedente y la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo se impondrá al responsable o administrador de una actividad sujeta a las obligaciones señaladas en los artículos 3° a 6° de la Ley N° 19.913, que infrinja las disposiciones contenidas en el reglamento dictado por la autoridad competente para prevenir la comisión de estos delitos, siempre que no haya tenido participación en el delito del inciso anterior.

No se impondrá el mínimo de la pena privativa de libertad al que, con abuso de una profesión, cometa alguno de los hechos descritos en los incisos anteriores.

*En todo caso, nunca podrá imponerse una pena superior a la mayor asignada por la ley para el autor del delito más grave del cual provienen los bienes objeto del delito tipificado en este artículo.*

*Pero si la cuantía de los bienes de que se trata es ínfima, se impondrán a los reponsables únicamente las penas previstas en el artículo anterior.*

*Si el responsable de los hechos que originaron los bienes a que se refiere esta disposición incurre, además, en alguna de las figuras que aquí se sancionan, sólo se le impondrá la pena correspondiente a los delitos en que tales bienes se originaron, a no ser que por cualquier motivo no pueda imponerse la pena por esos delitos o su conducta comprenda bienes provenientes de delitos cometidos por terceras personas.*

*La circunstancia de tener los bienes su origen en hechos constitutivos de los delitos señalados en el inciso primero de este artículo podrá probarse en el mismo proceso que se substancie para juzgar los delitos aquí tipificados y no se requerirá sentencia condenatoria previa.*

*Si alguno de los delitos previstos en este artículo se comete por el responsable o administrador de una actividad sujeta a las obligaciones de los artículos 3° a 6° de la Ley*

*N° 19.913, se aplicará lo dispuesto en los artículos 191 a 194 de este Código (disposiciones comunes de los delitos de peligro común).*

### *§ 3. De la obstrucción a la justicia*

*Artículo 406. El que, requerido legalmente, se niegue a proporcionar (a los fiscales del Ministerio Público o) a los tribunales de justicia antecedentes que conozca o que obren en su poder y que permitan esclarecer los hechos punibles (investigados o) enjuiciados, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales.*

*Con la misma pena será castigado el que, sin incurrir en el delito de encubrimiento, destruya, oculte o inutilice posibles medios de prueba a favor de imputado, o aporte antecedentes falsos al ministerio público o a sus órganos auxiliares.*

*Estarán exentos de responsabilidad penal por estos hechos el imputado, su cónyuge, conviviente y sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive; y en los casos establecidos en el inciso primero de este artículo, quienes por ley tienen derecho a no declarar contra el imputado o un deber de guardar secreto.*

*Artículo 407. Los fiscales del ministerio público que incurran en los delitos descritos en el artículo precedente y en el párrafo anterior sufrirán las penas que allí se contemplan, elevándose en un grado las privativas de libertad, y además, la de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos en su grado máximo.*

### *§ 4. De la imputación, denuncia y querrela calumniosa o falsa*

*Artículo 408. El que ante el ministerio público, sus órganos auxiliares o los tribunales de justicia, impute a otro la comisión de un delito falso o de uno verdadero actualmente perseguible de oficio, pero del cual el imputado no es responsable, sufrirá las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales.*

*Se impondrá el máximo de las penas previstas en el inciso anterior cuando en virtud de la imputación falsa se prive de libertad a una persona imputada por el responsable.*

*Artículo 409. El que dé inicio a un procedimiento penal mediante la denuncia o querrela de un hecho constitutivo de delito, pero falso, formulada ante el ministerio público, sus órganos auxiliares o los tribunales de justicia, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo o multa de cinco a quince unidades tributarias mensuales, a menos que corresponda imponerle mayor pena según lo dispuesto en el artículo anterior.*

*Artículo 410. Si antes del requerimiento o la formalización de la investigación, o durante su declaración en el juicio oral o la rendición de una prueba anticipada, el responsable se retracta voluntariamente o entrega los antecedentes requeridos, quedará exento de toda pena por los delitos previstos en este párrafo y en el anterior. Si la retractación se produce con posterioridad, pero antes del término del procedimiento, las penas se*

*reducirán en un grado y, en casos calificados, se eximirá de responsabilidad criminal, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión, así lo justifiquen.*

*No podrá procederse por los delitos contemplados en este párrafo y en el anterior sino hasta el término del procedimiento en que hubieran tenido lugar.*

### *§ 5. Del falso testimonio y del perjurio*

*Artículo 411. El testigo, perito o intérprete que ante un tribunal falte a la verdad en su declaración, informe o traducción, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales, si se trata de un proceso penal y con reclusión menor en su grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, si se trata de otro proceso judicial contencioso.*

*Tratándose de peritos e intérpretes, sufrirán además la pena de inhabilitación especial de su condición de perito o intérprete en juicio en sus grados medio a máximo.*

*Si la conducta se realiza contra el imputado o acusado en proceso penal, la pena se impondrá en el grado máximo.*

*Artículo 412. Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior se castigará al que presente ante un tribunal a los testigos, peritos o intérpretes que incurra en las conductas allí señaladas, así como a quien incorpora como prueba documentos, objetos u otros medios de prueba falsos o adulterados.*

*Los abogados que incurran en la conducta sufrirán el máximun o máximo de las penas señaladas, según el caso. Pero, tratándose de un fiscal del ministerio público, la pena privativa de libertad se aumentará a presidio mayor en su grado mínimo, si con su conducta logra la dictación de una sentencia condenatoria firme.*

*Artículo 413. Si media la retractación oportuna de quien haya incurrido en las conductas previstas en los dos artículos anteriores, la pena se reducirá en un grado. La retractación oportuna eximirá de responsabilidad penal en casos calificados, cuando su importancia para el esclarecimiento de los hechos y la gravedad de los potenciales efectos de su omisión, así lo justifiquen.*

*Retractación oportuna es aquella que tiene lugar ante el tribunal en condiciones de tiempo y forma adecuados para ser considerada por éste al resolver la causa.*

*Artículo 414. El que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, falte a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por ley, será castigado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.*

*Las mismas penas se aplicarán al que presente o entregue a la autoridad antecedentes, datos o declaraciones falsas que deban tomarse en consideración en un proceso de fiscalización o para resolver un procedimiento administrativo, a menos que corresponda aplicar al hecho una pena más grave según las restantes disposiciones de este Código.*

### *§ 6. De la prevaricación del abogado*

*Artículo 415. El abogado o procurador que con abuso de su oficio, perjudique a quien sea o haya sido su cliente o descubra sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que cause, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión en sus grados mínimo a máximo y multa de once a cien unidades tributarias mensuales.*

*Artículo 416. El abogado o procurador que asesore, represente, patrocine o defienda los intereses de un cliente en contra de otro que sea o haya sido su asesorado, representado, patrocinado o defendido en el mismo asunto, sufrirá las penas de inhabilitación especial en su grado máximo para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.*



“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

## **Unidad 8. Delitos contra el orden público y la seguridad del Estado**

## 1. FUNDAMENTOS

Se reúnen aquí en tres títulos las disposiciones que referidas a los bienes jurídicos que se trata, y que se encuentran actualmente en los Títulos I, II y VI CP, y en diversas leyes especiales, las más importantes de las cuales son, sin duda, las leyes N° 12.297 sobre Seguridad del Estado, N° 17.798 sobre Control de Armas y 18.314 que Determina Conductas Terroristas y Fija su Penalidad<sup>375</sup>. En cuanto al Código de Justicia Militar – donde se regulan profusamente conductas que afectan la seguridad interior y exterior del Estado<sup>376</sup> – puesto que su reforma no se encuentra entre los objetivos de la Comisión Foro Penal, sólo se ha tenido en consideración los delitos de maltrato de obra a carabineros (arts. 416ss CJM), cuya significación en la vida diaria está demás resaltar aquí, lo que justifica sobradamente su inclusión en un nuevo Código Penal<sup>377</sup>. Finalmente, se ha optado por no incluir en este Anteproyecto un Título relativo a los *crímenes contra el derecho internacional*, como se hace, por ejemplo en el Código penal español de 1995 (Título XXIV, *Delitos contra la Comunidad Internacional*) atendidas dos razones: primero, que en tanto regulación internacional su aplicabilidad no depende del derecho interno vigente (y, por lo mismo, no es *imperiosa* su regulación específica dentro del Código penal)<sup>378</sup>; y

---

<sup>375</sup> Entre las otras leyes especiales que se han tenido a la vista, y de las cuales algunas de sus disposiciones se incorporan al texto propuesto, podemos mencionar: el DL 2.460/1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones; la Ley 18.302, Sobre Seguridad Nuclear, la Ley 19.327 Fija Normas Para La Prevención De Hechos De Violencia En Recintos Deportivos Con Ocasión De Espectáculos De Fútbol Profesional; la Ley 16.282, que Fija Disposiciones para casos de Sismos o Catástrofes; el DS N° 5.037/1960, que fija el Texto de la Ley Orgánica del Servicio de Correos y Telégrafos, el DFL 171/1960; la Ley General de Servicios Eléctricos; la Ley N° 18.168 General De Telecomunicaciones; el DFL 323/1931 (Interior), Ley de Servicios de Gas; el Código Tributario; la Ley N° 18.455, que fija Normas Sobre Producción, Elaboración y Comercialización de Alcoholes Eftílicos, Bebidas Alcohólicas y Vinagres; el DL 1.094/1975, que Establece Normas sobre Extranjeros en Chile; la Ley N° 19.366; la Ley N° 18.356 que Establece Normas Sobre Control De Las Artes Marciales y Deroga La Ley 18.039; el Código de Minería, y el DL 1.939/1977, Sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.

Se debe aclarar que la mayor parte de las disposiciones contempladas en la normativa citada se refunde en las propuestas en el Anteproyecto y otras, sencillamente, **no se incorporan al Anteproyecto y, por tanto, se propone su supresión o simple consideración como medidas administrativas**. Este mismo tratamiento derogatorio se propone respecto de las siguientes disposiciones que contemplan sanciones penales: el art. 2 de la Ley N° 18.015, que sanciona la infracción a medidas adoptadas en virtud del Art. 41 N° 4 CPR (exilio, relegación); las faltas de la Ley N° 17.105: los Arts. 11 y 12 de la Ley de Seguridad del Estado, que castigan disputas de carácter laboral como conductas supuestamente atentatorias contra “la normalidad de las actividades nacionales”.

<sup>376</sup> Cfr. Renato Astrosa H.: *Código de Justicia Militar Comentado*, pp. 372ss.

<sup>377</sup> Naturalmente, debido al cambio de ubicación sistemática de los actuales Títulos I y II Libro II CP al final de nuestro Anteproyecto, habrán de dictarse las disposiciones adecuadas correspondientes, sin modificar el fondo de las disposiciones del Título II del Libro III CJM.

<sup>378</sup> Cfr. Andrés Bello: *El derecho internacional*, Vol X de sus *Obras Completas*, editadas por el Consejo de Instrucción Pública, Santiago 1886, p. 21; y específicamente sobre el derecho penal internacional, Kai Ambos: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2. Aufl., Duncker und Humblot, Berlin 2004, p 41.

segundo, que la propuesta más razonable para su regulación sistemática parece ser la seguida en Alemania, esto es, la dictación de un código específico (*Völkerstrafgesetzbuch* de 26.06.2002, BGBl I 2002, 2254) a fin de no confundir regulaciones de diferente naturaleza, permitiendo desarrollar las especificidades propias del derecho penal internacional, tanto en su parte general como en la descripción de las figuras punibles<sup>379</sup>.

En cuanto a la denominación de los títulos y epígrafes, así como en su contenido normativo, su carácter eminentemente político hace aconsejable no innovar más allá de los requerimientos derivados de la necesaria racionalización de la multiplicidad de normas dispersas (particularmente en relación con la Seguridad Interior del Estado) para evitar redundancias normativas y mantener la proporcionalidad de este Anteproyecto de Código Penal en sus penas<sup>380</sup>, y de la supresión de las innumerables faltas que se refieren a esta materia y que, por entenderse aquí que su escasa entidad y nula aplicación práctica no justifican su elevación a la categoría de simple delito<sup>381</sup>.

Así, el Título relativo a los *Delitos Contra el Orden Público* contiene cinco párrafos, correspondiendo los propuestos §§ 1, 2, 3 y 5 a los §§ 1, 2, 3 y 4 (fundidos en el nuevo 3) y 10 del actual Título VI CP (*Crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares*), respectivamente. El resto de los párrafos de este Título encuentra en este Anteproyecto una ubicación sistemática diferente (los §§2 bis y 12, se encuentran entre los delitos contra la administración de justicia; los §§ 5, 6 y 7 entre los contra el orden público económico; el § 8, entre los contra la seguridad interior del estado; los §§ 9, 14, 15 y 16, entre los de peligro común; y el § 11, entre los delitos contra la libertad y la seguridad personal), o carecen de contenido normativo (el § 13, relativo a la *vagancia y mendicidad*).

El primero de los párrafos propuestos para este nuevo Título de *Delitos contra el orden público* se refiere a los *Atentados, amenazas y violencias contra la autoridad*, recogiendo en parte las disposiciones del actual § 1 del Título VI Cp (*Atentados y desacatos contra la autoridad*), del art. 5° de la Ley de Seguridad del Estado y de los arts. 416ss CJM sobre maltrato de obra a Carabineros en servicio. El articulado propuesto elimina toda referencia a las injurias y a la expresión “desacato” por su vinculación a las mismas, destacando –en la forma de una agravación importante– el mayor desvalor que tiene el ejercer amenazas, violencias o atentados contra la autoridad, respecto de similares hechos cometidos contra particulares. Además, extiende la protección penal a las principales autoridades consagradas constitucionalmente, dejando de lado la criticada asimilación entre autoridad y poder ejecutivo, que parece predominar en la legislación actual<sup>382</sup>, aunque, por requerirlo la

---

<sup>379</sup> Cuando la regulación no se plantea en este plano de especificidad, tienden a surgir dificultades prácticas y teóricas de difícil solución, como puede verse en el texto de Kai Ambos/ Ezequiel Malarino 2003 (eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*, Montevideo 2003, *passim*.

<sup>380</sup> La necesidad de esta racionalización normativa *dentro del Código penal* ya había sido anticipada, en uno de los escasos textos específicamente referidos a esta materia, por Felipe González / Jorge Mera / Juan Enrique Vargas: *Protección democrática de la Seguridad del Estado*, Santiago 1991, p. 228s.

<sup>381</sup> Entre ellas, se cuentan las de los N°s 1, 2, 11 del art. 494, N°s 4, 8, 13, 19 y 20 del art. 495 y N°s 7, 9, 13, 15, 16, 18, 21, 24, 27, 37 y 38 del art. 496.

<sup>382</sup> Cfr. González / Mera / Vargas, op. cit., p. 231.

protección del orden democrático, se ha entendido necesario mantener una regulación que agrave aún más la pena de quienes atenten, amenacen o violenten al personal de Carabineros e Investigaciones, encargados en primera línea del mantenimiento del orden público y de hacer cumplir las leyes. En el párrafo segundo se regulan los *desórdenes públicos*, sistematizándose aquí junto a los vigentes arts. 264, 265, 268 a 269 Cp algunas disposiciones de leyes especiales que regulaban similares situaciones (buena parte del art. 6° de la Ley 12.297 sobre Seguridad del Estado) o desórdenes muy específicos como los ocasionados con falsas noticias de accidentes nucleares (Art. 44 Ley 18.302, Sobre Seguridad Nuclear), en zonas de catástrofe natural (Art. 5o. Ley 16.282, fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes), o con motivo de la celebración de un espectáculo de fútbol profesional (Art. 6° Ley 19.327 Fija Normas Para La Prevención De Hechos De Violencia En Recintos Deportivos Con Ocasión De Espectáculos De Fútbol Profesional), cuyo castigo parece justificar la elevación a simple delito de ciertas faltas que comprenden de manera general esta clase de espectáculos (arts. 494 N° 1 y 2; 495 N° 1, 2 y 8 CP y 496 N° 25 y 26). También se incorpora a este párrafo el nuevo art. 288 bis, pues aunque se refiere a ciertas armas, no son de las que se encuentran prohibidas, y las circunstancias que allí se señalan acerca más este delito a un “peligro de desorden público” más que a un atentado contra la “seguridad interior del estado”, donde se regulan en esta propuesta las armas prohibidas. En el tercero, se funden en uno sólo las disposiciones referidas a los *embarazos puestos a la ejecución de trabajos públicos y roturas de sellos*, incorporando algunas disposiciones aisladas de leyes especiales (Código Tributario, Ley de Bebidas alcohólicas y Vinagres, de Ferrocarriles, Servicios de Gas, Correos y Telégrafos, Servicios Eléctricos y Telecomunicaciones) a las generales de los actuales arts. 269 inc. segundo, 270 a 272 y 333 y 334 CP. En el cuarto –único que no tiene correlato en el actual Título VI del Libro II CP–, se recogen las normas pertinentes de los delitos relativos a la inmigración ilegal, actualmente castigados en el DL 1.094 de 1975. Finalmente, en el párrafo quinto del Título propuesto, se recogen las normas relativas a las *asociaciones ilícitas*, con las únicas novedades de destacar que también se castiga al *financista* de tales entidades, recoger la agravación que para el caso de tratarse de asociaciones que tengan por objeto el tráfico ilícito de estupefacientes dispone la actual ley especial vigente en la materia, e incorporar, como regla general para toda asociación ilícita, la posibilidad de recurrir a la atenuante de *cooperación eficaz*, cuando ya no es posible alegar la eximente general contemplada en el actual art. 295 CP.

En cuanto al Título relativo a los *Delitos contra la Seguridad Interior del Estado*, en su primer párrafo, relativo a los *alzamientos y otros delitos contra el orden constitucional de la República*, a la regulación vigente del actual Título I CP, se agregan las disposiciones especiales de los arts. 4° y 5° de la Ley sobre Seguridad del Estado, con la sola excepción de las letras f) y g) del art. 4°, que parece encubrir un delito de opinión y no un atentado contra la seguridad del estado que merezca las graves penas que se disponen al respecto. A continuación, se incorpora un párrafo relativo a los *delitos terroristas*, que recoge la regulación de la actual ley N° 18.314, con la sola salvedad de adecuar las penas a la proporcionalidad del Anteproyecto, y de fusionar en la regulación algunas disposiciones de la Ley de Seguridad del Estado (el homicidio y secuestro político, principalmente) y de la de Seguridad Nuclear (la amenaza de daño nuclear) que aparecían como redundantes. Finalmente, se incorporan al título dos párrafos recogidos principalmente de la actual Ley N° 17.798 sobre Control de Armas, cuyo art. 25 los calificad de atentatorios contra la

Seguridad del Estado, “para todos los efectos legales”, a saber, propiamente los *delitos relativos a las armas prohibidas* (donde también se incorporan el actual art. 288 y el art. 6 letras g) y h) de la Ley sobre Seguridad del Estado); y los de *formación de bandas armadas*, párrafo en el que se incorpora el delito de entrenamiento irregular en artes marciales del art. Art. 5o. Ley 18.356 Establece Normas Sobre Control De Las Artes Marciales. En ambos párrafos se mantienen las remisiones legales de los actuales arts. 9ss de la Ley N° 17.798, y sólo se realizan adecuaciones formales a la penas previstas, junto con una generalización de la regla que permite atenuar la pena, sobreseer o absolver en los delitos relativos a la tenencia, fabricación y porte de armas prohibidas, cuando no estén destinadas a la comisión de delitos.

Finalmente, el Título final propuesto en esta Unidad, sobre *Delitos contra la Seguridad Exterior y Soberanía del Estado*, recoge prácticamente al pie de la letra las disposiciones del actual Título I del Libro II CP, adecuando formalmente las penas a la proporcionalidad del Anteproyecto, y agregando únicamente algunas normas aisladas que, contempladas en leyes especiales, parecen complementar las disposiciones del Código vigente, a saber, la del Art. 1° Ley N° 5.478, que establece las penas que sufrirá un chileno que, dentro del país o en el exterior, prestare servicios de orden militar a un estado extranjero que se encuentre comprometido en una guerra respecto de la cual Chile se hubiera declarado neutral; las letras b) a f) del art. 1° de la Ley 12.927 Sobre Seguridad del Estado (la letra a) de esta disposición no se incluye en la propuesta, por contener un delito de opinión encubierto); el art. 118 del Código de Minería, que castiga la alteración de hitos del Estado y el Art. 8° DL 1.939/1977, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, que sanciona la transferencia a extranjeros de países vecinos de bienes fiscales en zonas declaradas fronterizas.

“Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial”.  
*Polít. crim.* n° 1, D3, p. 1-269.

**Unidad 9. Delitos económicos (contra otros intereses patrimoniales)**

## 1. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA:

### 1. Generalidades

Siguiendo con una de las ideas matrices del Foro, como es reagrupar sistemáticamente la mayor parte posible de las disposiciones penales vigentes en nuestro ordenamiento, con las mejorías y complementos que parezcan necesarios, en esta Unidad se pretende articular el llamado *Derecho Penal Económico* chileno<sup>383</sup>. Deliberadamente no se ha querido incurrir en el arduo debate sobre la denominación más adecuada para este conjunto de disposiciones punitivas, en el convencimiento de tratarse con ello de cuestiones más propias de la especulación académica que de la labor ordenadora del legislador<sup>384</sup>. Del mismo modo y por las mismas razones, no se prejuzga sobre el *carácter individual o supraindividual de la protección penal* en estas materias<sup>385</sup>, sin contar con que todo indica que se trata de una cuestión que será resuelta de manera diversa respecto de distintas figuras delictivas. Lo que parece indudable es que se trata de una protección penal que, no obstante situarse más allá de los límites clásicos de la protección de la propiedad y el patrimonio, sí versa sobre *otros intereses económicos* de la mayor importancia para el desenvolvimiento individual y colectivo de la actividad económica. Por lo mismo se propone, sin perjuicio de seguirse la numeración del articulado que corresponde a la presente etapa de trabajo del Foro, que

---

<sup>383</sup> Al respecto, prescindiendo de artículos o libros sobre materias específicas, *Novoa*, Eduardo: La legislación penal en materia económica, en: *AA. VV.*: La nueva legislación y el desarrollo económico de Chile, Universidad Católica de Chile, Santiago 1962, p. 151 y ss.; *Cury*, Enrique: El decreto-ley N° 280 sobre delito económico, RChD Vol. I (1974), 650 y ss.; *Llanos*, Hugo: El decreto-ley N° 280, sobre delito económico, RChD Vol. I (1974), 100 y ss.; *Novoa*, Eduardo: Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico, ADPCP 1982, 57 y ss.; *Bosselin*, Hernán / *Briones*, Ramón: Delito económico: dos ensayos, ICHEH, Santiago 1987; *Soto*, Miguel: Presupuestos para la determinación de la objetividad jurídica de los llamados delitos económicos, Derecho y Sociedad N° 1 (1988), 56 y ss.; *Bustos*, Juan: Perspectivas actuales del derecho penal económico, Gaceta Jurídica 132, 7 y ss.; *Avilés Hernández*, Víctor: Orden público económico y derecho penal, ConoSur, Santiago 1998; *Ortiz*, Luis: Delincuencia económica, en: *AA. VV.*: Problemas actuales de derecho penal, Universidad Católica de Temuco, Temuco 2003, p. 191 y ss.; *Guerrero*, Jorge: Concepto y características del derecho penal económico, Revista Entheos, año 2, Vol. 1 (2004), 13 y ss.; *Hernández*, Héctor: Perspectivas del derecho penal económico en Chile, Persona y Sociedad, Vol. XIX N° 1 (2005), 101 y ss. En perspectiva criminológica *González Berendique*, Marco Aurelio: Criminalidad económica: el delito como negocio, Ediar – ConoSur, Santiago 1989. Véanse, además, Actas del Segundo Congreso Latino Americano de Criminología, Santiago 1941, T. II, p. 7 y ss., Actas de las Quintas Jornadas de Ciencias Penales (17 a 20 de octubre de 1962) sobre “El delito económico”, RCP T. XXI N° 1 (1962), Actas del Segundo Encuentro de Profesores de Derecho Penal sobre “Aspectos penales del cheque”, RCP T. XXXVII N° 1 (1978-1981).

<sup>384</sup> Escéptico aun desde perspectiva académica *Hernández*, cit., 134.

<sup>385</sup> Cfr. para los orígenes de la polémica *Tiedemann*, Klaus: Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1969, p. 119 y ss.; últimamente *Hefendehl*, Roland: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 2002, *passim*.

estas disposiciones se sitúan a continuación del título referido a los delitos contra la propiedad y el patrimonio.

En cuanto al contenido de la unidad, ha parecido obligado, primero, hacerse cargo de las parcelas del ordenamiento penal económico cuya presencia resulta indiscutida, como son las de la propiedad intelectual e industrial, las insolvencias punibles y otros delitos de los deudores, la usura, el derecho penal fiscal (tributario y aduanero), la protección penal del sistema financiero (Ley de Mercado de Valores, Ley General de Bancos, etc.). Como materias a discutir especialmente se cuentan la situación de las conductas contra la libre competencia, recientemente descriminalizadas, la conveniencia de incorporar figuras penales de competencia desleal, de protección al consumidor, así como de un verdadero derecho penal societario.

La materia se abordará de la siguiente manera:

- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial
- Delitos contra el patrimonio fiscal
- Insolvencias punibles y otros delitos de los deudores
- Usura y otros delitos de los acreedores
- Protección penal del sistema financiero
- Otros

En materia de *propiedad intelectual e industrial*, reguladas en la actualidad en las Leyes N° 17.336, de 2 de octubre de 1970, y 19.039, de 25 de enero de 1991, respectivamente, se asume como punto de partida fundamental las valoraciones de la legislación vigente, procurando sólo corregir defectos técnicos y adecuar las disposiciones penales a los principios generales desarrollados a lo largo del anteproyecto.

En materia de *propiedad intelectual*, tal como hace la legislación vigente, se abordan tres materias fundamentales:

En cuanto a la *utilización no autorizada* de obras de dominio ajeno (actualmente en los arts. 79 a), 79 b) y 80 b) de la Ley N° 17.366<sup>386</sup>), se procura unificarlas y hacerlas más inteligibles, especialmente a través de la explicitación de las conductas que hoy sólo se obtienen a partir de la consideración conjunta de los detallados arts. 18 y 66 de la ley, a la vez que clausurando el vacío actual respecto de la comercialización de libros y algunos

---

<sup>386</sup> El art. 79 a) sanciona a “los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen obras de dominio ajeno protegidas por esta Ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el art. 18”; el art. 79 b) sanciona a “los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II de esta Ley”; y el art. 80 b), sanciona a “los que, en contravención a las disposiciones de esta Ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassetes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales”.



otros productos<sup>387</sup> provenientes de la utilización no autorizada, pero por parte de quienes no han incurrido en aquella conducta. Se propone, además, explicitar que las conductas típicas son las que trascienden al público, de modo que no alcanzan al exclusivo aprovechamiento privado de copias, como es normal en el derecho comparado<sup>388</sup> y como probablemente se entiende en Chile, pero sin que el texto legal lo asegure<sup>389</sup>, ya que el ánimo de lucro no es incompatible con la reproducción para tales fines. Ha parecido prudente, sin embargo, hacer una excepción para los casos en que se vulneran especiales dispositivos de seguridad del producto. Adicionalmente, la propuesta se hace cargo del acceso indebido a obras protegidas a las que se accede por medios informáticos contra pago de una remuneración. En este contexto, como en otros, la propuesta no hace más que adaptar la regulación de la protección a un nuevo contexto tecnológico en el cual se ha alterado la idea del “ejemplar” de una obra (no hay ejemplares sino una obra común a la que se puede acceder limitadamente mediante pago, con lo que se genera para quienes han pagado una situación de disponibilidad equivalente a la del dueño de un ejemplar). Como es evidente, el acceso no autorizado es valorativamente equivalente a la copia de un ejemplar, pero en cuanto el “acceso prohibido” no constituye una de las formas de utilización prohibida del art. 18 de la ley, no sería posible, al menos para efectos penales, apreciar aquí una infracción a la ley sin caer en analogía proscrita en materia penal. Es posible que la conducta esté cubierta por las disposiciones aprobadas sobre acceso indebido a servicios, pero la dimensión del derecho de autor no se encuentra cubierta por tales disposiciones. Asimismo, el mayor reproche envuelto en el empleo de artificios de elusión de los dispositivos de seguridad del sistema parecen justificar que se sancione aun en caso de mero aprovechamiento personal<sup>390</sup>.

En cuanto a las *defraudaciones en materia de remuneraciones*, se unifica el tratamiento, actualmente en los arts. 79 d), 79 e), y 80 a) de la ley<sup>391</sup>, prescindiendo de la tipificación de meros actos preparatorios y superando, además, diferencias inexplicables en el tratamiento de los mecanismos de control previstos para asegurar la remuneración de los titulares de los derechos protegidos. En efecto, si, por ejemplo, las planillas de ejecución no son más que

---

<sup>387</sup> Para “fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocasetes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales” existe norma en el art. 80 b).

<sup>388</sup> Así ocurre nítidamente en el derecho *español*, no tanto porque el art. 270 del Código Penal exija ánimo de lucro, sino que de acuerdo con las normas extrapenales de la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (arts. 31 inciso segundo, 25 y 99 a); también es la solución en el derecho *alemán* conforme el § 53 UhrG, si bien con excepción de los bancos de datos a los que se accede por medios electrónicos (Abs. 5) y de programas computacionales (§ 69 c); crítico sobre esto último desde un punto de vista político-criminal, por poco realista e incontrolable, Müller-Gugenberger, Christian, en *El mismo* (editor): *Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl., Aschendorff, Münster 1992, § 45 Rdn. 95.

<sup>389</sup> Lo destaca críticamente, *Etcheberry*, Alfredo: Aspectos penales en materia de derechos de autor: Ilícitos penales en la legislación chilena, p. 516.

<sup>390</sup> Así también el § 53 Abs. 5 UhrG alemán.

<sup>391</sup> El art. 79 d) sanciona a “los que, obligados al pago de retribución de derecho de autor o conexos derivados de la ejecución de obras musicales, omitieren la confección de las planillas de ejecución correspondiente”; el art. 79 e) sanciona a “los que falsificaren o adulteraren una planilla de ejecución”; y el art. 80 a) sanciona a “los que falsearen el número de ejemplares vendidos efectivamente, en las rendiciones de cuentas a que se refiere el art. 50”.

un registro configurativo de una rendición de cuentas, no se entiende que la mera omisión de ese registro constituya delito en tanto que la omisión de toda rendición de cuentas en el marco de un contrato de edición sólo lleve aparejadas sanciones civiles. En materia de rendiciones de cuentas conforme el art. 50 de la ley resulta también curioso que sólo se considere delictiva aquélla que versa sobre “el número de ejemplares vendidos efectivamente”, en circunstancias que la defraudación puede perfectamente basarse en una falsa información sobre otros aspectos considerados por el art. 50, esto es, el “número de ejemplares impresos”, el “saldo existente en bodegas, librerías, depósito o en consignación, el número de ejemplares destruidos por caso fortuito o fuerza mayor y el monto de la participación pagada o debida al autor”<sup>392</sup>.

Por último, en cuanto a la *usurpación del derecho de autor o plagio*, que atiende primariamente al componente moral del derecho de autor, se propone una tipificación explícita en ese sentido (superando así las dudas sobre los alcances genéricos del art. 79 c) )<sup>393</sup>, asumiendo las dificultades interpretativas que, en todo caso, un tipo de esas características acarrea.

Adicionalmente, se han asumido las innovaciones legislativas recientes en materia de alteración de la llamada *información sobre gestión de derechos* en productos (art. 81 ter)<sup>394</sup>, que configuran un delito de peligro. No parece que el derecho penal pueda ir más allá de estos límites en tanto no se modifiquen sustancialmente los mecanismos extrapenales de protección de la propiedad intelectual de los que el derecho punitivo debe ser accesorio.

---

<sup>392</sup> También critica este aspecto *Etcheberry*, cit., p. 521 y s.

<sup>393</sup> El art. 79 c) sanciona “a los que falsifiquen obras protegidas por esta ley, sean literarias, artísticas o científicas, o las editen, reproduzcan o vendan ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto”. Cfr. *Etcheberry*, cit., p. 528.

<sup>394</sup> Debidas a la Ley N° 19.914, de 23 de octubre de 2003. Por información sobre la gestión de derechos se entiende la “información que identifica a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante, o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma”; la “información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretación o ejecución o fonograma”, y “(t)odo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma” (art. 81 quater). Conforme al art. 81 bis de la ley incurre en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, suprime o altera cualquier información sobre la gestión de derechos (letra a), distribuye o importa para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización (letra b) o distribuye, importa para su distribución, emite, comunica o pone a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la de gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización (letra c), en tanto que la norma penal del art. 81 ter dispone que “(e)l que realice cualquiera de las conductas descritas en los literales a), b) y/o c) del artículo anterior sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales”.

También le corresponde una función accesorio al derecho penal en materia de *propiedad industrial*, ámbito en el cual el propósito fundamental de la propuesta ha sido simplificar y depurar el material normativo disponible en el derecho vigente<sup>395</sup>, procurando reagrupar

---

<sup>395</sup> Las disposiciones pertinentes de la Ley N° 19.039, de , son las siguientes:

**Artículo 28.** Serán condenados a pagar una multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 unidades tributarias mensuales:

- a) Los que maliciosamente usaren una marca igual o semejante a otra ya inscrita en la misma clase del Clasificador vigente:
- b) Los que defraudaren haciendo uso de una marca registrada.
- c) Los que por cualquier medio de publicidad usaren o imitaran una marca registrada en la misma clase del Clasificador vigente, cometiendo defraudación.
- d) Los que usaren una marca no inscrita caducada o anulada, con las indicaciones correspondientes a una marca registrada.
- e) Los que hicieren uso de envases o embalajes que lleven una marca registrada que no les pertenece, sin que previamente ésta haya sido borrada, salvo el caso que el embalaje marcado se destine a envasar productos de una clase distinta de la que protege la marca.

Al que reincidiere dentro de los últimos cinco años en alguno de los delitos contemplados en este artículo, se le aplicará una multa que podrá hasta duplicar a la anterior.

**Artículo 52.** Será castigado con multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 unidades tributarias mensuales:

- a) El que defraudare a otro usando un objeto no patentado, utilizando en dichos objetos las indicaciones correspondientes a una patente de invención, o se valiere de otro engaño semejante.
- b) El que sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines de venta, un invento patentado.
- c) El que defraudare haciendo uso de un procedimiento patentado. Esta norma no se aplicará en caso que el uso del procedimiento patentado se haga con fines exclusivamente experimentales o docentes.
- d) El que cometiere defraudación imitando una invención patentada.
- e) El que maliciosamente imitare o hiciera uso de un invento con solicitud de patente en trámite, siempre que en definitiva la patente sea otorgada.

Las personas condenadas serán obligadas al pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño de la patente.

Los utensilios y los elementos usados en la comisión de cualquiera de los delitos mencionados en este artículo y los objetos producidos en forma ilegal caerán en comiso a beneficio del propietario de la patente.

Asimismo, el juez de la causa podrá disponer de inmediato su incautación sin perjuicio de la facultad de adoptar las medidas precautorias que procedan.

La reincidencia será sancionada con el doble de la multa señalada en el inciso primero.

**Artículo 61.** Será castigado con multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 unidades tributarias mensuales:

- a) El que defraudare a otro usando un objeto no patentado, utilizando en dichos objetos las indicaciones correspondientes a una patente de modelo de utilidad o se valiere de otro engaño semejante.
- b) El que sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines de venta, un modelo de utilidad patentado.
- c) El que cometiere defraudación imitando un modelo de utilidad patentado.
- d) El que maliciosamente imitare o hiciera uso de un modelo de utilidad con solicitud en trámite, siempre que en definitiva la patente sea otorgada.

Las personas condenadas serán obligadas al pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño de la patente.

Los utensilios y los elementos usados en la comisión de cualesquiera de los delitos mencionados en este artículo y los objetos producidos en forma ilegal caerán en comiso a beneficio del propietario de la patente.

Asimismo, el juez de la causa podrá disponer de inmediato su incautación sin perjuicio de la facultad de adoptar las medidas precautorias que procedan.

La reincidencia será sancionada con el doble de la multa señalada en el inciso primero.

**Artículo 67.** Será castigado con multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 unidades tributarias mensuales:

conductas equivalentes que hoy están artificialmente separadas en razón del diverso objeto sobre las que recaen. Respetando las distinciones necesarias que impone el tratamiento de objetos diferentes como son las marcas, las patentes de invención, las patentes de modelos de utilidad y los diseños industriales registrados, no ha parecido razonable mantener regulaciones separadas para cada uno de ellos, como ocurre actualmente con los arts. 28, 52, 61 y 67 de la Ley N° 19.039, sino que formular tipos comunes a partir de lo que son las propias valoraciones del derecho vigente. Así, por ejemplo, si el legislador ha querido sancionar la fabricación y comercialización no autorizada de inventos o modelos de utilidad patentados o de modelos industriales registrados, no requiere formular tres tipos distintos de casi idéntico tenor (arts. 52 b], 61 b] y 67 a]), sino que puede expresarlo sin dificultades en una sola disposición.

Por otro lado, respecto de unos mismos objetos, se ha procurado suprimir las formulaciones reiterativas y, en consecuencia, superfluas, que sólo prodigan dudas interpretativas. Así, por ejemplo, si se reprime el uso de una marca ya inscrita (art. 28 a]), no se aprecia porqué debe sancionarse separadamente - con igual pena - la defraudación usando dicha marca (art. 28 letra b]), ni se advierte la utilidad de explicitar un caso de la regla general como ocurre con el art. 28 e), pues desde luego “usan” la marca (el dolo al menos eventual parece indudable) los que “hicieren uso de envases o embalajes que lleven una marca registrada que no les pertenece, sin que previamente ésta haya sido borrada, salvo el caso que el embalaje marcado se destine a envasar productos de una clase distinta de la que protege la marca”. Asimismo, la relevancia de las conductas de *imitación* – probablemente tanto o más importantes que la del uso grosero de los objetos protegidos, se puede expresar cumplidamente con frases sencillas y directas.

Por razones de claridad, se han suprimido todas las referencias a la “defraudación” en esta materia. Si la ley vigente prevé la misma pena para esos casos y para otros donde ese elemento no es exigido, no se advierte la utilidad de su consideración. Yendo al fondo del asunto, puede decirse además que la “defraudación” propia de estos delitos es el perjuicio que se ocasiona a los titulares de la protección legal, la que está implícita en los atentados contra las prerrogativas de exclusividad o remuneración que la ley prevé, de suerte que su mención expresa no es necesaria y sólo se puede esperar que sea factor de incertidumbre hermenéutica. Por otro lado, si se está hablando de otra forma de defraudación, por ejemplo, por la vía del engaño, para ello debería ser suficiente el instrumentalario – más

---

a) El que sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines comerciales, un diseño industrial registrado.

b) El que maliciosamente imitare un diseño industrial registrado.

c) El que maliciosamente imitare o hiciere uso de un diseño industrial con solicitud en trámite, siempre que en definitiva se otorgue el privilegio.

Las personas condenadas serán obligadas al pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño del privilegio.

Los utensilios y los elementos usados en la comisión de cualesquiera de los delitos mencionados en este artículo y los objetos producidos en forma ilegal caerán en comiso a beneficio del propietario del privilegio.

Asimismo el juez de la causa podrá disponer de inmediato su incautación, sin perjuicio de la facultad de adoptar las medidas precautorias que procedan.

La reincidencia será sancionada con el doble de la multa señalada en el inciso primero.

severo, por lo demás – de los delitos patrimoniales de aplicación general. Se ha mantenido, sin embargo, la figura de peligro consistente en la atribución falsa de protección legal<sup>396</sup>.

En *materia subjetiva*, conforme a los criterios dominantes del Anteproyecto, se ha renunciado a las exigencias especiales en materia de dolo. Del mismo modo, se ha prescindido – por superfluas – de las referencias a la responsabilidad civil, a la incautación de objetos – que debería ser, sin embargo, junto con otros mecanismos de protección, materia de especial preocupación de la legislación extrapenal – y al comiso. Respecto de este último, el sentido de una mención expresa radica en establecerlo a favor del ofendido, como hace la ley vigente, lo que quiebra, sin embargo, los principios del derecho penal estatal. Con todo, es un tema que cabe debatir en el seno del Foro. En concordancia con los principios adoptados por el Foro, se suprime la referencia a la reincidencia, sin perjuicio de considerar un aumento de pena para casos especialmente graves.

---

<sup>396</sup> Sin perjuicio de la necesaria prescindencia de otras figuras de contenido equivalente, como ocurre hoy con el art. 190 del Código Penal.