75

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Derecho penal para la labor jurisdiccional: aspectos esenciales de la parte especial

Javier Escobar Veas

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

2024

Javier Escobar Veas

Abogado y magíster en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales y doctor en Derecho por la Università Luigi Bocconi (Italia). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Austral de Chile. Ha sido investigador visitante en la Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Barcelona y en el Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law. Correo electrónico jiescobarveas@gmail.com. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9266-0396.

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

Derecho penal: aspectos esenciales de la parte especial para la labor jurisdiccional

MATERIALES DOCENTES 75

© Javier Escobar Veas, por los textos, 2024

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2024

Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: DER Ediciones | derediciones.com

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este material docente, elaborado a solicitud de la Academia Judicial, pretende entregar una síntesis actualizada de la parte especial del derecho penal chileno, abordando los principales desafíos teóricos y prácticos que actualmente se enfrentan en el ejercicio cotidiano de la labor jurisdiccional.

Los temas incluidos refieren a delitos en contra de la vida, con especial referencia a las nuevas figuras que se han incorporado en los últimos años; los delitos en contra de la integridad física, incluyendo los delitos de maltrato habitual y no pago reiterado de pensión alimenticia; los delitos en contra de la libertad e indemnidad sexual, en particular, los ilícitos de violación, estupro, abusos sexuales, pornografía infanto-juvenil y acoso sexual; delitos en contra de la propiedad; delitos de estafa y otras defraudaciones; y delitos en contra de la función pública.

Resulta relevante mencionar, como último punto, que este documento fue finalizado a principios de 2024, con lo cual la revisión legal y jurisprudencial abarca únicamente hasta dicho periodo.

Contenido

6 CAPÍTULO 1
Delitos contra la vida
6 Introducción
7 Homicidio simple
16 Homicidio calificado
30 Parricidio
38 Femicidio
53 Infanticidio
55 Inducción y auxilio al suicidio

61 CAPÍTULO 2
Delitos contra la integridad física
61 Introducción
61 Mutilaciones
64 Lesiones
75 Circunstancia agravante especial aplicable a los delitos de mutilaciones y lesiones
76 Delitos de maltrato habitual y no pago reiterado de pensión alimenticia

80 CAPÍTULO 3
Delitos contra la libertad e indemnidad sexual
80 Introducción
83 Violación en contra de persona mayor de 14 años
99 Violación en contra de persona menor de 14 años
100 Violación con homicidio o femicidio
112 Estupro
119 Abusos sexuales (artículos 365 bis a 366 ter)
127 Pornografía infanto-juvenil
140 Exposición de niños, niñas y adolescentes a actos de significación sexual
144 Acoso sexual y ofensa grave a las buenas costumbres

152 CAPÍTULO 4
Delitos contra la propiedad
152 Introducción
152 Hurto
166 Robo con fuerza en las cosas
184 Fabricación, distribución o posesión de instrumentos destinados conocidamente para cometer el delito de robo
187 Robo con violencia o intimidación
197 Robo por sorpresa
200 Extorsión
203 Disposiciones comunes a los delitos de hurto y robo (artículos 449, 450 y 453)
208 Receptación

213 CAPÍTULO 5
Delitos de estafa y otras defraudaciones
213 Introducción
218 Estafa
236 Administración desleal
242 Apropiación indebida

248 CAPÍTULO 6
Delitos contra la función pública
248 Malversación o peculado
256 Distracción de caudales o efectos públicos
259 Aplicación pública diferente
260 Disposición general del artículo 238
261 Fraude al fisco
264 Cohecho

272 *Bibliografía*

293 *Anexo*

Capítulo 1

Delitos contra la vida

Introducción

El bien jurídico protegido por los diversos tipos de homicidio es la vida humana independiente. Por esta razón, la víctima de los delitos de homicidio debe ser una persona con individualidad propia y que se encuentre todavía viva al momento en que se realiza la conducta típica.

Por una parte, para efectos de los delitos de homicidio, el inicio de la vida humana independiente se encuentra delimitado por el nacimiento, momento que se produce cuando la persona ha sido expulsada del vientre materno y presenta signos vitales propios.[1] El nacimiento marca la frontera entre los delitos de homicidio y de aborto, estos últimos previstos en los artículos 341 y siguientes del Código Penal,

Por otra parte, la muerte constituye el extremo final de la protección de la vida humana independiente a través de los delitos de homicidio. Tradicionalmente, se sostenía que la muerte se produce en el momento en que cesan las funciones vitales fundamentales, incluyendo la circulación sanguínea, la respiración y los reflejos, diagnóstico que se denomina «muerte clínica».[2] Con todo, el desarrollo de la medicina moderna y el surgimiento de nuevas tecnologías llevó al legislador a incorporar, en el artículo 11 de la Ley 19.451, el concepto de muerte encefálica, la cual se produce cuando se constata la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas. Actualmente, la mayoría de la doctrina propone recurrir al concepto de muerte encefálica para los efectos de determinar el fin de la vida humana independiente.[3] Esta misma postura adoptó el Tribunal Constitucional en sentencia rol 220-1995.[4]

1 Ossandón (2022), pp. 39 y 40; Etcheberry (1998b), p. 34; Balmaceda (2021), p. 22.

2 Garrido (2010), pp. 30 y 31.

3 Balmaceda (2021), p. 23; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 28.

4 Tribunal Constitucional de Chile, rol 220-1995, considerando décimo quinto: "Que examinados los informes científicos antes señalados y los indicados en lo ex-

Conforme a la legislación chilena, la vida es, por regla general, un bien jurídico indisponible. Por consiguiente, si una persona consiente en que otra ponga fin a su vida, ello no obstará a que la persona responsable sea igualmente sancionada a título de homicidio, pues es irrelevante que la víctima haya consentido en el hecho.[5]

En este capítulo se analizarán los principales delitos contra la vida previstos en el Título VIII del Libro II del Código Penal: homicidio simple, homicidio calificado, parricidio, infanticidio, femicidio, inducción al suicidio y auxilio al suicidio.

Los delitos de homicidio son tipos penales de resultado, toda vez que la ley exige, para su consumación, que se produzca la muerte de la víctima; que exista una relación de causalidad entre la conducta de la persona responsable y la muerte de la víctima, y que ésta sea imputable objetivamente a la primera.[6] Si no se produjere la muerte de la víctima, o faltare la relación de causalidad o la imputación objetiva, la persona responsable deberá ser sancionada a título de homicidio tentado o frustrado, según corresponda.

Homicidio simple

El artículo 391 número 2 del Código Penal sanciona el delito de homicidio simple con la pena de presidio mayor en sus grados medio a máximo.

La doctrina chilena suele definirlo como matar a otro sin que concurran las condiciones especiales constitutivas del parricidio, femicidio, homicidio calificado o infanticidio.[7] Desde esta perspectiva, el delito de homicidio simple sería una figura residual, cuya identidad se construiría por exclusión de las demás figuras delictivas de homicidio.

Esta definición pierde de vista, sin embargo, que lo que en realidad desplaza la aplicación del delito de homicidio simple no que se cumplan las condiciones especiales de alguna otra figura de homicidio, sino que el imputado, sobre la base de la misma muerte, sea efectivamente condenado por alguna de las figuras especiales. En efecto, conforme a

positivo se llega a la conclusión de que la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas constituye la muerte real, definitiva, unívoca e inequívoca del ser humano".

5 Garrido (2010), p. 25.

6 Garrido (2010), pp. 39-43; Balmaceda (2021), p. 27.

7 Garrido (2010), p. 24; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 25.

la moderna forma de entender el concurso aparente de delitos, lo que desplaza la aplicación de un tipo penal, en un caso de concurso aparente, es la efectiva aplicación de un tipo penal preferente. De esta forma, cuando no sea posible aplicar el tipo penal preferente, porque por ejemplo la imputada desconoce la relación familiar que lo liga a la víctima, dicha imputada deberá ser condenada por homicidio simple. Lo mismo ocurre cuando el autor de la muerte es condenado por parricidio, pero su cómplice lo es por homicidio simple, al no contar con el vínculo familiar que funda la aplicación del primer delito respecto del autor. En ambos casos, la opinión dominante afirma que la persona que yerra y el cómplice serán condenados por homicidio simple.

Por estas razones, pareciera aconsejable concebir el delito de homicidio simple como una figura básica, consistente simplemente en «matar a otro», frente al resto de las hipótesis de homicidio que, por las particulares circunstancias que las constituyen, han de concebirse como especies de este.[8]

Faz objetiva del tipo penal

La faz objetiva del delito de homicidio simple no contiene elementos específicos.

Los sujetos activo y pasivo del delito de homicidio simple pueden ser cualquier persona, siendo indiferente su identidad.[9]

La conducta prohibida consiste en matar a otra persona, lo cual puede realizarse a través de cualquier medio disponible,[10] a diferencia de lo que ocurre con el delito de homicidio calificado, que, según se estudiará más adelante, exige formas específicas de comisión.

Faz subjetiva del tipo penal

En términos generales, el dolo homicida consiste en el conocimiento de la aptitud de la conducta desplegada para conducir causalmente a la muerte de otra persona o no evitarla, según se trate de una acción o una omisión, sumado a la intención de que la muerte de la víctima se produzca.

8 Matus y Ramírez (2021), p. 38.
9 Garrido (2010), pp. 38 y 39.
10 Labatut (2007), p. 159.

El delito de homicidio simple puede ser cometido con dolo directo, dolo de las consecuencias seguras y dolo eventual.[11]

Homicidio preterintencional

En términos generales, actúa preterintencionalmente quien, con ocasión de ejecutar dolosamente una acción típica, causa imprudentemente un resultado típico más grave.[12]

La expresión «homicidio preterintencional» hace referencia a aquellos casos en que una persona, con dolo de lesionar, agrede a otra persona, causando, sin embargo, la muerte de esta, resultado que es imputable a la conducta del agresor a título de imprudencia.[13] Si esta última exigencia subjetiva no concurriere, la muerte constituiría un caso fortuito, no imputable penalmente al autor de la agresión.[14]

En palabras de la Corte Suprema, «los requisitos del homicidio preterintencional están constituidos, en primer término por la acción dolosa dirigida a lesionar corporalmente a la víctima y, en segundo lugar, por la ausencia de dolo de matar, no únicamente dolo directo, sino también dolo eventual, es decir, no solo que no haya querido el agente provocar la muerte, sino tampoco que, habiéndose representado ese resultado como un evento probable, lo haya ratificado, haya asentido o aceptado su concurrencia».[15]

Así, por ejemplo, existiría un homicidio preterintencional en el caso de una persona que golpea a otra únicamente con la intención de causarle lesiones menos graves (artículo 399), pero, producto del golpe, la víctima cae al suelo y se golpea la cabeza contra un objeto sólido, impacto que le provoca la muerte, un curso causal que era previsible para el autor.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, la legislación chilena no contempla una disposición que regule los casos de preterintencionalidad.[16] Por esta razón, tanto la jurisprudencia como la doctrina solucionan los casos de preterintencionalidad recurriendo a las normas

11 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 37.
12 Cury (2011), p. 349.
13 Garrido (2010), p. 50.
14 Ossandón (2022), p. 72.
15 Corte Suprema de Chile, rol 1700-2005, considerando noveno.
16 Cury (2011), p. 350.

generales, en particular, a la regulación del concurso ideal: dado que en estos supuestos se está frente a un hecho que produce dos delitos distintos –uno doloso y otro imprudente–, se propone aplicar lo dispuesto en el artículo 75, aplicando la pena mayor asignada al delito más grave. Así, en el caso del homicidio preterintencional descrito en el párrafo anterior, la persona responsable debiera ser condenada por un delito de lesiones menos graves del artículo 399 en concurso ideal con un delito de homicidio imprudente.[17]

Dolo de Weber o dolus generalis

La expresión «dolo de Weber» o «dolus generalis» se utiliza para hacer referencia a casos en que una persona, con la intención de producir un resultado típico, realiza una conducta encaminada a dicho fin y cree erróneamente haberlo conseguido, para luego realizar otra conducta dirigida a un fin distinto, sin advertir que, en realidad, es esta última acción la que alcanza el objetivo primitivamente perseguido.[18] Así ocurre, por ejemplo, en el caso en que una persona, con dolo homicida, golpea a otra en la cabeza con un garrote y luego, creyendo erróneamente que la víctima ya está muerta, en circunstancias en que se encuentra solamente inconsciente, a fin de ocultar la comisión del delito lanza el cuerpo a un río, donde la víctima fallece finalmente ahogada.[19]

La doctrina mayoritaria estima que en estos casos se debería apreciar un delito de homicidio no consumado en concurso real con un delito de homicidio imprudente.[20] Se argumenta que el resultado producido por la segunda acción no puede ser imputado a título de dolo, pues el único riesgo que la persona responsable creó dolosamente fue el del primer momento (el golpe con el garrote), en circunstancias en que el resultado típico (la muerte de la víctima) se produjo por una conducta ejecutada sin dolo (arrojar el cuerpo de la víctima, que el autor creía ya muerta, a un río). Hay, por lo tanto, dos acciones claramente diferenciables: una primera conducta ejecutada con dolo homicida que no causa el resulta-

17 Corte Suprema de Chile, rol 1700-2005, considerando segundo (sentencia de reemplazo); Cury (2011), p. 350; Ossandón (2022), p. 72; Garrido Montt (2010), pp. 50 y 51.

18 Cury (2011), pp. 314 y 315; Navas (2022), p. 149.

19 El ejemplo fue tomado de Roxin (1997), p. 498.

20 Cury (2011), pp. 314 y 315.

do (agresión con el garrote), y una segunda conducta ejecutada sin dolo, pero de manera imprudente, destinada a ocultar la comisión del delito (arrojar el cuerpo de la víctima a un río).[21]

Tentativa de homicidio con dolo eventual

El problema de la punibilidad de la tentativa con dolo eventual no se encuentra limitado a los delitos contra la vida. Sin embargo, dado que los tribunales han abordado usualmente este problema a propósito de casos de homicidio, este suele ser analizado en el contexto de estos delitos.

Considérese el siguiente caso: una persona dispara varias veces en contra de A, quien se encuentra al lado de B y C, no consiguiendo impactar a ninguno de ellos. Respecto de A, la persona responsable actuó con dolo directo, mientras que, con relación a B y C, se podría razonablemente estimar que la persona actuó con dolo eventual. ¿Podría ser condenada esta persona por un delito de homicidio tentado cometido con dolo directo, en concurso con dos delitos de homicidio tentado cometidos con dolo eventual?

Otro ejemplo: «Un autor de violación realiza una maniobra de estrangulamiento que pone gravemente en peligro la vida de la víctima. La maniobra la ejecuta para quebrantar su resistencia a la violación. El autor se representa como probable un desenlace fatal (y lo acepta, si se quiere, subordinando ese peligro a su propósito carnal). Con independencia de la concreta situación de parte especial, ¿ha de negarse una tentativa de homicidio en la especie, argumentándose el carácter no (directamente) intencional de aquella 'tentativa'?».[22]

Una parte de la doctrina estima que la punibilidad de la tentativa requiere que la persona haya actuado con dolo directo, rechazando, por consiguiente, que se pueda sancionar a una persona por un delito tentado cometido con dolo eventual. Se argumenta que la tentativa exigiría, por definición, «una búsqueda del hecho típico, cuya realización es puesta por el autor como el objetivo directo de su actividad», lo cual sería incompatible con el dolo eventual. Esta conclusión estaría respaldada, además, por el texto del artículo 7 del Código Penal, que exige que se haya dado principio a la ejecución del hecho delictivo mediante

21 Navas (2022), p. 149.
22 El ejemplo fue tomado de Londoño (2016), p. 98.

hechos directos, es decir, que los actos realizados estén orientados a la consumación del delito, y esta es una característica que solo puede otorgarles la concurrencia del dolo directo.[23]

Otro sector de la doctrina, mayoritario actualmente, sostiene la tesis contraria, señalando que el dolo eventual resultaría suficiente para sancionar una tentativa.[24] En lo principal, se argumenta que la calificación del estado de ejecución de un delito (tentado, frustrado o consumado) solamente puede ser realizada desde una perspectiva *ex post*, al conocerse ya el desenlace de los hechos. Por consiguiente, si el dolo eventual se considera suficiente para la imputación de un delito consumado, también debiese serlo para la imputación de un delito tentado o frustrado.[25]

En una primera etapa, la Corte Suprema adhirió a la primera postura. En sentencia rol 1719-2007 sostuvo que, «si la tentativa existe únicamente cuando el autor actúa con dolo de realizar el tipo delictivo previsto y la dirección de voluntad del hecho intentado coincide con la del hecho consumado […] y si este acto ejecutivo requiere del sujeto la firme resolución de cometer el delito en grado de consumación […], no parece sustentable identificar esta exigencia subjetiva también con el dolo eventual».[26]

La Corte Suprema reiteró esta postura en sentencia rol 19008-2017.[27] En dicha oportunidad, sostuvo que, «según constante jurisprudencia de esta Corte Suprema, apoyada en sólidas opiniones doctrinarias, el delito frustrado –estado de desarrollo alcanzado por el delito de femicidio según el fallo– requiere dolo directo en el agente, ya que esta etapa del *iter criminis* no se diferencia en nada –en el plano subjetivo– de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, solo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en

23 Etcheberry (1998a), pp. 64 y 65; Cury (2011), p. 526; Labatut (2005), p. 185.

24 Novoa (1961), pp. 14 y ss.; Garrido (2003), p. 269; Van Weezel (2023), pp. 309 y 310; Vargas (2013), pp. 294 y 295; Politoff (1999), pp. 158-164; Mañalich (2017), pp. 175-179; Mañalich y Olave (2021), pp. 174-182; Schürmann (2016), pp. 275 y 276.

25 En particular, ver Mañalich y Olave (2021), pp. 181 y 182.

26 Corte Suprema de Chile, rol 1719-2007, considerando quinto (sentencia de reemplazo). Misma postura adoptó la Corte de Apelaciones de Temuco en sentencia rol 706-2014, así como la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia rol 2512-2015.

27 Para un comentario crítico de esta sentencia, ver Mañalich (2017).

la frustración […]. Hasta ahora es opinión dominante en el pensamiento penal nacional, la que exige en las fases imperfectas de ejecución del delito, el dolo directo, excluyendo, por ende, el dolo eventual».[28]

La Corte Suprema abordó nuevamente el problema en cuestión en la sentencia rol 134189-2020.[29] En este caso, una persona disparó en múltiples ocasiones en contra de un grupo de personas que se encontraban protestando en la ciudad de Viña del Mar, sin provocar la muerte de ninguna de ellas. El tribunal de instancia condenó al imputado como autor de un delito de homicidio frustrado, un delito de homicidio tentado y un delito consumado de disparo injustificado de un arma de fuego.

Conociendo del recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado, la Corte Suprema lo acogió parcialmente, anulando la condena por los dos primeros delitos, al estimar que el tribunal de instancia había incurrido en una errónea aplicación del derecho cuando condenó al imputado por dos delitos no consumados cometidos con dolo eventual. Sobre el punto, la Corte Suprema sostuvo, una vez más, que, «según constante jurisprudencia de esta Corte Suprema, apoyada en sólidas opiniones doctrinarias, tanto el delito frustrado como la tentativa –grados de desarrollo alcanzados, según el fallo, por los ilícitos de homicidio atribuidos al acusado […]– requieren dolo directo en el agente, ya que la etapa de frustración del *iter criminis* no se diferencia en nada –en el plano subjetivo– de la tentativa, fase que, al exigir hechos directamente encaminados a la consumación, solo se realiza con dolo directo, esto es, con intención o propósito de lograr la consumación del ilícito, mismo requisito que debe concurrir en la frustración […]. Hasta ahora es opinión dominante en el pensamiento penal nacional, la que exige en las fases imperfectas de ejecución del delito, el dolo directo, excluyendo, por ende, el dolo eventual».[30]

La Corte Suprema modificó su postura en mayo de 2021, al dictar la sentencia rol 16945-2021. En este caso, funcionarios policiales le dispararon múltiples veces a un hombre que se encontraba al lado de otra persona y causaron la muerte de aquel. Entre otros ilícitos, los imputados fueron condenados por un delito de homicidio frustrado cometido en contra de la persona que se encontraba al lado de la víctima fallecida.

28 Corte Suprema de Chile, rol 19008-2017, considerando 54°.
29 Para un comentario crítico de esta sentencia, ver Mañalich y Olave (2021).
30 Corte Suprema de Chile, rol 134189-2021, considerando décimo octavo.

La Corte Suprema rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los condenados, aceptando, por primera vez, la posibilidad de sancionar, a título de tentativa o frustración, un delito de homicidio cometido con dolo eventual. Modificando la postura expuesta en sus anteriores sentencias, la Corte Suprema afirmó, en primer lugar, que «no parece difícil reconocer la relevancia típica de la tentativa con dolo eventual, pues en el dolo eventual el agente, aunque el resultado no sea seguro, ni querido de primera fila, también principia la ejecución del delito directamente, por hechos exteriores […]».[31] La clave para resolver el problema, razona el máximo tribunal, consiste en dilucidar cómo debe interpretarse la expresión «hechos directos», contenida en el artículo 7 del Código Penal. Al respecto, la Corte Suprema sostiene que dicha expresión debe entenderse como una exigencia de que la conducta realizada sea idónea para consumar el delito, y no como un requisito de dolo directo. Lo anterior permite entender, concluye la Corte Suprema, que «un grupo apreciable de penalistas chilenos […] consideren factible el dolo eventual en el delito con grado de desarrollo imperfecto, sea en general, sea en ciertos supuestos, uno de los cuales es indudablemente el del tipo básico del homicidio (artículo 391, número 2°, del Código Penal), que puede cometerse con todas las formas del dolo y muchas de culpa también […]».[32]

La Corte Suprema ha confirmado su nueva postura, en el sentido de aceptar la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, en tres sentencias posteriores, dictadas en noviembre de 2022,[33] y junio[34] y julio de 2023.[35]

Homicidio y uso de armas de fuego

De conformidad con el inciso primero del artículo 17 B de la Ley 17.798, sobre control de armas, «las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos seña-

31 Corte Suprema de Chile, rol 134189-2021, considerando 34°.
32 Corte Suprema de Chile, rol 134189-2021, considerando 34°. A la misma conclusión había arribado la Corte de Apelaciones de La Serena en sentencia rol 56-2011.
33 Corte Suprema de Chile, rol 40795-2022.
34 Corte Suprema de Chile, rol 138597-2022.
35 Corte Suprema de Chile, rol 106702-2023.

lados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal».

El artículo 17 B vino a resolver la antigua discusión acerca de la admisibilidad de la defensa de concurso medial y concurso aparente entre los delitos previstos en la Ley 17.798 y los delitos cometidos utilizando las armas y elementos prohibidos contemplados en este cuerpo normativo. Conforme al texto expreso del artículo citado, en tales casos corresponde la acumulación material de las penas de todos los delitos concurrentes, según lo dispuesto en el artículo 74.[36]

Se ha cuestionado la legitimidad de esta norma e incluso se han propuesto interpretaciones para evitar su aplicación, pero ellas no han sido acogidas por los tribunales. Así, por ejemplo, en un caso de homicidio cometido con un arma de fuego, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol 4978-2020, confirmó la condena del imputado por un delito de homicidio simple y otro delito de porte ilegal de arma de fuego. Sobre el argumento de la defensa, en el sentido de que el delito de porte de arma debía considerarse absorbido por el delito de homicidio, la Corte de Apelaciones sostuvo que, atendido lo dispuesto en el artículo 17 B de la Ley 17.798, la condena por el delito de porte de arma se ajustaba a derecho, pues la norma citada «excluye la posibilidad de aplicar criterios de subsunción o concursos mediales, como lo pretende la recurrente».[37]

Una discusión particular ha surgido a propósito de los casos en que una persona posee o porta un arma de fuego y, al mismo tiempo, posee o porta las municiones de dicha arma. En primer lugar, cabe aclarar que estos casos no están sujetos a lo dispuesto en el artículo 17 B, «porque el mismo se refiere a la sanción independiente de los delitos de la ley de armas que nos ocupan no entre sí, sino con respecto a delitos de lesión cometidos empleando aquellas armas o explosivos de que se trate».[38] ¿Cómo deberían ser resueltos este tipo de casos? Conforme a la Corte Suprema, allí donde una persona «tiene en su poder armas con sus municiones propias, lo que hay es exactamente el peligro que el legislador consideró, y por ende no hay un aumento de la antijuridicidad, sino la expresión de la única posible, para los tres casos: arma sin municiones,

36 Matus y Ramírez (2021), p. 58.

37 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4978-2020, considerando séptimo a noveno.

38 Corte Suprema de Chile, rol 16955-2021, considerando vigésimo cuarto.

municiones sin arma o arma con sus respectivas municiones».[39] Por esta razón, en los casos en que una persona posee o porta un arma con sus respectivas municiones, se deberá apreciar un concurso aparente entre los delitos de posesión o porte de arma y posesión o porte de municiones, correspondiendo condenar a la persona responsable únicamente por el primero de ellos.[40] Por el contrario, cuando las municiones no correspondan a aquellas del arma que se posee o porta (por ejemplo, si se portare una pistola y municiones de una escopeta), la persona responsable deberá ser condenada por dos delitos, uno de posesión o porte de arma y otro de posesión o porte de municiones.[41]

Homicidio calificado

La expresión «homicidio calificado» se utiliza para designar al delito contemplado en el artículo 391 número 1. Esta norma castiga con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo simple a quien mate a otra persona, siempre que concurra alguna de las cinco circunstancias que allí se señalan: alevosía, premio o promesa, por medio de veneno, ensañamiento y premeditación.

El homicidio calificado constituye una figura agravada de homicidio simple, pues comprende todos sus elementos más alguna de las circunstancias indicadas en el artículo 391 número 1. Por consiguiente, todos los asuntos planteados a propósito del homicidio simple se aplican también al homicidio calificado, a menos que expresamente se señale lo contrario.

Circunstancias calificantes

En esta sección se analizarán las distintas circunstancias calificantes de la figura de homicidio calificado.

Alevosía (artículo 391 número 1, circunstancia primera)

La primera circunstancia calificante es la alevosía, entendiéndose que ella concurre cuando el delito se comete «a traición o sobre seguro» (artículo 12 número 1).

39 Corte Suprema de Chile, rol 16955-2021, considerando vigésimo quinto.
40 Corte Suprema de Chile, rol 16955-2021, considerandos vigésimo sexto y vigésimo séptimo; rol 37058-2021, considerandos vigésimo primero y vigésimo segundo.
41 En este sentido, Corte Suprema de Chile, rol 3761-2018 y rol 8230-2022.

Obrar «a traición» importa el ocultamiento de las verdaderas intenciones del sujeto o el quebrantamiento de una relación de lealtad o confianza.[42] El autor se aprovecha, para la ejecución del delito, de la confianza que la víctima o una tercera persona han depositado en él o que se ha granjeado con ese objeto.[43] Desde esta perspectiva, la alevosía constituye un caso de abuso de confianza.[44]

En sentencia RIT 4-2024, el Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique condenó al imputado por un delito de homicidio calificado por alevosía, estimando que había actuado a traición. En este caso, el imputado se encontraba en su domicilio junto a tres personas en horas de la madrugada. El imputado le envió una serie de mensajes a la víctima, invitándola a su domicilio a beber alcohol. Esta aceptó, pero señaló no tener dinero para el taxi y el imputado ofreció pagarlo. Cuando la víctima llegó, el imputado salió a pagar el taxi, ingresando luego ambos al comedor, lugar en que el imputado inmediatamente atacó a la víctima con un arma cortante, apuñalándola cuatro veces y causando su muerte, un ataque motivado por rencillas anteriores.[45]

Respecto de la configuración de la alevosía, el tribunal sostuvo: «De esta manera, en horas de la madrugada del día 14 de marzo de 2023, le envió una serie de mensajes de audio para que […] se reuniera en su domicilio con el objeto de conversar y compartir alcohol, incluso cuando […] señala que no tenía dinero para el taxi, […] se comprometió a su pago. Que este tribunal estima que se encuentra acreditado la relación de confianza de la víctima hacia el acusado toda vez que le pide que pague el taxi y además llegó a casa con un trozo de carne para compartir, lo que da cuenta de este especial vínculo de confianza que el legislador prevé y del cual el acusado se aprovecha, para cometer su designio delictivo, procediendo a crear una falsa expectativa en […] quien estimó que se reuniría con […] en una reunión de camaradería. De esta forma, la víctima ingresa a la casa de acusado […] y sin mediar provocación este lo enfrenta, propinándole heridas cortopunzantes y una de ellas le provoca la muerte. Tanto es así que […] no mantiene heridas defensivas en sus antebrazos ni manos, por lo cual nunca previó semejante ataque».[46]

42 Matus y Ramírez (2021), p. 58; Ossandón (2022), p. 77; Vargas (2013), p. 231.
43 Cury (2011), pp. 516 y 517.
44 Cury (2011), p. 517.
45 Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT 4-2024, considerando octavo.
46 Tribunal Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT 4-2024, considerando décimo.

Por su parte, obrar «sobre seguro» consiste en ejecutar el hecho delictivo creando o aprovechando condiciones fácticas que eviten todo riesgo para la persona responsable.[47] Esto implica que el autor adopta medidas o se aprovecha de una situación existente a fin de asegurar la ejecución del delito, beneficiándose de una situación de indefensión de la víctima.[48] Así ocurre, por ejemplo, cuando se ataca a una víctima vencida que se encuentra en el suelo, o la agresión se ejecuta entre varias personas, o se dispara repentinamente en contra de la víctima desde un vehículo en movimiento.

En sentencia RIT 202-2021, el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago condenó a los imputados por un delito de homicidio calificado, estimando que habían actuado sobre seguro. Al respecto, el tribunal tuvo en consideración que la persona que disparó en contra de la víctima no actuó sola, sino en compañía de otras dos. Una vez que llegaron al domicilio de la víctima, uno de los imputados consiguió que ella saliera de su vivienda, a fin de ejecutar el homicidio con mayor facilidad y emboscar a la víctima. Además, el tribunal consideró que los imputados atacaron a otras personas que intentaron ayudar a la víctima, asegurando, de esta forma, «el resultado del delito y procurándose impunidad, motivo por el cual se configura la calificante».[49]

Con relación al elemento subjetivo, la alevosía exige que el autor conozca la situación de indefensión de la víctima y que la aproveche para asegurar la consumación del delito. Sin embargo, se discute si, además de lo anterior, la alevosía exige o no, para su configuración, que el agente haya obrado con un específico «ánimo alevoso», consistente en buscar directamente circunstancias favorables para la comisión del delito, no bastando con la situación objetiva de indefensión de la víctima.

---

47 Corte Suprema de Chile, rol 49929-2016, considerando tercero; rol 217408-2023, considerando tercero; Ossandón (2022), p. 77; Vargas (2013), pp. 231 y 232. En palabras de Garrido Montt, actuar sobre seguro es «hacerlo creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que ese riesgo provenga de la posible reacción del sujeto pasivo (atacarlo por la espalda) o de terceros que lo protegen (distraer a la institutriz a cargo del niño a quien se pretende matar)». Garrido (2010), pp. 57 y 58.

48 Navas (2022), p. 383.

49 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 202-2021, considerando décimo tercero.

Una parte de la doctrina argumenta en favor de exigir que el agente haya obrado con este específico ánimo alevoso.[50] Como consecuencia de lo anterior, «no siempre que se dé una situación de seguridad para el delincuente habrá alevosía (cuando se mata a un recién nacido o a un ciego no necesariamente se está ante un homicidio alevoso, en estas hipótesis inevitablemente se da la seguridad, con independencia de la voluntad del homicida). Es necesario que las condiciones de seguridad sean las que de algún modo determinaron al sujeto a concretar el delito, si le han sido indiferentes, generalmente no habrá alevosía».[51] En aquellos casos en que la situación de indefensión de la víctima sea preexistente, «podrá apreciarse alevosía si esa condición fue decisiva para la ejecución del delito por el autor».[52]

Otro sector de la doctrina argumenta en contra de exigir que el autor haya actuado con un especial ánimo alevoso.[53] Para esta postura, «la exigencia de que la generación de las circunstancias constitutivas de la situación de indefensión de la víctima sea intencionalmente perseguida por el o los perpetradores del homicidio respectivo carece de apoyo

50 Politoff *et al.* (1971), pp. 117 y ss.; Etcheberry (1998b), p. 61; Ossandón (2022), p. 79. En palabras de Cury (2011), p. 517: «la opinión dominante en el derecho comparado, y prácticamente unánime en el nacional, se pronuncia por el criterio subjetivo, de acuerdo con el cual es preciso que el agente actúe con el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible, la situación de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha colocado».

51 Garrido (2010), p. 58. En el mismo sentido, 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 120-2021, considerando noveno: «Para que se configure esta calificante, los hechos que la conforman no han de ser mero producto del azar y, precisa que el malhechor cree tales circunstancias conscientemente o que, por lo menos, se aproveche de ellas, porque son las que determinan la concreción de su acción. Desde la perspectiva del sujeto activo la alevosía tiene dos alternativas: a) puede preparar el escenario donde realizará el delito creando las circunstancias que le suministran seguridad para su ejecución y la indefensión de la víctima (prepararle una emboscada), o b) que tales circunstancias se presenten accidentalmente y sin intervención del sujeto activo, quien al conocerlas se decide a llevar a cabo el delito precisamente porque se ofrece tal situación (encuentra en una calle solitaria a su enemigo, dormido o en estado de ebriedad, lo que aprovecha para ultimarlo). Por consiguiente, si las condiciones de seguridad o indefensión no influyen ni tienen atenencia con la voluntad del victimario, no conforman la calificante, puesto que la indiferencia de tales condiciones margina toda posibilidad de que concurra el denominado ánimo alevoso».

52 Cury (2011), p. 518.

53 Navas (2022), pp. 383 y 384.

doctrinal. Antes bien […], tendría que bastar con que los perpetradores se hayan decidido a ejecutar la acción letal contra la víctima a sabiendas de que esta se encontraba en una situación de indefensión, de la cual, en tal medida, ellos se habrán aprovechado 'intencionalmente'».[54]

En sentencia rol 217408-2023, de diciembre de 2023, la Corte Suprema se pronunció en favor de la primera postura, señalando que existe «acuerdo en doctrina y jurisprudencia en el sentido [de] que tanto en la actuación traicionera como en el proceder sobre seguro, no basta con el elemento material u objetivo de la indefensión de la víctima, sino que es imprescindible que el hechor haya buscado de propósito esa situación favorable para cometer específicamente el delito en ese contexto. La agravante no se configura con el hecho de que objetivamente se den las circunstancias favorables que le son inherentes; requiere además que el sujeto actúe con un especial ánimo, 'ánimo alevoso', elemento subjetivo que implica el buscar o procurar ex profeso circunstancias especialmente favorables y no simplemente servirse o aprovecharse de ellas cuando están dadas».[55]

En la sentencia recién citada, la Corte Suprema determinó que el imputado no había obrado con este ánimo alevoso, a pesar de que el delito de homicidio había sido ejecutado en una situación de indefensión para la víctima. En este caso, el tribunal de instancia había condenado al imputado por un delito de homicidio calificado cometido con alevosía. Se tuvo por acreditado que, en horas de la madrugada, el imputado y la víctima se encontraban en un sitio eriazo, despoblado y sin iluminación. De manera repentina, el primero agrede a la segunda y la estrangula con sus manos, causando su muerte, «no teniendo esta posibilidad alguna de repeler el ataque, dado el contexto espacial y condiciones físicas en las que se encontraba –sola, drogada, de complexión pequeña y baja estatura–, pudiendo tan solo emitir un grito desesperado de auxilio que fue percibido por una persona que pernoctaba en las cercanías de la ribera del río. Acto seguido, arroja a la víctima a un canal de regadío y se retira del lugar».[56]

Respecto a la calificante de alevosía, la Corte Suprema sostuvo que «los hechos descritos en el fallo en estudio no corresponden a la men-

54 Mañalich (2020), p. 213.
55 Corte Suprema de Chile, rol 217408-2023, considerando tercero.
56 Corte Suprema de Chile, rol 217408-2023, considerando segundo.

cionada circunstancia primera, descrita en el Código Penal y que autoriza la calificación del homicidio, desde que es un hecho de la causa que, tanto la víctima como el encartado, luego de estar varias horas consumiendo alcohol y drogas, salieron a caminar alrededor de la medianoche, transitando por diversas arterias para adentrarse luego en un sitio eriazo por donde pasa un canal de regadío, oportunidad en la cual el acusado agredió a la víctima y la estranguló, de modo tal que ni el contexto fáctico, ni la complexión de la víctima o su estado de intemperancia, correspondieron a situaciones buscadas ex profeso por el acusado para la comisión del ilícito, sino que se ajusta el desarrollo al corolario de una jornada de excesos y donde resulta la comisión de un ilícito cuando nadie puede evitarlo».[57]

Por esta razón, la Corte Suprema acoge el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del imputado, decidiendo anular la condena por el delito de homicidio calificado, y calificar los hechos como un delito de homicidio simple.[58]

Si bien existen otras sentencias en que la Corte Suprema hace referencia a la exigencia de un ánimo alevoso,[59] también es posible encontrar fallos en que no se menciona dicho elemento subjetivo. Así, por ejemplo, en sentencia rol 49929-2016, a fin de justificar la concurrencia de la calificante de alevosía, la Corte sostuvo que «puede ocurrir también que el agente simplemente aproveche las condiciones concretas en que se encuentre la víctima y que le ofrezcan seguridad en su acción, no preparadas o determinadas por él».[60]

Haber cometido el delito por premio o promesa remuneratoria, o por beneficio económico o de otra naturaleza en provecho propio o de un tercero (artículo 391 número 1, circunstancia segunda)

Esta calificante exige la intervención de dos personas, entre las cuales debe existir un acuerdo que se refiera a la muerte de la víctima y que, además, comprenda un premio o una promesa.[61] No basta, por consi-

57 Corte Suprema de Chile, rol 217408-2023, considerando cuarto.
58 Corte Suprema de Chile, rol 217408-2023 (sentencia de reemplazo).
59 Así, por ejemplo, Corte Suprema de Chile, rol 1938-2021, considerando quinto; rol 8647-2018, considerando octavo.
60 Corte Suprema de Chile, rol 49929-2016, considerando tercero. En el mismo sentido, rol 71900-2020, considerando 43°.
61 Ossandón (2022), p. 80; Cury (2011), p. 520; Garrido (2010), p. 57; Tribunal

guiente, con que el autor abrigue la esperanza de ser recompensado porque sabe que el hecho puede ser agradable o provechoso para un tercero, sino que se requiere, como se señaló, un acuerdo.[62]

Con anterioridad al año 2023, la ley exigía que se tratare de un premio o una promesa de naturaleza económica. Ello fue modificado por la Ley 21.571, cuerpo normativo que incluyó la frase «o de otra naturaleza en provecho propio o de un tercero». Por consiguiente, actualmente el premio o la promesa puede ser de cualquier naturaleza.

Si bien no es indispensable que el premio o la promesa sea el único motivo que determina al mandatario a ejecutar el delito, este sí debe haber sido, al menos, uno de los motivos que lo motivan a cometerlo.[63] Por otra parte, es indiferente que el mandante cumpla con lo prometido.[64]

El problema principal que plantea la calificante se refiere a la extensión de sus efectos. Una primera postura sostiene que la calificante de premio o promesa afectaría tanto al mandante como al mandatario, razón por la cual ambas personas deberían ser condenadas por homicidio calificado.[65]

Una segunda postura, en cambio, propugna que la calificante solamente afectaría al mandatario, quien obra motivado por el premio o la promesa. Esta postura argumenta que el fundamento de la circunstancia calificante es la mayor reprochabilidad del autor material, la cual viene determinada por la bajeza del móvil. De esta manera, el fundamento no se configuraría respecto del mandante, quien podría incluso haberse visto forzado a recurrir al mandatario, ante la imposibilidad de ejecutar el delito por cuenta propia.[66] Esto no significa, sin embargo, que respecto del mandante no pueda configurarse otra circunstancia calificante, como podría ser la premeditación.[67]

En sentencia RIT 88-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca adoptó la primera postura, sosteniendo que la calificante en estudio afecta

---

de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 88-2023, considerando undécimo.

62 Cury (2011), p. 520.

63 Ídem.

64 Garrido (2010), p. 59.

65 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 42; Garrido (2010), p. 60; Matus y Ramírez (2021), p. 63.

66 Cury (2011), pp. 521 y 522; Etcheberry (1998b), pp. 63 y 64; Ossandón (2022), pp. 82 y 83.

67 Etcheberry (1998b), p. 64.

tanto al mandante como al mandatario, razón por la cual condenó a todas las personas involucradas por el delito de homicidio calificado.[68]

Como último punto, cabe señalar que la Ley 21.571 incorporó un nuevo artículo 391 bis, que sanciona, con la pena de presidio menor en su grado máximo, a quienes conspiren «para cometer el delito de homicidio calificado previsto en los términos del artículo 391 número 1, circunstancia segunda». Conforme al inciso segundo del mismo artículo, si esta conspiración se cometiere «en contra de un juez con competencia en lo penal, de un fiscal del Ministerio Público, de un defensor penal público, de un funcionario de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, en razón del ejercicio de sus funciones», la pena se aumentará a presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Por medio de veneno (artículo 391 número 1, circunstancia tercera)

Según el diccionario, «veneno» es toda «sustancia que, introducida en un ser vivo, es capaz de producir graves alteraciones funcionales e incluso la muerte». Bajo esta definición, existe una infinidad de sustancias que podrían calificarse como veneno, pues casi todas las sustancias extrañas al cuerpo, en determinadas circunstancias, pueden provocar la muerte. Todo depende de la dosis y forma de administración.[69]

De allí que no resulten de recibo enfoques objetivos o cuantitativos, como aquellos que procuran definir «veneno» como «cualquiera substancia (sólida, líquida, gaseosa) que incorporada al cuerpo en poca cantidad (no se trata de que se use poca cantidad, sino que produzca efectos nocivos al incorporarse al cuerpo en exigua cantidad) cause la muerte o serios daños a la salud».[70]

Debido a lo anterior, la opinión mayoritaria estima que el fundamento de esta calificante no es la específica sustancia que se administre, sino la forma en que ello ocurre: a fin de apreciar un homicidio calificado por medio de veneno, la sustancia nociva debe suministrarse de manera insidiosa.[71]

---

68 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 88-2023, considerando undécimo.

69 Etcheberry (1998b), pp. 64 y 65; Matus y Ramírez (2021), p. 64; Ossandón (2022), p. 86.

70 Garrido (2010), p. 61.

71 Matus y Ramírez (2021), p. 64; Etcheberry (1998b), pp. 64 y 66; Balmaceda (2021), p. 39; Ossandón (2022), p. 87.

Desde este punto de vista, la calificante de veneno se presenta como una hipótesis específica de alevosía. Por consiguiente, no habría envenenamiento si la sustancia en cuestión no hubiere sido suministrada de manera alevosa, como sería el caso de quien, en contra de la resistencia de la víctima, le inyectase una alta dosis de morfina o cocaína.[72] En estos casos, «en nada difiere dicha conducta de la muerte que se le infiera disparándole o estrangulándola».[73]

Ensañamiento (artículo 391 número 1, circunstancia cuarta)

La cuarta circunstancia calificante consiste en matar a la víctima «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido».

Dado que todo homicidio conlleva generalmente una cuota importante de dolor en la víctima, la ley solamente ha contemplado como circunstancia calificante aumentar el dolor padecido por la víctima de manera inhumana y deliberada.[74]

En primer lugar, el dolor debe aumentarse de tal forma que alcance, de forma objetiva, la calidad de inhumano, suponiendo así un nivel de crueldad en la comisión del delito. Por consiguiente, la calificante no consiste «en un simple aumento del sufrimiento, sino que este aumento –objetivamente considerado– ha de alcanzar intensidad que permita calificarlo como inhumano».[75] Dicha valoración, de orden sociocultural, deberá ser realizada por el juez, tomando en consideración las circunstancias concretas del caso.[76] En segundo lugar, es necesario que el dolor se haya aumentado deliberadamente, lo cual implica que el autor debe haber buscado directamente aumentar el dolor sufrido por la víctima.[77] Es necesario que el autor quiera, por un lado, matar a la víctima, y, por el otro, aumentar inhumanamente su dolor.

En palabras de la Corte Suprema, «la doctrina nacional ha coincidido en que el ensañamiento requiere tanto del elemento objetivo como del subjetivo para su concurrencia, conceptualizando el primero como la situación de provocar en el occiso un sufrimiento que puede calificarse

72 Matus y Ramírez (2021), p. 64.
73 Etcheberry (1998b), p. 66.
74 Matus y Ramírez (2021), p. 65.
75 Garrido (2010), p. 62.
76 Balmaceda (2021), p. 40.
77 Ossandón (2022), p. 88.

de inhumano, un dolor magnificado, que se desprende de las circunstancias objetivas concurrentes como el medio empleado, la forma de su uso, las condiciones y características del victimario y del ofendido. Por eso, los padecimientos inferidos a la víctima ajenos a la acción misma de matar no están comprendidos en la noción en estudio, ya que en la calificante el legislador no sanciona la causación de dolores, sino el aumento inhumano del inherente a la provocación del deceso […]. A su turno, el elemento subjetivo está configurado por la intención concreta de provocar ese plus de sufrimiento, que objetivamente debe alcanzar el límite de lo inhumano, esto es, haber buscado conscientemente producir el resultado, escogiendo la forma precisa de aumentar la intensidad del sufrimiento».[78]

No se configurará esta calificante, por consiguiente, cuando el autor del delito no sepa que está causando dolores o sufrimientos innecesarios, o bien considere que las heridas que está produciendo son indispensables para alcanzar el objetivo homicida. Tampoco constituyen ensañamiento los actos de mutilación o descuartizamiento que se realizan sobre el cadáver, pues allí no se ha aumentado el dolor de la víctima.[79]

La sentencia rol 23589-2014, de la Corte Suprema, expresa correctamente los requisitos que deben concurrir para que esta calificante pueda configurarse. En este caso, los imputados, con la intención de matar a la víctima, la agredieron con golpes de pies, puños y elementos contundentes hasta derribarla. Acto seguido, los imputados desnudaron a la víctima y siguieron golpeándola en la cabeza, tras lo cual le infligieron múltiples golpes con un cinturón, provocando diversas lesiones en su cuerpo. Los golpes de la cabeza le provocaron a la víctima un traumatismo encéfalocraneano (TEC), contusión cerebral y fractura de cráneo, las que causaron su muerte.[80]

La Corte Suprema acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa en contra de la sentencia condenatoria de instancia, la cual había condenado a los imputados por el delito de homicidio calificado, pues estimó que los hechos que se habían tenido por acreditados no permitían dilucidar si la víctima había fallecido antes o después de que los imputados la habían golpeado con el cinturón, razón por la cual no

78 Corte Suprema de Chile, rol 23589-2014, considerando vigésimo primero.
79 Etcheberry (1998b), p. 67.
80 Corte Suprema de Chile, rol 23589-2014, considerando décimo octavo.

era posible tener por acreditado el primer elemento del ensañamiento, a saber, el aumento del dolor.[81]

En sentencia RIT 546-2019, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó al imputado por un delito de homicidio calificado cometido con ensañamiento. En este caso, la víctima le comunicó al imputado que se encontraba embarazada. Ambos se reunieron en la vía pública y luego caminaron a un lugar cercano a un canal de regadío. En dicho lugar, el imputado agredió a la víctima con un ladrillo, golpeándola en la cabeza. Luego, premunido de un cuchillo, «procedió a propinarle 45 heridas corto punzantes en diferentes zonas del cuerpo, 4 en la oreja derecha, en la mandíbula, en la nariz, en el párpado superior, pómulos, 3 en el mentón, 4 en la oreja izquierda, 3 heridas en el tórax costado izquierdo en la región occipital baja, 16 heridas en el tórax costado derecho, siendo las principales lesiones, las penetrantes del tórax y a la altura del cuello, que lesionaron grandes vasos en estas zonas, ocasionándole en definitiva la muerte producto de un *shock* hipovolémico».[82]

Respecto a la calificante de ensañamiento, el tribunal sostuvo que esta «requiere a lo menos de dos elementos, uno objetivo y uno subjetivo. El primero consiste en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario producido a la víctima para ocasionarle la muerte, que se expresa materialmente en las torturas empleadas o en los actos de barbarie […]. El elemento subjetivo, por su parte […], tiene dos aspectos el dolo y otro que mira a una mayor reprochabilidad en virtud del ánimo que motiva al autor. De esta forma, se requiere por una parte, que se produzcan a la víctima sufrimientos y males que no son necesarios para obtener el fin sancionado en el delito de homicidio, que es la muerte, produciendo de esa forma un sufrimiento adicional e innecesario, que excede aquel presente en todos o a lo menos en la abrumadora mayoría de las muertes ocurridas por la acción de terceros; y por otra, que ese mayor sufrimiento sea atribuible a la intención del acusado, esto es, que su conducta esté dirigida precisamente a ocasionar ese mayor dolor o sufrimiento en su víctima».[83]

81 Corte Suprema de Chile, rol 23589-2014, considerando vigésimo y siguientes.
82 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 546-2019, considerando quinto.
83 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 546-2019, considerando octavo.

El tribunal estimó que estos requisitos concurrían en el caso concreto, considerando el número de lesiones y, especialmente, la circunstancia de que varias de ellas no eran de gravedad y, por lo tanto, no se encontraban relacionadas con el propósito homicida. En este sentido, destacaban las lesiones inferidas al rostro de la víctima, incluyendo sus dos orejas, mandíbula, nariz, párpado superior, pómulos, y mentón, todas las cuales parecían haber sido inferidas con el específico propósito de aumentar el dolor de la víctima. Además, se tuvo por acreditado que la mayoría de las lesiones fueron causadas cuando víctima se encontraba con vida, con lo cual se acreditó, junto con el elemento subjetivo, el requisito objetivo de la calificante.[84]

En sentencia RIT 208-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar también condenó al imputado por un delito de homicidio calificado cometido con ensañamiento. En este caso, el imputado, con intención homicida, agredió a la víctima con un arma cortante tipo machete, ocasionándole «múltiples heridas corto penetrantes y punzantes en su cuero cabelludo, cara, abdomen y extremidades superiores, que le ocasionaron una hemorragia masiva, falleciendo a consecuencia de un *shock* hemorrágico agudo».[85]

Respecto a la circunstancia de ensañamiento, el tribunal señaló que ella requiere dos elementos: «1. Provocar un mal que sea objetivamente innecesario para alcanzar el objetivo delictivo, y que aumente el sufrimiento de la víctima, de forma inhumana, con un dolor magnificado. 2. El segundo requisito tiene un carácter más subjetivo, por cuanto se refiere a la intención del autor del delito de provocar un mal –dolor, sufrimiento– inhumano, que exceda el necesario para cumplir el plan criminal de provocar la muerte».[86]

Para afirmar la concurrencia de la calificante de ensañamiento, el tribunal tuvo en consideración que el imputado agredió a la víctima de una manera extremadamente violenta, provocándole lesiones cortantes en distintas partes corporales, con profundidades diferentes, y causando «cercenamientos, exposición de vísceras y fracturas de huesos, que sin

84 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 546-2019, considerando octavo.

85 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 208-2023, considerando décimo.

86 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 208-2023, considerando duodécimo.

duda causaron un dolor sobrehumano [...] ocasionadas mientras aún vivía, estando en condiciones de percibir los estímulos generadores del dolor, en este caso, los golpes, cortaduras y heridas múltiples –18– que le estaba ocasionando su agresor, entre las que resaltan las efectuadas en su rostro, que lo desfiguraron, impidiendo su reconocimiento por esta vía; la amputación parcial de una oreja, la exposición de las vértebras cervicales y de las vísceras abdominales, entre otras». Estos hechos, acreditados durante la audiencia de juicio, se estimaron suficientes por el tribunal para tener por configurada la calificante en estudio.[87]

Premeditación conocida (artículo 391 número 1, circunstancia quinta)

Dado que la ley no ha definido lo que debe entenderse por premeditación, al respecto se han planteado distintos criterios.

Conforme al criterio cronológico, la premeditación se caracterizaría por el transcurso de un cierto lapso entre el momento en que el autor adopta la resolución de cometer el delito y aquel en que lo ejecuta. Lo propio de la agravante consistiría en la persistencia de la voluntad criminal durante dicho periodo, no obstante que el autor dispone de tiempo para volver sobre sus pasos, renunciando a la perpetración del hecho punible.[88]

De conformidad con el punto de vista psicológico, en cambio, lo característico de la premeditación sería la actitud anímica que presente la persona desde que decide cometer el delito hasta que efectivamente lo lleva a cabo, siendo necesaria, durante este periodo, una frialdad de ánimo.

Finalmente, Cury señala que, desde su perspectiva, la circunstancia de premeditación requeriría tres elementos. Primero, una reflexión anterior a la adopción de la resolución delictiva, en el curso de la cual se ponderan las ventajas e inconvenientes que el delito presenta. Segundo, la persistencia firme de una resolución ya adoptada y sobre la cual no existen vacilaciones. Por último, un periodo de tiempo que permita a la persona realizar la reflexión y ponderación señaladas, y demostrar que su decisión es definitiva. No sería necesario, por tanto, una planificación ni un ánimo frio.[89]

87 Ídem.
88 Cury (2011), p. 523; Ossandón (2022), pp. 88 y 89.
89 Cury (2011), p. 524; Ossandón (2022), p. 89.

A pesar de que la ley exige que la premeditación sea «conocida», se suele negar toda importancia sustantiva a dicho requisito, sin perjuicio de que se le atribuya cierto interés en materia procesal, en tanto se entiende como un llamado de atención a las autoridades sobre la necesidad de probar los hechos constitutivos de la premeditación.[90]

Faz subjetiva del tipo penal

Conforme a la opinión mayoritaria, tanto en Chile[91] como en España,[92] dado que todas las circunstancias calificantes involucran elementos subjetivos, el delito de homicidio calificado solamente podría cometerse con dolo directo, no bastando el dolo eventual. Se argumenta que todas las circunstancias calificantes «presuponen un elevado nivel de certeza respecto de la concurrencia de los elementos que las integran, de modo que esta figura delictiva solo podrá verificarse a condición de que concurra dolo directo respecto de las mismas. En este sentido, queda descartada la posibilidad de apreciar un homicidio calificado cometido con culpa o con dolo eventual, puesto que no cabe una utilización descuidada o inconsciente de las circunstancias previstas en la ley».[93]

Cabe reconocer, no obstante, que tanto en Chile[94] como en España[95] existen sectores de la doctrina que sí aceptan la posibilidad de cometer un delito de homicidio calificado con dolo eventual, siempre que este no se refiera a la circunstancia calificante, sino a otros elementos del delito.

A fin de ejemplificar lo anterior, considérense los siguientes dos casos: 1) una persona que, a sabiendas e intencionalmente, tortura a su víctima, pues busca inferirle el mayor dolor posible debido a que ella la ha insultado días atrás. Sin embargo, la aplicación de las terribles torturas causa la muerte de la víctima, posibilidad que el autor había previsto como posible y le era indiferente.[96] 2) Una persona, con la intención de vengarse de su enemigo, decide golpearlo con un elemento contundente

90 Ossandón (2022), p. 89.
91 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 41; Matus y Ramírez (2021), p. 67; Ossandón (2022), p. 91; Balmaceda (2021), pp. 42 y 43.
92 García (2004), pp. 28 y 29; González (2005), pp. 100 y 101; Muñoz (2023), pp. 56 y 57; Carbonell y González (1996), pp. 733 y 734.
93 Ossandón (2022), p. 91.
94 González Lillo (2023), pp. 378 y ss.
95 Bacigalupo (1994), pp. 49 y 50, y Peñaranda (2003), pp. 203 y 204.
96 El ejemplo es planteado por González (2023), pp. 379 y 380.

en la cabeza. Para ello, esta persona coloca somníferos en la bebida de la víctima, a fin de que esta caiga inconsciente, y así cometer el delito con completa impunidad, abusando del estado de indefensión de la víctima. Por desgracia, cuando la persona ha comenzado a golpear a la víctima, provoca una severa fractura en su cráneo, causando su muerte, posibilidad que el autor había previsto como posible y le era indiferente.

Si estos dos casos fueren resueltos conforme a la postura mayoritaria, se debería negar en la configuración de un delito de homicidio calificado, pues el imputado habría actuado con dolo eventual, solución que parece difícil de aceptar. Estos dos ejemplos demuestran que existen casos en que la exclusión del dolo eventual como elemento subjetivo capaz de configurar un delito de homicidio calificado no aparece del todo justificada. Por cierto, en la mayoría de los casos de homicidio calificado la persona responsable obrará con dolo directo, pues las calificantes involucran elementos subjetivos, mas ello no significa que el dolo eventual deba excluirse en términos absolutos, sino que aboga por una solución de cada caso a la luz de sus circunstancias concretas.

Parricidio

Conforme al artículo 390 del Código Penal, quien, «conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado».

Sujetos

Tres son los grupos de relaciones particulares incluidos en el delito de parricidio: 1) parentesco por ascendencia o descendencia; 2) matrimonio actual o pasado; y 3) convivencia actual o pasada.

Cabe tener presente que la regulación actual del delito de femicidio, del artículo 390 bis, excluye del delito de parricidio los casos en que un hombre mate a una mujer que es o haya sido su cónyuge o conviviente, o con quien tenga o haya tenido un hijo en común.[97]

97 Matus y Ramírez (2021), p. 71.

Parentesco por ascendencia o descendencia

Si bien el artículo 390 no distingue entre parentesco por consanguinidad o por afinidad, la doctrina excluye a este último. El principal argumento que expone la doctrina es uno de carácter sistemático, pues señala que, cuando el legislador ha querido extender las normas penales al parentesco por afinidad, lo ha señalado expresamente. En este sentido, por ejemplo, considérense los artículos 13 y 489 del Código Penal, y el artículo 5 de la Ley 20.066.[98]

Respecto de la situación de la persona adoptada, tradicionalmente se ha sostenido que ella se encontraría excluida del tipo penal de parricidio, atendiendo a la opinión de la Comisión Redactora en torno a la justificación de la figura, basada en la existencia de un vínculo de sangre y a la exclusión de la persona adoptada.[99] Además, se señala que este razonamiento habría sido reforzado por lo dispuesto en el inciso primero del artículo 37 de la Ley 19.620, conforme al cual la «adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo de los adoptantes, con todos los derechos y deberes recíprocos establecidos en la ley, y extingue sus vínculos de filiación de origen, *para todos los efectos civiles*, salvo los impedimentos para contraer matrimonio establecidos en el artículo 5º de la Ley de Matrimonio Civil, los que subsistirán» (énfasis añadido). De esta forma, se argumenta que la propia Ley 19.620 habría limitado sus efectos a aquellos de naturaleza civil, no contemplando, por consiguiente, la ley penal. Incluir a la persona adoptada en el artículo 390 vulneraría, conforme a esta postura, el principio de legalidad, pues se trataría de una aplicación analógica de la ley penal en perjuicio de la persona imputada.[100]

Matrimonio actual o pasado

Son cónyuges quienes han celebrado un contrato civil solemne de matrimonio, sujeto a las reglas de la normativa civil respectiva en cuanto

98 Ossandón (2022), pp. 104 y 105; Matus y Ramírez (2021), p. 72; Garrido (2010), p. 73; Balmaceda (2021), p. 49; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 46.

99 González (2015), p. 194, nota 8; Etcheberry (1998b), p. 69.

100 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 46; Garrido (2010), pp. 74 y 75; Balmaceda (2021), pp. 49 y 50; Etcheberry (1998b), p. 69. González (2015), p. 194, nota 8, apoya el argumento histórico. Una opinión distinta sostienen Ossandón (2022), p. 105, y Matus y Ramírez (2021), p. 72, quienes argumentan en favor de incluir a la persona adoptada en el ámbito de aplicación del delito de parricidio.

a su existencia y validez, las que se prueban con los certificados correspondientes, que dan cuenta de su celebración y vigencia.[101]

Si el matrimonio es declarado nulo, se deberá considerar que este nunca existió, razón por la cual no se podrá configurar un delito de parricidio bajo la hipótesis de un matrimonio actual o pasado.[102] Por el contrario, el divorcio no altera la calificación jurídica del delito de parricidio, por cuanto el artículo 390 incorpora a las personas que tuvieron la calidad de cónyuges.

Cabe señalar, no obstante, que la incorporación de los convivientes en el delito de parricidio ha restado importancia práctica al matrimonio, pues, con independencia de la validez del vínculo matrimonial, si las personas involucradas desarrollaron una vida en común, podrán ser calificadas como convivientes, caso en el cual igualmente se encontrarán dentro del campo de aplicación del delito del artículo 390.[103]

Convivencia actual o pasada

El concepto de «convivencia» constituye un elemento normativo del tipo penal que ha debido ser desarrollado por la jurisprudencia.[104]

En sentencia rol 19798-2014, la Corte Suprema sostuvo que, «en una primera aproximación a la noción de convivencia, esta debe tener un carácter permanente, es decir tiene que mantener una cierta estabilidad en el tiempo; además de publicidad y notoriedad; un proyecto de vida en común; y por cierto debe ser asimilable a una familia. De esta manera no toda unión de hecho –entre la víctima y su agresor– puede incorporarse a la figura descrita en el artículo 390 del Código Penal, para que estemos frente al delito de parricidio es necesario que la relación entre los actores sea asemejable a un matrimonio […], es decir, no todas aquellas personas que cohabitan en un mismo espacio o mantienen una vida en compañía pueden ser considerados convivientes, porque para que tal presupuesto se entienda satisfecho, es necesario tener un propósito u objetivo de vida en común».[105] Esta postura ha sido posteriormente con-

101 Ossandón (2022), p. 107.
102 Etcheberry (1998b), p. 71; Balmaceda (2021), p. 50.
103 Matus y Ramírez (2021), p. 72; Ossandón (2022), p. 107.
104 Scheechler (2021), p. 113.
105 Corte Suprema de Chile, rol 19798-2014, considerando vigésimo sexto.

firmada por la misma Corte Suprema en las sentencias rol 26180-2018[106] y 90633-2020,[107] así como por otros tribunales.[108]

Si estas condiciones no concurren, el autor y la víctima no podrán ser considerados como convivientes y, por lo tanto, el primero no podrá ser condenador como autor de un delito del artículo 390, sino que deberá ser sancionado por otro ilícito.

Por ejemplo, en sentencia rol 26180-2018, la Corte Suprema anuló la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal de instancia, que había condenado al imputado como autor de un delito del artículo 390, por estimar que este y la víctima no podían ser considerados como convivientes. En la respectiva sentencia de reemplazo, el imputado fue condenado por un delito de homicidio simple.

Para decidir en este sentido, la Corte Suprema tuvo en consideración que «la práctica de relaciones sexuales –elemento esencial según todas las opiniones doctrinarias– no se tiene por acreditada […], los sentenciadores no destacan en modo alguno la similitud existente en este caso entre la convivencia y el matrimonio, que permite que el primer vínculo constituya jurídicamente una familia […] la situación de hecho existente entre autor y víctima no puede ser tenida, con la precariedad probatoria disponible, como de naturaleza familiar; en otros términos, no resulta admisible, a los fines normativos, afirmar que el imputado hacía vida en común con la occisa, como si fuera su cónyuge […] contribuye al aserto precedente el hecho de haber carecido la unión de hecho de publicidad y notoriedad, ya que los padres de ella –sus parientes más cercanos– ignoraban la relación con […] y las otras personas declarantes no aluden a una vinculación que, por sus características, pudiera equipararse al matrimonio».[109]

Una parte de la doctrina critica la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el concepto de convivencia, al ser este excesivamente restrictivo.

106 Corte Suprema de Chile, rol 26180-2018, considerandos décimo octavo y décimo noveno.

107 Corte Suprema de Chile, rol 90633-2020, considerandos décimo y décimo primero.

108 Así, por ejemplo, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, rol 24-2023, considerando décimo primero; 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 59-2022, sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4183-2022.

109 Corte Suprema de Chile, rol 26180-2018, considerandos vigésimo tercero a vigésimo séptimo.

Esta postura propone, en cambio, desarrollar un concepto de convivencia más amplio, poniendo en el centro de la definición el componente afectivo y fáctico: «Se trata de la unión de hecho de dos personas, en que el elemento de voluntad o consentimiento –esencial en todo negocio jurídico–, se desplaza frente al carácter fáctico de la citada relación a 'la afectividad'».[110]

Parricidio y comisión por omisión

La posibilidad de apreciar un delito de parricidio por comisión por omisión ha sido materia de discusión.

Una primera postura rechaza dicha posibilidad, señalando que ello importaría una vulneración a la prohibición de *bis in idem*, al considerar una misma circunstancia dos veces en perjuicio de la persona imputada: el parentesco se consideraría, primero, al momento de configurar la posición de garante, y, segundo, para fundamentar la mayor gravedad del delito de parricidio.[111]

Una segunda postura, en cambio, sostiene que admitir la comisión por omisión en el delito de parricidio no importaría una vulneración de la prohibición de *bis in idem*, toda vez que la relación de parentesco no se estaría considerando dos veces desde una perspectiva penal. En efecto, se argumenta que la posición de garante se derivaría de la ley civil, pues es esta la que establece las respectivas obligaciones de actuar para las personas que poseen una relación de parentesco. Solamente una vez establecida la obligación de actuar conforme a la legislación civil, el parentesco se consideraría desde una perspectiva penal, a fin de determinar el tipo penal a aplicar. Este resultado, en conclusión, no contravendría la prohibición penal de doble valoración.[112]

La jurisprudencia nacional ha resuelto este problema en sentidos opuestos. En sentencia rol 168-2006, la Corte de Apelaciones de Antofagasta acogió el recurso de nulidad interpuesto por la imputada, sosteniendo que no cabía condenarla como autora de un delito de parricidio por omisión por la muerte de su hijo sin violentar la prohibición de *bis in idem*, pues el parentesco, al ser la fuente de la posición de garante, «no

110 Matus y Ramírez (2021), p. 73; Ramírez (2021a), p. 241.
111 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 45; Matus y Ramírez (2021), pp. 73 y 74; Ossandón (2022), pp. 104 y 105.
112 Garrido Montt (2010), pp. 78 y 79.

puede operar a la vez como fuente de agravación, puesto que ello quebrantaría el principio *non bis in idem*. En suma, parricidio por omisión no existe; solo existe homicidio por omisión».[113]

En sentencia rol 1348-2011, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió un recurso de nulidad interpuesto por una persona condenada por un delito de parricidio por omisión. En algunas oportunidades, esta sentencia se cita en apoyo de la primera postura.[114] Sin embargo, ello no es correcto, por las siguientes razones: si bien la Corte de Apelaciones anuló la sentencia condenatoria, ordenando un nuevo juicio, esto se fundó en la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra e), debido a una insuficiente fundamentación de la sentencia condenatoria. No obstante, esta insuficiente fundamentación no se relacionó con la compatibilidad del delito de parricidio y la comisión por omisión, sino que, por el contrario, a la faz subjetiva del tipo penal.

Muy por el contrario, la Corte de Apelaciones rechaza los argumentos contenidos en el recurso relacionados con una eventual infracción a la prohibición de *bis in idem*. En palabras de la Corte de Apelaciones: «Que, en opinión de este tribunal, al resolver como lo ha hecho, la sentencia no ha vulnerado el principio del *non bis in idem*, toda vez que no se ha impuesto un doble castigo o sanción a la sentenciada, por el hecho de su parentesco con la víctima, sino, cosa distinta, dicha circunstancia ha determinado la modalidad omisiva de comisión del delito de parricidio, único por el que ha sido castigada en calidad de autora, con la pena que la ley establece. De suerte que sostener la vulneración del principio ya mencionado, porque el parentesco 'se ha utilizado dos veces' para castigar a la imputada, no es más que una falacia, ya que este debe ser considerado como elemento del tipo y no hay ninguna razón legal que permita excluir la comisión del referido delito por omisión».[115]

Como se puede apreciar, si bien la Corte de Apelaciones anuló la sentencia condenatoria y ordenó un nuevo juicio, la sentencia adscribe a la segunda postura descrita anteriormente, admitiendo la posibilidad de apreciar un delito de parricidio por comisión por omisión.

113 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 168-2006, considerando décimo cuarto.

114 Ver, por ejemplo, Matus y Ramírez (2021), p. 74.

115 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1348-2011, considerando séptimo.

Faz subjetiva del tipo penal

Con relación a la faz subjetiva del delito de parricidio, la doctrina se encuentra dividida, así como la jurisprudencia.

Una primera postura sostiene que cuando la ley utiliza expresiones como «maliciosamente» o «con conocimiento de causa», ello debiera interpretarse como una exigencia de dolo directo, excluyendo tanto el dolo eventual como la imprudencia. En el caso del artículo 390, se ha incorporado la expresión «conociendo las relaciones que los ligan», con lo cual no existen razones para arribar a una interpretación diversa.[116]

En este sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia rol 287-2012: «En efecto, el tipo penal en cuestión en su faz subjetiva adquiere una relevancia particular desde el instante en que el legislador hace alusión expresa a ella, al requerir el conocimiento de las particulares relaciones que unen a víctima y hechor, exigencia referida al aspecto cognitivo del dolo que importa una mayor exigencia a nivel de faz subjetiva, reduciéndose con ello el círculo de las conductas penalmente relevantes solo a aquellas cometidas con dolo directo. De esta forma la exigencia subjetiva especial de conocimiento de las relaciones que ligan a los sujetos contenida en el artículo 390 del Código Penal, no se reduce simplemente a una exigencia general de dolo, sino que representa una exclusión del dolo eventual en estos delitos».[117]

En contraste con lo anterior, la segunda postura plantea que el delito de parricidio sí podría cometerse con dolo eventual, siempre que el autor sea plenamente consciente de la relación que le une a la víctima. En este caso, el dolo eventual podría cubrir otros elementos típicos, tales como el resultado de muerte o la relación de causalidad, mas no el vínculo personal entre la víctima y el autor.[118]

Esta segunda postura acogió la Corte de Apelaciones de San Miguel en sentencia rol 2993-2018. En este caso, se tuvo por acreditado que el imputado «efectuó con un arma tipo escopeta un disparo a su conviviente […], quien a consecuencia de lo cual falleció producto de

116 Matus y Ramírez (2021), p. 79; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 48; Politoff *et al.* (1971), p. 132.

117 Corte de Apelaciones de Concepción, rol 287-2012, considerando segundo.

118 Garrido Montt (2010), pp. 79 y 80; Ossandón (2022), pp. 112-115; Ossandón (2010), pp. 438 y ss.

un traumatismo cráneo encefálico por perdigones balísticos».[119] El tribunal de instancia consideró que el imputado había actuado con dolo eventual, mas no en cuanto a la relación que lo unía a la víctima, sino respecto a la conducta homicida y al resultado de muerte. Con relación a la calificación jurídica de los hechos descritos, el tribunal de instancia sostuvo que el delito del artículo 390 no puede cometerse con dolo eventual, razón por la cual decidió condenar al imputado por un delito de homicidio simple del artículo 391 número 2.[120] En contra de esta sentencia, el Ministerio Público presentó un recurso de nulidad.

Luego de describir la discusión existente y las distintas posturas, la Corte de Apelaciones de San Miguel estimó que aquella correcta era la que acepta la posibilidad de cometer el delito del artículo 390 con dolo eventual, siempre que este no se refiera a la relación personal entre el autor y la víctima. Por esta razón, la Corte de Apelaciones sostuvo que, «si el tribunal *a quo* consideró que en la especie concurría un supuesto de dolo eventual –por serle indiferente al imputado el posible resultado letal de la conviviente– debió condenar por el delito de femicidio, sin perjuicio de las adecuaciones a la pena que pudo hacer en virtud de las reglas de determinación legal y judicial de la pena». La Corte de Apelaciones procedió entonces a acoger el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, anulando la sentencia que había condenado al imputado por un delito de homicidio simple del artículo 391 número 2, y ordenando la realización de un nuevo juicio.

El error en la persona en el delito de parricidio

En este delito se presentan situaciones de cierta complejidad cuando el autor incurre en error en la identidad de la víctima. Sobre el punto, es posible distinguir tres posibles situaciones:

a) Alguien quería matar a algún pariente o cónyuge y, por error en la persona, mata a un tercero con parentesco análogo (por ejemplo, un padre pretendía matar a su hijo y, por error, mata a su hija). En este caso, el padre debería ser sancionado por el delito de parricidio, toda vez que su error es irrelevante.[121]

119 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2993-2018, considerando vigésimo sexto.

120 Ídem.

121 Garrido (2010), p. 81; Matus y Ramírez (2021), p. 80.

b) Alguien quería matar a algún pariente o cónyuge y, por error en la persona, mata a un tercero extraño. En este caso, la persona debería ser sancionada por un delito de homicidio simple, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, inciso tercero.[122]
c) Alguien quería matar a un tercero extraño y, por error en la persona, mata a algún pariente o su cónyuge. En esta hipótesis, la persona debiese ser castigada por un delito de homicidio simple, conforme a lo dispuesto en el artículo 1, inciso tercero.[123]

Femicidio

El primer delito de femicidio fue introducido en un nuevo inciso segundo en el artículo 390, por la Ley 20.480 de finales de 2010, como un caso específico de parricidio.[124] Según este inciso segundo, cuando la víctima del delito de parricidio fuera la cónyuge o conviviente del autor, la denominación del delito sería femicidio.

El sistema establecido por la Ley 20.480 estuvo vigente hasta marzo de 2020, fecha en que la Ley 21.212 derogó el inciso segundo del artículo 390 e incorporó los nuevos artículos 390 bis y 390 ter.

El cambio legislativo fue la respuesta de la autoridad a un caso que causó indignación pública. En 2018, durante horas de la madrugada, el imputado acudió al domicilio de la víctima, una mujer con la que había mantenido una relación sentimental. Tras irrumpir en el domicilio, el acusado encontró a la víctima, quien estaba con su madre, y apuñaló a ambas, causándoles la muerte. Dado que la relación entre el agresor y la víctima no calificaba como convivencia, conforme al concepto desarrollado por la jurisprudencia, el imputado no fue condenado por femicidio, sino por homicidio calificado.[125] Este caso puso de manifiesto las deficiencias del entonces vigente delito de femicidio, provocando un debate público y motivando al legislador a reformar el sistema entonces vigente, a fin de ampliar el ámbito de aplicación del delito de femicidio.

Antes de analizar los delitos previstos en los artículos 390 bis y 390 ter, resulta necesario abordar un debate previo, a saber, el significado

122 Garrido (2010), p. 81; Matus y Ramírez (2021), p. 79.
123 Garrido (2010), p. 81; Matus y Ramírez (2021), p. 79.
124 Corn (2014), pp. 125 y 126.
125 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 120-2021, considerandos octavo a décimo.

de las palabras «mujer» y «hombre». Dado que ambos artículos sancionan el asesinato de una «mujer» llevado a cabo por un «hombre», es imprescindible, para identificar el ámbito de aplicación de los delitos de femicidio, identificar quién puede ser víctima y autor de estos ilícitos.[126]

Según un primer enfoque, las palabras «mujer» y «hombre» deben interpretarse en un sentido biológico, como categorías con base en el sexo. El término «sexo» se refiere a las características físicas o fisiológicas de un cuerpo, incluidos los cromosomas, los genes, los niveles y la función hormonal, y la anatomía reproductiva/sexual, que suelen atribuirse a un sexo masculino o femenino.[127] Por lo tanto, según este primer enfoque, si un hombre mata a una mujer transgénero, no debería ser condenado por femicidio, sino por alguno de los otros delitos de homicidio.

Un segundo enfoque, opuesto al anterior, sugiere que las palabras «mujer» y «hombre» deben interpretarse teniendo en cuenta la identidad de género de la persona en cuestión. Conforme al inciso segundo del artículo 1 de la Ley 21.120, que reconoce y protege el derecho a la identidad de género, la identidad de género es «la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento». En consecuencia, según esta segunda postura, para los efectos de los delitos de femicidio, una persona transgénero debiese ser considerada mujer u hombre según su identidad de género. En consecuencia, en el ejemplo planteado anteriormente, si un hombre mata a una mujer transgénero, sí podría ser condenado por un delito de femicidio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó un enfoque basado en la identidad de género de la víctima en el caso *Vicky Hernández y otras v. Honduras*. En este caso, la Corte Interamericana falló, por cinco votos contra dos, que Honduras era responsable del incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), en perjuicio de Vicky Hernández, una persona de sexo masculino, pero con identidad de género femenina.[128]

126 Para un análisis general sobre esta materia, ver Girao (2023).
127 Para una definición de "sexo", ver Rogers y Ali (2023), p. 5.
128 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Vicky Hernández y otras v. Hon-*

Por último, una tercera interpretación, que podría considerarse un punto intermedio entre la primera y segunda postura, propone que los términos «mujer» y «hombre» deben ser interpretados teniendo en cuenta la «identidad de género legal» de la persona en cuestión. De conformidad con el artículo 1 de la Ley 21.120, el «derecho a la identidad de género consiste en la facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de estos». Conforme al artículo 3 de la misma ley, toda «persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en esta ley. Asimismo, las imágenes, fotografías, soportes digitales, datos informáticos o cualquier otro instrumento con los que las personas figuren en los registros oficiales deberán ser coincidentes con dicha identidad». La misma regla se encuentra en el inciso primero del artículo 21, conforme al cual, una vez efectuadas las modificaciones y subinscripciones a que se refiere el artículo 20, la persona interesada deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género

Considerando todo lo anterior, esta tercera postura sugiere que, para los efectos de los delitos de femicidio, una persona debe ser considerada mujer u hombre en función de su identidad de género registrada. Si bien la identidad de género registrada suele equivaler al sexo de nacimiento, todas las personas pueden modificarla recurriendo a los procedimientos previstos en la Ley 21.120. Una vez modificado el género registrado, la persona será considerada mujer u hombre según corresponda con el nuevo género.[129]

Hasta ahora, los tribunales chilenos han abordado la discusión anterior solo en algunas sentencias. Así, por ejemplo, en sentencia RIT 187-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique condenó al imputado por un delito de femicidio del artículo 390 bis, inciso segundo, por haber matado a una mujer transgénero en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia. Si bien la víctima se había identificado y percibido como mujer desde niña, no había modificado su sexo registral. Esto no

duras.

129 Matus y Ramírez (2021), pp. 83 y 84; Ramírez (2021b), p. 501.

fue obstáculo, sin embargo, para que el tribunal considerara a la víctima como mujer, argumentando que lo relevante era la identidad de género de la persona involucrada.[130]

En contra de la sentencia condenatoria, el imputado interpuso recurso de nulidad, el que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Iquique por dos votos contra uno, en sentencia rol 321-2023. En primer lugar, la Corte de Apelaciones recordó que «el poder punitivo del Estado se encuentra limitado por el denominado principio de legalidad, en virtud del cual, en término simples, este solo puede ejercer las facultades de castigar penalmente, cuando una ley anterior al hecho lo describe como delito y determina la pena del responsable, principio del que emana, a su vez, el de tipicidad, que viene a especificar el anterior en cuanto se traduce en que la ley debe precisar, de manera completa y acabada, la conducta reprochada. En consecuencia, en materia penal, el legislador debe atenerse a dos límites claros y precisos, uno de carácter formal, relacionado con que solo la ley puede sancionar las conductas prohibidas, y otro de carácter material, vinculado a que el comportamiento vedado debe estar expresamente descrito en ella […], límite este último que procura salvaguardar las garantías de seguridad jurídica y certeza legal, proscribiendo, entre otras cosas, la aplicación analógica de la ley».[131] Con relación ahora al delito de femicidio, la Corte de Apelaciones concluyó que la palabra «mujer», al ser interpretada a la luz de los límites impuestos por el principio de legalidad, debe entenderse como una persona biológicamente femenina.[132]

Además de lo anterior, la Corte de Apelaciones sostuvo que, «frente a la eventual indeterminación del concepto de mujer empleado en la norma en análisis, solo cabía efectuar una interpretación más favorable al reo, cuestión que obligaba, entonces, a optar por otra solución punitiva distinta de la analizada, descartando, desde luego, cualquier analogía que no fuera *in bonam partem*, como aquella que precisamente efectúa el Tribunal».[133]

---

130 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 187-2023, considerando cuarto (primer juicio).

131 Corte de Apelaciones de Santiago de Iquique, rol 321-2023, considerando décimo.

132 Corte de Apelaciones de Santiago de Iquique, rol 321-2023, considerandos décimo y undécimo.

133 Corte de Apelaciones de Santiago de Iquique, rol 321-2023, considerando un-

Finalmente, la Corte de Apelaciones rechaza la referencia a la Ley 21.120, contenida en la sentencia que el imputado recurre, «desde que su objeto, conforme al artículo 2°, se limita a regular un procedimientos para la rectificación de partidas de nacimiento de personas en lo relativo a su sexo y nombre, cuando aquella no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género, esto es, corresponde a una materia y alcance completamente distinto al discutido en estos antecedentes, no debiendo perderse de vista, además, que de entenderse procedente la normativa señalada, su artículo 3° indica que toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley, en los instrumentos públicos y privados que acrediten su identidad respecto del nombre y sexo, en conformidad con lo dispuesto en la misma, lo que se traduce en que la ley exige como requisito indispensable para el tratamiento de una persona conforme a su identidad de género, el haber realizado los trámites que la ley exige al efecto, situación que no había ocurrido en el caso de la especie».[134]

Por todas estas razones, la Corte de Apelaciones acogió el recurso de nulidad interpuesto por el condenado, anulando tanto la sentencia recurrida como el juicio oral celebrado, y ordenó la realización de un nuevo juicio oral.

Con fecha 28 de febrero de 2024, el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique pronunció la sentencia definitiva del segundo juicio realizado en contra del imputado, oportunidad en que resolvió nuevamente condenarlo por un delito de femicidio, pero esta vez del inciso primero, al haber estimado que entre el imputado y la víctima sí existió una relación de convivencia. Respecto del significado de los términos «hombre» y «mujer», el tribunal resolvió que ellos deben interpretarse tomando en consideración la identidad de género de la respectiva persona. Por consiguiente, habiéndose acreditado en este caso que el género con que se identificaba la víctima «era mujer, siendo esa su convicción personal, la que además era reconocida como tal por su grupo familiar y su comunidad, de manera que quedó justificado que […] se autopercibió como mujer, aun cuando no correspondiera a su sexo registral, expresando di-

décimo.

134 Ídem.

cha identidad en sus vestimentas e interacciones sociales»,[135] el tribunal concluyó que, para los efectos del delito de femicidio, la víctima debía ser considerada como una «mujer».[136]

Otra oportunidad en que se tuvo que abordar el debate sobre los conceptos de «hombre» y «mujer» fue la sentencia RIT 238-2023, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio. En este caso, el Ministerio Público acusó al imputado por un delito de femicidio por haber causado dolosamente la muerte de una mujer transgénero. Si bien la víctima se había identificado y percibido como mujer desde niña, no había modificado su sexo registral.

Con relación al significado que cabe atribuir a la palabra «mujer», el tribunal sostuvo que, «para comprender a la mujer transexual dentro del sujeto pasivo del femicidio, para todos los efectos legales, es necesario el cambio registral de su nombre y sexo conforme a la ley del ramo».[137] Esta conclusión, argumentó el tribunal, se encuentra en directa sintonía con lo dispuesto en la Ley 21.120, que en su artículo 3 indica que «toda persona tiene derecho a ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género, una vez realizada la rectificación que regula esta ley», para luego agregar, en su artículo 21, que, una vez efectuadas las modificaciones y subinscripciones a las que se refiere el artículo anterior, «la persona interesada deberá ser reconocida e identificada conforme a su identidad de género».[138] Debido a lo anterior, el tribunal resolvió condenar al imputado por un delito de homicidio simple consumado, descartando la calificación jurídica de femicidio contenida en la acusación.

El Ministerio Público y la querellante interpusieron recursos de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, alegando la causal de nulidad prevista en la letra e) del artículo 374 del Código Procesal Penal, consistente en adolecer la sentencia de una falta de fundamentación. La Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió los recursos de nulidad impetrados, por considerar que el fallo no había fundamentado suficientemente la afirmación de que la prueba de cargo había sido insufi-

135 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 187-2023, considerando octavo (segundo juicio).

136 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 187-2023, considerandos octavo y décimo (segundo juicio).

137 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RIT 238-2023, considerando décimo tercero (primer juicio).

138 Ídem.

ciente para acreditar que el imputado cometió el delito con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima, anulando tanto la sentencia recurrida como el juicio oral celebrado, y ordenando la realización de un nuevo juicio oral. En palabras de la Corte de Apelaciones: «Que, al concluir los sentenciadores, en el último párrafo de su considerando décimo tercero, que '… no se ha acreditado que el móvil de homicidio fuera la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima, sobre aquello, ninguna probanza se incorporó por parte de los acusadores, y como ya se indicó, solo tuvieron en cuenta los dichos del encartado a la testigo […]', no solo descartaron acudir a las presunciones judiciales para acreditar que la conducta del justiciable estuvo o fue motivada por la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima, sino que rehuyeron todo razonamiento al respecto, ignorando el recurso al silogismo, tan necesario como esencialmente pertinente para la acreditación o descarte de esa clase de elementos subjetivos».[139] Por esta razón, la Corte de Apelaciones concluyó que "la precitada conclusión de la sentencia se encuentra desprovista del debido y completo soporte, pues resulta insuficiente para descartar que el sentenciado actuó con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima, en circunstancias que existían indicios o hechos conocidos que ameritaban al menos ser ponderados".[140]

Como se puede apreciar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de nulidad por razones completamente ajenas a la discusión jurídica que se está comentado, de modo tal que su sentencia no contiene un pronunciamiento sobre el significado de las palabras «hombre» y «mujer» para efectos de los delitos de femicidio.

Con fecha 3 de junio de 2024, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio pronunció la sentencia definitiva del segundo juicio realizado en contra del imputado. En esta oportunidad, el tribunal volvió a condenar al imputado por un delito de homicidio simple consumado, rechazando la calificación jurídica de femicidio que proponía la acusación.

Respecto al significado de la expresión «mujer», el tribunal sostuvo que, «si bien se estableció la calidad de mujer transexual de la víctima,

139 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2963-2023, considerando noveno.
140 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2963-2023, considerando décimo.

estimamos que el tipo penal invocado, instaurado incluso con posterioridad a la Ley 21.120, debe ser interpretado a la luz de esta disposición legal que consagra el derecho a la identidad de género, entre otros aspectos, como aquella opción que incluye la posibilidad de cambio registral, la que aquí no aconteció. Así, si bien la hipótesis número 4 del artículo señalado hace alusión a los escenarios que hacen posible la aplicación del tipo penal, por 'haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima', dicha hipótesis siempre discurre sobre un sujeto pasivo de sexo femenino y un sujeto activo de sexo masculino, donde la identidad de género solo surge como hipótesis comisiva, pero no dentro de la calificación de los sujetos […]; y que, entonces, si bien el concepto de mujer no excluye a las mujeres transexuales, esto es en relación con el ejercicio de derechos que entrega la Ley 21.120 que equipara las categorías, vale decir, luego del cambio de sexo registral. Dicha interpretación, por lo demás, se condice con el principio de legalidad propio del derecho penal, en su vertiente de *lex certa* y *stricta*, que nos indica que los conceptos usados por el legislador penal, deben ser interpretados de forma de garantizar que el sujeto activo tenga claridad de las categorías penales con las que se enfrenta, máxime si ellas han sido objeto de pronunciamiento legislativo».[141] Por estas razones, el tribunal concluyó que, «cuando se trata de consecuencias penales, la identidad de género requiere del cambio registral que ha establecido la ley con el fin de otorgar seguridad jurídica a terceros, especialmente si consideramos las exigencias penales de interpretación restrictiva de los tipos penales, para evitar su aplicación a supuestos no contemplados en la norma».[142]

Femicidio íntimo restringido (artículo 390 bis, inciso primero)

De conformidad con el artículo 390 bis, inciso primero, el «hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado».

141 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RIT 238-2023, considerando undécimo (segundo juicio).

142 Ídem.

Se ha argumentado que la justificación de este delito de femicidio y su pena, más severa que la del homicidio calificado, se encontraría en la existencia de un vínculo estrecho entre el autor y la víctima.[143] En atención a este requisito, este delito de femicidio se denomina «femicidio íntimo restringido».[144]

En cuanto a la faz subjetiva del delito en estudio, este puede cometerse tanto con dolo directo como eventual.[145] Dado que el inciso primero del artículo 390 bis no incluye la frase «conociendo las relaciones que los ligan», no cabe excluir el dolo eventual.[146]

Por último, cabe destacar que el inciso primero del artículo 390 bis no exige ningún elemento subjetivo adicional.

Femicidio íntimo ampliado (artículo 390 bis, inciso segundo)

Conforme al artículo 390, inciso segundo, la misma pena prevista en el inciso anterior «se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia».

El inciso segundo del artículo 390 bis requiere que el autor y la víctima hayan tenido una «relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia". En opinión de la doctrina, este requisito constituye un elemento normativo del tipo penal que "se irá desarrollando por la doctrina y jurisprudencia, y que es esencialmente dinámico, puesto que lo que hoy entendemos por relación de pareja no es lo mismo que hace cincuenta años atrás o lo que se entenderá en otros cincuenta años más».[147]

Si bien no resulta sencillo definir qué se debe entender por una relación de pareja de carácter sentimental o sexual, es posible sostener que no cualquier tipo de vínculo personal satisfará este requerimiento.[148] Como afirma Sepúlveda: «Así, por ejemplo, una relación sexual ocasio-

143 Corn (2022), pp. 59 y 60; Santibáñez y Vargas (2011), pp. 204 y 205.
144 Matus y Ramírez (2021), pp. 83 y 84; Ramírez (2021b), p. 502.
145 Balmaceda (2021), p. 64; Santibáñez y Humud (2021), pp. 135 y 136; Ossandón (2022), p. 123.
146 Balmaceda (2021), p. 64; Ossandón (2022), p. 123.
147 Sepúlveda (2020), p. 102.
148 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, RIT 70-2023, considerando décimo sexto; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 376-2023, considerando décimo cuarto.

nal o una relación de afecto entre amigos o compañeros de trabajo no constituyen una relación de pareja».[149]

El legislador ha indicado explícitamente, no obstante, que la relación de carácter sentimental o sexual no puede constituir un vínculo de convivencia, pues, en dicho caso, estaríamos ante un delito del inciso primero del artículo 390 bis. Lo anterior permite concluir que el vínculo exigido por el inciso segundo del artículo 390 bis es más amplio y menos formal que el exigido por su inciso primero.[150] Si bien todos los convivientes tienen una relación sentimental o sexual, no todas las personas que tienen una relación sentimental o sexual pueden calificarse como convivientes. Debido a este vínculo menos exigente, este segundo delito de femicidio se denomina «femicidio íntimo ampliado».[151]

La faz subjetiva de este segundo delito de femicidio es objeto de debate. Una primera postura sostiene que, en virtud de la expresión «en razón de», incorporada en el inciso segundo del artículo 390 bis, se estaría ante un delito de tendencia, «ya que la muerte debe cometerse, según el Diccionario, 'por causa de' esa relación, excluyéndose la imputación a título imprudente o con dolo eventual y exigiendo la prueba específica de tal motivación (art. 340 CPP). La exclusión de la imprudencia puede explicarse, además, por la inexistencia de los deberes jurídicos que emanan de la vida conyugal y de la convivencia. Este elemento subjetivo adicional implica también que, en cuanto a la participación, para imputar a cada interviniente el delito de femicidio habrá que probarse en cada uno de ellos la concurrencia no solo del conocimiento de sus circunstancias objetivas, sino también de su actuación en razón de ellas».[152]

Lo anterior no significa, sin embargo, que el autor de este delito deba obrar únicamente motivado por la relación sentimental o sexual, sino que dicha disposición moral es compatible con la presencia de otras motivaciones que concurran en el sujeto activo.[153]

---

149 Sepúlveda (2020), p. 103.

150 Scheechler (2021), pp. 120-123. Ver también Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RIT 128-2021, confirmada por la Corte Suprema en sentencia rol 92176-2021; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, RIT 70-2023, considerando décimo sexto.

151 Ramírez (2021b), p. 504.

152 Matus y Ramírez (2021), p. 84. En el mismo sentido, Ramírez (2021b), pp. 504 y 505.

153 Ramírez (2021b), p. 505.

Una segunda postura, en cambio, plantea que la expresión «en razón de» no debe interpretarse como una exigencia de un elemento subjetivo adicional, sino que, por el contrario, ha de ser entendida únicamente como una exigencia de conocimiento sobre la relación personal entre el autor y la víctima.[154] Se argumenta que exigir que el hombre mate a la mujer motivado por alguna razón relacionada con la relación sentimental o sexual significaría establecer una carga excesiva para la acusación.[155]

Además, esta segunda posición señala que, si se exigiera un elemento adicional en el caso del inciso segundo del artículo 390 bis, se produciría «una desproporción injustificada entre las hipótesis del inciso primero y las del inciso segundo, pues para las de este último habría que acreditar algo más que para las del primero, sin que aparezcan buenas razones para ello. La solución propuesta supone, nuevamente, una interpretación restrictiva del tipo penal y ajustada a la alta pena con que el delito amenaza».[156]

Los argumentos de esta segunda postura parecen difíciles de acoger. En primer lugar, la decisión sobre exigir o no un determinado elemento subjetivo para tener por configurado un delito no puede depender de la mayor o menor dificultad que tendrá el Ministerio Público para acreditarlo durante el juicio, sino que, por obvio que parezca, ello debiese depender de lo dispuesto por la ley. En segundo lugar, no puede considerarse como algo negativo el solo establecimiento de diferencias a nivel subjetivo entre los delitos de los incisos primero y segundo del artículo 390 bis, siempre que dicha diferencia esté sustentada en la regulación legal. En este caso, el inciso segundo del artículo mencionado incorpora explícitamente una exigencia adicional, a saber, que el autor cometa el delito «en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia», elemento con una indudable connotación subjetiva.[157] Esta segunda postura, al interpretar la expresión mencionada únicamente como una exigencia de conocimiento, la priva de todo significado, pues no cabe duda de que el sujeto activo debe obrar en conocimiento de la relación que lo vincula con la víctima, pues de lo contrario correspondería ya excluir que él haya obrado de manera dolosa.

154 Santibáñez y Humud (2021), pp. 137-139; Corn (2022), pp. 67-69.
155 Santibáñez y Humud (2021), p. 137.
156 Santibáñez y Humud (2021), p. 139.
157 Ossandón (2022), p. 123.

Femicidio no íntimo (artículo 390 ter)

Conforme al inciso primero del artículo 390 ter, el «hombre que matare a una mujer en razón de su género será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo».

Dado que el artículo 390 ter no exige la existencia de ninguna relación previa entre el autor y la víctima,[158] este delito se denomina «femicidio no íntimo».[159]

El inciso segundo del artículo 390 ter prevé cinco situaciones en que se entenderá que la muerte se ha debido a razones de género. A continuación, se revisará cada una de ellas.

Ser consecuencia de la negativa a establecer con el autor una relación de carácter sentimental o sexual

En este caso, el hombre desea tener una relación sentimental o sexual con la víctima, mas ella no accede a ello, razón por la cual el hombre decide acabar con su vida.[160]

Esta primera circunstancia no requiere que el autor haya acosado previamente a la víctima, o cometido otro delito contra ella, a pesar de que esto pueda ocurrir en varias situaciones.

En este tipo de casos, el hombre considera que la víctima no tiene derecho a tomar una decisión autónoma, al margen de los deseos del primero, quien, al ser rechazado por la víctima, decide acabar con su vida. Esta forma de pensar refleja una concepción de objeto, la cual es incompatible con la dignidad que merece cada persona. Esta es la razón por la cual este tipo de situaciones se sanciona a título de femicidio.

Ser consecuencia de que la víctima ejerza o haya ejercido la prostitución, u otra ocupación u oficio de carácter sexual

Esta segunda circunstancia exige la conjunción de dos elementos: primero, es necesario que la víctima haya efectivamente desempeñado alguna ocupación u oficio de carácter sexual, y, segundo, se requiere

158 Ramírez (2021b), p. 506.

159 Sepúlveda (2020), pp. 103 y 104; Pasinato y Pierobom de Ávila (2023), p. 66.

160 Sepúlveda (2020), p. 105; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 376-2023, considerando décimo quinto.

que el autor haya conocido dicha circunstancia y obrado motivado por ella.[161] La ley no requiere, sin embargo, que el autor haya contratado los servicios de la víctima.[162]

En sentencia RIT 524-2022, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó al imputado por un delito de femicidio del artículo 390 ter, sosteniendo que había dado muerte a la víctima por haber ejercido la prostitución. En este caso, el acusado contrató los servicios de la víctima, pero luego no cumplió con el pago. Ante esto, la víctima exigió la entrega de la suma de dinero acordada, produciéndose una pelea entre ambos. El acusado golpeó a la víctima en varias partes del cuerpo y la apuñaló en el tórax, causándole la muerte.[163] Como la discusión se había originado porque el acusado no había pagado los servicios sexuales pactados con la víctima, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua sostuvo que la había matado por razón de su ocupación de carácter sexual. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Rancagua.[164]

Haberse cometido el delito tras haber ejercido contra la víctima cualquier forma de violencia sexual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis

En esta tercera circunstancia, el autor mata a la víctima después de haber ejercido cualquier forma de violencia sexual en su contra.

El legislador ha aclarado, sin embargo, que esto es «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 bis», expresión que debe entenderse en el sentido de que, si se cumplen los elementos del delito de violación con homicidio, sancionado en el artículo citado con una pena de presidio perpetuo simple a presidio perpetuo calificado, el autor deberá ser sancionado únicamente por este último ilícito, y no por un delito de femicidio del artículo 390 ter.[165]

161 Matus y Ramírez (2021), p. 86; Sepúlveda (2020), p. 105.
162 Sepúlveda (2020), p. 105.
163 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 524-2022, considerando décimo quinto.
164 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 882-2023.
165 Sepúlveda (2020), p. 106; Ramírez (2021b), p. 509.

Haberse realizado con motivo de la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la víctima

Esta circunstancia es propiamente de carácter discriminatorio, y supone dar muerte a la mujer porque no se respeta su orientación sexual, identidad de género o expresión de género.[166]

Así, por ejemplo, si un hombre mata a una mujer debido a que esta es homosexual, circunstancia que el primero no acepta, aquel deberá ser condenado por un delito de femicidio del artículo 390 ter, en virtud de esta cuarta circunstancia.

Haberse cometido en cualquier tipo de situación en la que se den circunstancias de manifiesta subordinación por las relaciones desiguales de poder entre el agresor y la víctima, o motivada por una evidente intención de discriminación

Esta circunstancia ha sido establecida en términos amplios,[167] a fin de contemplar todos aquellos casos de discriminación por razones de género en contra de la mujer que no puedan incluirse en alguna de las otras precedentes.[168] Debido a su amplitud, se ha señalado que esta circunstancia quinta constituiría la hipótesis básica de comisión.[169]

En sentencia RIT 23-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno condenó al acusado por un delito de femicidio del artículo 390 ter, al estimar que concurrían los elementos de la quinta circunstancia de su inciso segundo. En este caso, el imputado causó la muerte de la víctima por estrangulamiento. Al momento de analizar si la muerte de la víctima había sido provocada en una situación de subordinación debido a una desigual relación de poder entre ella y el autor, el tribunal de instancia tomó en consideración que la víctima era una mujer de 84 años, de baja estatura y contextura delgada, que vivía en una zona rural y aislada, cerca de un vertedero, sin ningún centro de salud ni estación de policía cercana, y a 10 kilómetros de distancia de una tienda de alimentos. Además, la víctima vivía en condiciones precarias: vivía de una pensión mínima y de la ayuda caritativa de terceros, en una pe-

166 Matus y Ramírez (2021), p. 86.
167 Sepúlveda (2020), p. 107.
168 Ramírez (2021b), p. 507; Matus y Ramírez (2021), p. 85.
169 Ramírez (2021b), pp. 509 y 510; Corn (2022), pp. 67-69; Corn (2021), pp. 221 y 222; Matus y Ramírez (2021), p. 85.

queña choza sin electricidad y con mínimos implementos cotidianos de subsistencia. Por todo ello, el Juzgado de Instrucción concluyó que concurría la circunstancia quinta del párrafo segundo del artículo 390 ter.[170] La sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Valdivia.[171]

Dado que el artículo 390 ter también utiliza la misma expresión, «en razón de», la discusión sobre la faz subjetiva del delito en estudio es la misma que aquella relativa al inciso segundo del artículo 390 bis: mientras que una primera postura sostiene que la expresión indicada debe interpretarse como una exigencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, un segundo enfoque plantea que esta expresión debe interpretarse únicamente como una exigencia de conocimiento de que, en el caso concreto, concurre alguna de las circunstancias descritas en el inciso segundo del artículo 390 ter.

A pesar de la anterior discusión, cabe destacar que el delito del artículo 390 ter no exige que el autor profese o albergue odio hacia la víctima ni hacia las mujeres en general.[172]

Agravantes del artículo 390 quáter

El artículo 390 quáter establece cuatro agravantes específicas para el delito de femicidio: 1) encontrarse la víctima embarazada; 2) ser la víctima una niña o una adolescente menor de 18 años, una mujer adulta mayor o una mujer en situación de discapacidad en los términos de la Ley 20.422; 3) ejecutarlo en presencia de ascendientes o descendientes de la víctima; y 4) ejecutarlo en el contexto de violencia física o psicológica habitual del hechor contra la víctima.

Exclusión de la atenuante de «haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación»

De conformidad con el artículo 390 quinquies, tratándose del delito de femicidio, el juez no podrá aplicar la circunstancia atenuante de respon-

170 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 23-2023, considerando noveno.

171 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1136-2023.

172 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 524-2022, considerando décimo cuarto; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 882-2023, considerando quinto.

sabilidad penal consistente en haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación, prevista en el artículo 11 número 5.

Este nuevo artículo se incorporó como respuesta a una polémica sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle,[173] confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de La Serena,[174] en que se reconoció al imputado la atenuante de arrebato y obcecación en un caso de femicidio frustrado en que este había intentado matar a su pareja tras haberse enterado de que ella había incurrido en infidelidad conyugal. La sentencia del tribunal de instancia causó un intenso debate público debido a que, aplicando las normas sobre determinación de pena y considerando que el tribunal reconoció en total la concurrencia de tres circunstancias atenuantes, resolvió condenar al imputado a una pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo y concederle la pena sustitutiva de libertad vigilada.[175]

Infanticidio

De acuerdo con el artículo 394, cometen «infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio».

De la sola lectura de la disposición citada puede advertirse que el delito de infanticidio constituye una figura privilegiada con relación a los delitos de parricidio, el homicidio calificado, y homicidio simple, en consideración a la menor pena prevista.[176]

El delito de infanticidio estaba regulado en el Código Español de 1848 en los siguientes términos: «La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo que no haya cumplido tres días será castigada con […]. Los abuelos maternos que por ocultar la deshonra de la madre cometieren este delito, con […]. Fuera de estos casos, el que matare a un recién nacido incurrirá en las penas del homicidio». Como se puede apreciar, el delito de infanticidio estaba concebido como una figura privilegiada debido al móvil con que actuaba la persona responsable: ocultar la deshonra de la madre.[177]

173 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, RIT 29-2016.
174 Corte de Apelaciones de La Serena, rol 159-2016.
175 Para un comentario crítico de la sentencia, ver Mañalich (2016).
176 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 54.
177 Etcheberry (1998b), p. 76.

Al momento de incorporar el delito de infanticidio al Código Penal chileno, el legislador nacional decidió eliminar la referencia al móvil de honor, y ampliar el listado de las personas que pueden cometer este delito, a fin de comprender a todos los ascendientes, legítimos e ilegítimos.[178] En opinión de la doctrina, estas dos modificaciones ampliaron el campo de aplicación del delito de infanticidio a niveles difíciles de justificar, resultando casi imposible encontrar una justificación para la menor penalidad prevista por el artículo 394.[179]

Fax objetiva del tipo penal

A nivel de conducta, este delito no presenta ninguna diferencia con las restantes figuras de homicidio.

Se acepta pacíficamente la posibilidad de cometer un infanticidio por omisión, siempre que se cumplan los respectivos requisitos, incluyendo, por cierto, que la persona responsable se encuentre en una posición de garante respecto del bien jurídico protegido. La eventual doble valoración del vínculo de parentesco, primero para configurar la posición de garante y luego para determinar el tipo penal a aplicar, no genera problemas, puesto que ello redundaría en un trato más favorable para la persona acusada, en atención al carácter de figura privilegiada del delito de infanticidio y a la menor pena asignada.[180]

El sujeto activo de este delito debe ser algún ascendiente consanguíneo de la víctima. La víctima, por su parte, debe ser una persona que haya nacido en las últimas cuarenta y ocho horas.

El tipo penal exige que la conducta típica se realice dentro de las cuarenta y ocho horas después del nacimiento de la víctima, mas no es necesario que su muerte se produzca dentro de este plazo.[181]

Faz subjetiva del tipo penal

El agente puede obrar tanto con dolo directo como eventual, no existiendo razones para establecer limitaciones al respecto. Se excluye, en cambio, la imprudencia.[182]

---

178 Etcheberry (1998b), p. 77; Garrido (2010), p. 87.

179 Mayer (2012), pp. 121 y ss.; Balmaceda (2021), p. 69; Garrido (2010), pp. 87 y 88.

180 Ossandón (2022), p. 130; Matus y Ramírez (2021), p. 89; Garrido (2010), p. 91.

181 Garrido (2010), p. 93; Ossandón (2022), p. 131.

182 Balmaceda (2021), pp. 71 y 72; Garrido (2010), pp. 94 y 95; Bullemore y Mackinnon (2018), pp. 55 y 56; Ossandón (2022), pp. 130 y 131.

Cabe recordar que el artículo 394 no exige, como lo requería la legislación española que le sirvió de modelo, que el sujeto activo obre con la intención de ocultar la deshonra.[183]

Inducción y auxilio al suicidio

En esta sección se analizarán los delitos de inducción al suicidio y auxilio al suicidio.

Auxilio al suicidio

El artículo 393 del Código Penal dispone: «El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, si se efectúa la muerte».

El término «suicidio» alude al hecho de inferirse una persona la muerte de manera libre y voluntaria. De este concepto se desprenden tres requisitos para que un hecho sea calificado como suicidio: 1) dominio sobre el curso causal que conduce a la producción de la muerte; 2) capacidad de discernimiento; y 3) voluntad libre de vicios.[184]

Corresponde inmediatamente diferenciar el auxilio al suicidio de la instigación al suicidio. En el primer caso, una persona colabora con el suicidio de otra persona, que esta ha decidido llevar a cabo. En el segundo caso, una persona convence a otra para que se quite la vida. El artículo 393 sanciona el auxilio al suicidio, mientras que la instigación al suicidio se encuentra sancionada por el artículo 393 bis.

Faz objetiva del tipo penal

La conducta sancionada es la de «auxiliar» a otra persona para que se suicide. «Auxiliar» significa ayudar, dar socorro o amparo a otra persona, es decir, prestarle cooperación para que consiga su fin.[185]

No constituye auxilio a un hecho ajeno, sino que ejecución de un hecho propio, la conducta de quien, contando con el dominio del curso causal, causa la muerte de otra persona, incluso si esta desea acabar con su vida y así lo ha requerido. Así, por ejemplo, comete homicidio, y no auxilio al suicidio, la persona que le inyecta la dro-

183 Garrido (2010), p. 94.
184 Ossandón (2022), p. 135.
185 Matus y Ramírez (2021), p. 152.

ga letal a quien no puede hacerlo por sí mismo, o le dispara a quien desea acabar con su vida.[186]

Puesto que la conducta típica consiste en un acto de colaboración con quien ha decidido suicidarse, se excluyen del ámbito de aplicación de este delito los casos en que una persona utiliza a otra como un instrumento para que esta cause su propia muerte. Así sucede, por ejemplo, cuando alguien utiliza a la propia víctima aprovechando que esta se encuentra en una situación de inimputabilidad o en una hipótesis de error de tipo, o bien se encuentra afectada por una situación de inexigibilidad de otra conducta. En todos estos casos, no existe un auténtico suicidio, y la persona que ha instrumentalizado a la víctima responde como autor de un delito de homicidio por autoría mediata.[187]

Para que el auxilio prestado sea punible, este debe ser eficaz. Lo anterior significa que el aporte efectuado por el agente debe ser utilizado por la persona que acaba con su vida. Un aporte ineficaz es impune, al igual que ocurre en los casos de complicidad. Así, si se facilitó un revolver y el suicida en definitiva se envenena, el préstamo del arma de fuego no sería punible.[188]

Sin perjuicio de lo anterior, la ayuda que se presta no necesariamente ha de ser material, puede ser también de naturaleza intelectual, como en el caso de, por ejemplo, una persona que ilustra a otra sobre la forma correcta de utilizar un arma de fuego, con la que esta última planea luego acabar con su vida.[189]

Faz subjetiva del tipo penal

El artículo 393 establece que el que realiza la acción de auxilio debe hacerlo con conocimiento de causa, de suerte que el colaborador subjetivamente debe actuar con dolo.

El agente debe, primero, conocer que su ayuda es una forma de facilitar que el suicida se prive de la vida y, segundo, tener conciencia de que la ayuda es eficaz para ese efecto. Este doble conocimiento descarta la posibilidad de dolo eventual e imprudencia.

186 Garrido (2010), p. 130; Matus y Ramírez (2021), pp. 152 y 153.
187 Ossandón (2022), p. 139; Matus y Ramírez (2021), p. 153 y 154; Etcheberry (1998b), p. 85.
188 Garrido (2010), p. 132; Matus y Ramírez (2021), p. 153.
189 Garrido (2010), p. 132; Matus y Ramírez (2021), p. 153.

El artículo 393 del CP señala que para que se configure el delito de auxilio al suicidio, quien presta la cooperación debe actuar «con conocimiento de causa», expresión que tradicionalmente se ha interpretado como una exigencia de dolo directo.[190]

La persona responsable debe saber que su colaboración constituye una forma de facilitar el suicidio de otra persona y, además, que ella es eficaz para dicho efecto.[191]

No es necesario que el dolo se extienda a la muerte de la otra persona,[192] «pues siendo el suicidio un hecho ajeno, la muerte del suicida podrá, a lo más, ser previsible para el auxiliador, pero nunca querida, en el sentido de un actuar con intención de causar la muerte. Si tal fuera el caso, estaríamos en presencia de un autor mediato de homicidio, que emplea al suicida para el cumplimiento de sus propósitos».[193]

Condición objetiva de punibilidad

El artículo 393 subordina la punibilidad del auxilio al suicidio al requisito de que se produzca la muerte de la persona suicida.[194] Como consecuencia de lo anterior, si la persona suicida no fallece, la conducta del agente, a pesar de encontrarse perfectamente configurada, no será punible, ni siquiera a título de tentativa.[195]

Este elemento, que constituye una condición objetiva de punibilidad, tiene por finalidad evitar una situación que se percibe como contradictoria, a saber, que la persona que sobrevivió no reciba castigo alguno, mientras que sí lo tendría quien colaboró con su intento.[196]

Auxilio al suicidio y eutanasia

El delito de auxilio al suicidio se encuentra vinculado con los supuestos de eutanasia, un concepto ciertamente complejo, por cuanto abarca

190 Balmaceda (2021), p. 155; Garrido (2010), pp. 132 y 133; Matus y Ramírez (2021), p. 155.
191 Garrido (2010), pp. 132 y 133.
192 Ossandón (2022), p. 144.
193 Matus y Ramírez (2021), p. 155.
194 Etcheberry (1998b), p. 87; Garrido (2010), p. 133.
195 Ossandón (2022), p. 147.
196 Ídem.

conductas de muy distinta naturaleza y entidad que comparten la finalidad de asegurarle a otra persona una «buena muerte».[197]

Para el tratamiento penal de la eutanasia, tradicionalmente se ha distinguido entre eutanasia pasiva y eutanasia activa. La primera forma de eutanasia se refiere a la conducta del médico que, conforme a la voluntad de un paciente capaz de autodeterminarse, omite *ab initio*, o más frecuentemente interrumpe, la ejecución de terapias necesarias para su sobrevivencia, lo que conlleva como consecuencia «natural» la muerte de aquel.[198] Por su parte, la eutanasia activa se subdivide entre eutanasia activa indirecta, consistente en la aplicación de medios paliativos del dolor que mediatamente aceleran la muerte del paciente, y eutanasia activa directa, definida como la ejecución de actuaciones que tienden de forma inmediata a provocar la muerte del paciente.[199]

Existe acuerdo en que la eutanasia pasiva no es punible. En efecto, la conducta del médico que no prolonga la vida de manera artificial no puede considerarse como un homicidio en comisión por omisión, fundamentalmente debido a la ausencia de una obligación jurídica de intervenir. Además, si una persona rechaza voluntariamente algún tratamiento médico, no se le puede forzar a someterse a este.[200]

La eutanasia activa indirecta tampoco es punible, pues si bien en este caso se acelera la muerte del paciente, «este efecto debe considerarse como el menor de dos males. Es decir, el médico, con el consentimiento del paciente, debe decidir entre no administrar medios paliativos del dolor, cuestión que no acorta la vida del paciente, pero le garantiza determinados padecimientos o administrárselos y, de esta forma intentar, que el menor tiempo de vida que le quede, pueda vivirlo con padecimientos, también menores».[201]

Distinta es la solución respecto de la eutanasia activa directa. En esta hipótesis, la conducta del médico sí será punible, ya sea a título de homicidio o auxilio al suicidio, dependiendo de quién contaba con el dominio sobre los acontecimientos. Así, por ejemplo, si un médico le entrega a una persona enferma una píldora letal, con la cual esta causa su

197 Viganò (2023), p. 501.
198 Viganò (2023), p. 501; Mayer (2011), p. 389.
199 Mayer (2011), p. 389; Ossandón (2022), p. 148.
200 Ossandón (2022), p. 149; Mayer (2011), pp. 390 y ss.; Matus y Ramírez (2021), pp. 47 y ss.
201 Mayer (2011), p. 390.

muerte, dicha conducta será punible a título de auxilio al suicidio. Por el contrario, si es el propio médico quien inyecta una sustancia letal en el cuerpo de la persona enferma, causando con ello su muerte, su conducta será punible a título de homicidio.

Inducción al suicidio

Conforme al artículo 393 bis, incorporado por la Ley 21.523, quien «induzca a otra persona a cometer suicidio será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Si por tal circunstancia se produjera la muerte, la pena será de presidio menor en sus grados medio a máximo».

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 393 bis, si la inducción al suicidio y la consecuente muerte de la víctima se produjere «con ocasión de concurrir cualesquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 390 ter, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo».

Tradicionalmente, la doctrina ha definido la instigación como crear en otra persona, de manera dolosa y directa, la determinación o resolución de ejecutar un hecho típico y antijurídico.[202] Como consecuencia de lo anterior, es posible señalar que la conducta sancionada por el artículo 393 bis consiste en «hacer surgir en otro sujeto la idea de llevar a cabo un determinado hecho, darse muerte, que no tenía previsto realizar, si no es porque otra persona ha incidido en su proceso de convicción personal».[203]

El fundamento de este tipo penal radica en que la persona suicida decide quitarse la vida precisamente a causa de la inducción. Por esta razón, este delito solamente podrá entenderse configurado cuando la inducción se haya dirigido a una persona que no había ya decidido terminar con su vida.

A diferencia de lo que ocurre con el tipo penal de auxilio al suicidio, el delito de inducción al suicidio no incorpora la muerte de la víctima como una condición objetiva de punibilidad, sino como una circunstancia agravante. De esta forma, la inducción al suicidio será punible con independencia de si la víctima falleció o no.

202 Cury (2011), p. 624; Navas (2022), p. 333.
203 Iñigo (2023), p. 12.

La Ley 21.523 también incorporó un nuevo artículo 390 sexies, cuyo inciso primero sanciona, como autor de suicidio femicida, y con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, a quien, «con ocasión de hechos previos constitutivos de violencia de género, cometidos por este en contra de la víctima, causare el suicidio de una mujer».

A su vez, el inciso segundo define violencia de género como «cualquier acción u omisión basada en el género, que causare muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, donde quiera que esto ocurra, especialmente aquellas circunstancias establecidas en el artículo 390 ter».

Sin perjuicio de que el delito de «suicidio femicida» no sea completamente desconocido a nivel comparado,[204] su incorporación plantea distintas dificultades. En primer lugar, se deberá determinar el alcance y significado de la expresión «con ocasión».[205] Si bien esta expresión es utilizada por otros tipos penales, como los artículos 372 bis y 433, resulta claro que el significado no puede ser el mismo en una y otra situación. Esto por cuanto, mientras que los artículos 372 bis y 433 regulan los casos en que una persona comete dos delitos en un mismo contexto espacio-temporal, el delito del artículo 390 sexies, por su propia naturaleza y sentido, no podría exigir esto, por cuanto este ilícito tiene por finalidad sancionar hipótesis en que una persona, en un primer momento, ejerce violencia de género en contra de la víctima y luego, a consecuencia de esta, ella decide acabar con su vida. Como se puede apreciar, exigir que ambos momentos tengan lugar en un mismo contexto espacio-temporal derrotaría el propósito del nuevo delito 390 sexies, razón por la cual la expresión «con ocasión» deberá ser entendida en un sentido distinto al que tradicionalmente se conoce.

En segundo lugar, el nuevo delito plantea interrogantes con relación a la relación de causalidad y la faz subjetiva requerida por la ley. ¿Qué relación debe existir entre la violencia de género ejercida y la muerte de la víctima? ¿Qué tan exigente debe ser esta potencial relación de causalidad? Además, ¿debe haber existido dolo respecto de la muerte de la víctima, o es suficiente que dicho resultado haya sido previsible para el autor de la conducta constitutiva de violencia de género?

204 Así, por ejemplo, el legislador salvadoreño estableció un delito de suicidio femicida en el año 2010. Al respecto, ver Vega (2021).

205 Castillo (2023a), p. 238.

Capítulo 2

Delitos contra la integridad física

Introducción

El Código Penal contempla diversos delitos contra la integridad física de las personas, siendo los principales las mutilaciones (artículos 395 y 396) y las lesiones propiamente tales (artículos 397 a 399 y 494 número 5).

La persona que está por nacer no puede ser sujeto pasivo de los delitos de mutilación o lesiones, de modo tal que las lesiones al feto son atípicas. Las lesiones y mutilaciones inferidas a uno mismo también son atípicas.[206]

Todas las figuras de mutilación y lesiones constituyen delitos de resultado, ya que requieren, para su consumación, de la producción de un resultado separado de la conducta que lo produce, que se traduce en un daño efectivo de la integridad física.[207] Por consiguiente, para apreciar un delito de mutilaciones o lesiones consumado, se requiere que exista una relación de causalidad e imputación objetiva entre la conducta de la persona responsable y el resultado provocado. Si no se produjere el resultado querido, o faltare la relación de causalidad o la imputación objetiva, la persona responsable deberá ser sancionada a título de tentativa o frustración, según corresponda.

Mutilaciones

El Código Penal contempla tres delitos de mutilación: castración (artículo 395), mutilación de miembro importante (artículo 396, inciso segundo) y mutilación de miembro menos importante (artículo 396, inciso segundo).[208]

Los delitos de mutilación se caracterizan por que la conducta punible en todos ellos corresponde a un verbo rector común, «mutilar», esto es,

206 Matus y Ramírez (2021), pp. 110 y ss.
207 Rettig (2022), p. 202.
208 Rettig (2022), p. 248.

«el cercenamiento, ablación o extracción de algún miembro del cuerpo (todo órgano o parte del cuerpo que tenga una función propia o particular)».[209] Debe, entonces, «tratarse de la pérdida por cercenamiento o destrucción de un miembro o de un órgano».[210]

Un miembro es cualquier parte del cuerpo que está unida a él y que sea útil para alguna actividad física, como una mano, una pierna, una oreja, etc. Por consiguiente, un trozo de carne humana que se corte del cuerpo no constituye un miembro.[211] Por su parte, por órgano debe entenderse «aquella parte o pieza que permite que el cuerpo funcione como tal, fisiológicamente».[212]

Dado que tanto el artículo 395 como el artículo 396 utilizan la expresión «maliciosamente», la opinión mayoritaria restringe la faz subjetiva de los delitos de mutilación al dolo directo, excluyendo tanto el dolo eventual como la imprudencia.[213] Lo anterior no significa, sin embargo, que una mutilación cometida con dolo eventual o imprudencia quedará impune. Por el contrario, dicho caso configurará un delito de lesiones de los artículos 397 a 399, pues la faz subjetiva de estos ilícitos sí acepta el dolo eventual y la imprudencia.[214]

Castración

El artículo 395 sanciona, con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, a quien maliciosamente castrare a otro.

La conducta punible consiste en la amputación, ablación o cercenamiento de los órganos genitales externos o internos, según se trate de una víctima de sexo masculino o femenino.[215]

La esterilización no queda abarcada por el concepto de castración, pues este exige el cercenamiento o la destrucción de los órganos generativos, en tanto que la esterilización es la anulación de la capacidad reproductora, lo que puede lograrse a través de distintas medios, sin que se produzca la pérdida de los órganos generativos ni de la posibilidad de

209 Matus y Ramírez (2021), p. 136.
210 Garrido (2010), p. 150.
211 Rettig (2022), p. 248; Garrido (2010), p. 150.
212 Garrido (2010), p. 150.
213 Matus y Ramírez (2021), pp. 138 y 139; Garrido (2010), p. 151.
214 Garrido (2010), p. 151.
215 Matus y Ramírez (2021), p. 137; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 75; Etcheberry (1998b), p. 122.

tener relaciones sexuales.[216] En Chile, la esterilización podría constituir un delito de lesiones gravísimas del artículo 397 número 1, pero no uno de castración.[217]

¿Cómo debe calificarse la ablación parcial de los órganos generativos? Atendiendo al fundamento del delito en estudio, y siempre que se haya obrado con dolo directo, la opinión mayoritaria estima que la respuesta a la pregunta planteada depende de si la pérdida parcial de los órganos generativos ha ocasionado o no la pérdida de la función de mantener relaciones sexuales o de procrear. Si la respuesta fuere afirmativa, existirá un delito de castración consumado. En caso contrario, se estará ante un delito de castración frustrado o tentado.[218]

Mutilación de un miembro importante

El inciso primero del artículo 396 dispone: «Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo».

Por «miembro importante» debe entenderse aquel que, como señala el inciso transcrito, deja a la víctima en la imposibilidad de valerse por sí misma o de realizar las funciones naturales que ejecutaba con anterioridad al delito.

Funciones naturales son aquellas inherentes o propias de los diversos órganos del cuerpo de toda persona en su sistema orgánico (el funcionamiento del tubo digestivo, los sentidos).[219]

Quedar imposibilitado para valerse por sí mismo no significa que el sujeto quede inválido, sino que es suficiente que la víctima deje de ser autovalente en su relación con la sociedad. Así, por ejemplo, normalmente toda persona está en condiciones de caminar, pero la amputación de un pie ciertamente se lo imposibilita, obligándola a emplear muletas, silla de ruedas o una prótesis.[220]

---

216 Garrido (2010), p. 152.
217 Ídem.
218 Garrido (2010), pp. 152 y 153; Etcheberry (1998b), p. 122; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 75.
219 Garrido (2010), p. 154.
220 Ídem.

Mutilación de un miembro menos importante

El inciso segundo del artículo 396 dispone: «En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio».

Considerando el concepto de miembro importante del inciso primero del artículo 396, es posible concluir que un miembro menos importante es aquel cuya pérdida no deja a la víctima en la imposibilidad de valerse por sí misma ni de realizar una función natural que antes era capaz de llevar a cabo.[221]

El mismo inciso segundo del artículo 396 se encarga de entregar dos ejemplos de miembro menos importante, al señalar un dedo o una oreja. Lo anterior ha sido criticado por ciertos autores, quienes argumentan que la ley no tomó en cuenta situaciones en que esos órganos pueden ser fundamentales para más de alguna víctima, como ocurriría en el caso de un músico o un cocinero.[222]

Lesiones

Los tipos penales de lesiones están regulados en los artículos 397, 398, 399 y 494 número 5 del Código Penal, los cuales pueden sistematizarse de la siguiente manera:

A diferencia de los delitos de mutilación, que solo admiten dolo directo, los delitos de lesiones pueden cometerse tanto con dolo directo como eventual. Además, los delitos de lesiones regulados en los artículos 397, 398 y 399 admiten también la imprudencia.[223] No ocurre lo mismo con el delito de lesiones leves del artículo 494 número 5, ya que, al no encontrarse previsto en el Título VIII del Libro II del Código Penal, los tipos penales imprudentes de los artículos 490 a 492 no le resultan aplicables.

Dado que el delito de lesiones leves del artículo 494 número 5 se trata de una falta, al estar regulada en el Libro III del Código Penal, cabe señalar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 9, solamente se castiga cuando ha sido consumada.[224]

221 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 76.
222 Labatut (2007), p. 173.
223 Garrido (2010), p. 156.
224 Van Weezel (2023), p. 317; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 76.

¿Es posible sancionar, a título de lesiones, las simples vías de hecho que no ocasionan un detrimento físico en la víctima? La opinión mayoritaria sostiene que las simples vías de hecho no resultan punibles a título de lesiones.[225] Así, por ejemplo, una persona que empuja a otra en la vía pública, sin causar un daño en su integridad física, no podrá ser sancionada por un delito de lesiones. Esta interpretación vino a ser confirmada por la incorporación del delito de maltrato corporal relevante, previsto y sancionado en el artículo 403 bis, el cual sí sanciona las simples vías de hecho, mas solo cuando el accionar tenga por víctima a una persona «menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422». De esta forma, resulta claro que, fuera de dichas hipótesis, el simple maltrato de hecho que no ocasiona un detrimento físico en la víctima no es punible.

¿Es posible cometer los delitos de lesiones por omisión? Un sector de la doctrina sostiene que únicamente el delito de lesiones menos graves del artículo 399 podría cometerse por omisión, pero no así las lesiones gravísimas y graves, toda vez que los medios comisivos indicados en los artículos 397 solo harían referencia a conductas activas.[226] Por consiguiente, en caso de cometerse un delito de lesiones mediante omisión, ellas solamente podrán ser sancionadas conforme al artículo 399, salvo los casos especialmente regulados en el artículo 398, hipótesis que sí admitirían la comisión por omisión.[227]

Otro sector de la doctrina plantea una opinión distinta, argumentando que no existiría ningún obstáculo para aceptar que todos los delitos de lesiones puedan cometerse mediante omisión. Si se puede matar por omisión, se argumenta, con mayor razón se debe aceptar la posibilidad de lesionar a otra persona mediante omisión: «no se ve diferencia entre el verbo rector matar y los verbos golpear, herir o maltratar, en las dos hipótesis debe recurrirse al sentido del tipo penal y al bien jurídico protegido, y en ambas la respuesta resulta positiva para su comisión por omisión».[228]

225 Rettig (2022), p. 202.
226 Matus y Ramírez (2021), p. 118; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 76; Rettig (2022), pp. 259-262.
227 Matus y Ramírez (2021), p. 118.
228 Garrido (2010), p. 158.

Esta segunda postura puede ser cuestionada, pues no se hace cargo del argumento de texto de la primera posición: a diferencia de lo que ocurre con el delito de homicidio, el cual no hace referencia a ningún medio comisivo, sino solamente al resultado de la conducta típica, los delitos de lesiones del artículo 397 requieren que el resultado típico se cause a través de determinados medios comisivos, a saber, golpeando, hiriendo o maltratando de obra a la víctima.[229]

Lesiones gravísimas

El artículo 397 número 1 expresa: «El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves: 1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme».

Lo que da el carácter de gravísimas a estas lesiones son las consecuencias que producen en la víctima. Por esta razón, la calificación jurídica está sujeta a que la lesión se concrete en alguno de los cinco resultados enumerados en el artículo 397 número 1.[230]

Los resultados a que alude esta disposición no necesariamente deben haber sido irreversibles, sino que basta con que hayan supuesto un lapso trascendente en la vida de una persona normal, juzgado conforme al criterio de una persona media.[231]

Como se señaló, este delito de lesiones puede cometerse mediante dolo directo, dolo eventual e incluso imprudencia.[232]

Antes de analizar cada uno de los resultados indicados por el artículo 397 número 1, cabe recordar que esta norma restringe los medios comisivos a tres verbos rectores específicos: «herir», «golpear» o «maltratar de obra», sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 398, según se estudiará más adelante.

Demente

La palabra «demente» hace referencia a la persona que padece locura o pérdida del juicio por cualquier causa, y comprende toda deficiencia

229 Rettig (2022), pp. 260-262.
230 Garrido (2010), p. 160.
231 Matus y Ramírez (2021), p. 133.
232 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77.

al intelecto causada por el responsable, incluyendo la interrupción del desarrollo mental de la víctima menor de edad.[233]

Para que una alteración psíquica permita calificar como demente a la víctima, debe «tratarse de un trastorno mental que provoque una seria alteración de la personalidad del afectado, y dicha alteración debe tener cierta duración en relación a la vida de la víctima, ha de extenderse por un lapso notorio en el tiempo».[234] Quedan descartados, como consecuencia de lo anterior, los trastornos mentales transitorios, como lo sería, por ejemplo, la pérdida momentánea de los sentidos a consecuencia de un golpe. No es indispensable, sin embargo, que el trastorno sea permanente o irrecuperable para calificar a quien lo sufre de demente.[235]

Inútil para el trabajo

La inutilidad para el trabajo no se refiere a la imposibilidad de la víctima para realizar toda clase de trabajos, sino que basta con que la víctima haya quedado inhabilitada para realizar aquel trabajo que desempeñaba y aquellos que razonablemente puedan considerarse afines.[236] Por consiguiente, no basta con que la víctima quede incapacitada para realizar precisamente el trabajo que estaba ejecutando a la época de comisión del delito.[237]

Desde una perspectiva temporal, no se exige que la inutilidad para el trabajo sea permanente o irreversible, pero sí es necesario que tenga una duración considerable con relación a la vida de la víctima.[238]

Impotente

Para que se configure este resultado, es suficiente que la víctima, ya sea hombre o mujer, haya sufrido una afección que le impida engendrar o mantener relaciones sexuales.[239]

233 Matus y Ramírez (2021), p. 133; Garrido (2010), p. 160.
234 Garrido (2010), p. 160.
235 Garrido (2010), p. 161.
236 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77; Garrido (2010), p. 161.
237 Garrido (2010), p. 161; Matus y Ramírez (2021), p. 134.
238 Rettig (2022), p. 266; Garrido (2010), p. 161.
239 Etcheberry (1998b), p. 131; Matus y Ramírez (2021), p. 134; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77.

El tipo penal requiere que la lesión provoque el estado de impotencia, con independencia de la forma en que ello ocurra. No se exige, por consiguiente, que se corten o cercenen los órganos generativos.[240]

Se comprende en esta clase de lesiones gravísimas la mutilación de los órganos generativos cuando la persona responsable haya obrado con dolo eventual. Esto por cuanto, según se señaló anteriormente, el delito de castración del artículo 395 requiere dolo directo. Por consiguiente, la ablación de los órganos generativos realizada con dolo directo constituirá castración, mientras que la ablación de dichos órganos realizada con dolo eventual constituirá un delito de lesiones gravísimas.[241]

Impedido de un miembro importante

Para que una lesión merezca la calificación de gravísima conforme a esta hipótesis, ha de provocar en el sujeto pasivo la pérdida de la función de uno de sus órganos o la pérdida material de este.

La noción de inutilización es más amplia que la de mutilación. Toda mutilación implica inutilización, pero no viceversa.[242]

¿Cómo debe entenderse, para los efectos del artículo 397 número 1, la expresión «miembro importante»? Una interpretación puramente literal podría llevar a la conclusión de que la expresión «miembro importante» debe entenderse en el mismo sentido que en el artículo 396, inciso primero.[243] Esta interpretación literal ha sido objeto de críticas, pues produciría las siguientes contradicciones valorativas: primero, resultaría más grave la simple inutilización de un miembro importante que su completa ablación o cercenamiento, según se desprende de las penas previstas por los artículos 396 y 397 número 1, y, segundo, resultaría más grave la mutilación de un miembro importante realizada con dolo eventual que aquella realizada con dolo directo, pues la primera sería sancionada conforme al artículo 397 número 1, mientras que la segunda lo sería de acuerdo con el artículo 396.[244]

Como consecuencia de lo anterior, la postura mayoritaria estima que los dos artículos mencionados deben, necesariamente, aludir a concep-

240 Garrido (2010), p. 162.
241 Ídem.
242 Garrido (2010), p. 162; Matus y Ramírez (2021), p. 135.
243 Etcheberry (1998b), p. 131.
244 Rettig (2022), p. 255; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77.

tos distintos, que permitan explicar la diferencia penológica existente: se postula que el concepto de «miembro importante» del artículo 396 sería más amplio que en el caso del artículo 397 número 1. En el caso de este segundo artículo se requeriría, conforme a esta postura, que la inutilización del miembro sea parangonable en trascendencia a los otros resultados contemplados en la misma disposición. Por ello, podría concluirse que la inutilización que sanciona el artículo 397 número 1 no es la de un miembro importante, según la definición del artículo 396, sino que la de un miembro importantísimo, cuya entidad sea asimilable a los demás resultados indicados en el mismo número 1 del artículo 397.[245]

En consecuencia, toda inutilización (física o funcional) de un miembro importantísimo ha de calificarse como lesiones gravísimas del artículo 397, incluso si se trata de una mutilación. En cambio, una inutilización de un miembro importante (de esos a que se refiere el artículo 396) deberá catalogarse como lesiones graves del artículo 397 número 2.[246]

La adopción de este criterio ha permitido a los tribunales imponer condenas por un delito de lesiones gravísimas del artículo 397 número 1 en casos de mutilación de miembros importantísimos. Así, por ejemplo, en sentencia RIT 1-2017, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique condenó al imputado, entre otros ilícitos, por un delito de lesiones gravísimas del artículo 397 número 1, por haber cercenado los dos glóbulos oculares de la víctima,[247] calificación jurídica confirmada por la Corte Suprema.[248]

En sentencia RIT 27-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol condenó al imputado por un delito de lesiones gravísimas del artículo 397 número 1, por estimar que la víctima había sufrido la inutilización de un miembro importante. Los hechos que se tuvieron por acreditados fueron los siguientes: «En horas de la tarde del día 10 de enero del año 2022 y en circunstancias que la víctima […] se encontraba en el interior del Estadio Municipal de Los Sauces […] fue interceptado por el acusado […], quien sin mediar provocación de la víctima, provisto de un objeto contundente, un palo, le propinó golpes en el rostro, producto

245 Garrido (2010), p. 163; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77.
246 Rettig (2022), pp. 255 y 267; Garrido (2010), p. 163.
247 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT 1-2017.
248 Corte Suprema de Chile, rol 19008-2017.

de lo cual […] resultó con lesiones de carácter grave, consistentes en estallido ocular derecho severo, fractura de base orbita derecha, herida contusa región ciliar y fractura nasal expuesta, lesiones clínicamente de carácter graves, que dejaron como resultado la privación de visión del ojo».[249]

Con relación a la calificación jurídica de estos hechos, el tribunal sostuvo: «Que los hechos descritos precedentemente son constitutivos del delito de lesiones graves, previsto y sancionado en el artículo 397 número 1 del Código Penal, toda vez que el hechor ejecutó la acción típica consistente en agredir al ofendido con ánimo de lesionar, lo que se demuestra al valerse para ello de un elemento contundente que dirigió a la zona ocular derecha del ofendido, a consecuencia de lo cual este sufrió las lesiones ya descritas que derivaron en la pérdida del 100 % de la visión de su ojo derecho, lo que equivale naturalmente a la pérdida un miembro importante».[250]

Notable deformidad

Por deformidad debe entenderse cualquiera alteración de naturaleza estética que afecta al sujeto pasivo.[251] Por consiguiente, quedan marginadas las afecciones no estéticas, tales como aquellas que no permiten un buen funcionamiento del cuerpo, como la inmovilidad de un brazo.[252]

La deformidad puede afectar a cualquier parte del cuerpo, o a todo este, no hay razón para radicarla en el rostro únicamente. Tampoco es necesario que la deformidad se refiera a partes visibles, sino que también puede corresponder a aquellas que generalmente están ocultas de terceras personas.[253]

Una persona que ya sufra alguna deformidad igualmente puede ser víctima de este delito, en caso de que el ataque le cause alguna otra deformidad o agrave ostensiblemente la que ya padecía.[254]

---

249 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RIT 27-2023, considerando undécimo.

250 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RIT 27-2023, considerando décimo tercero.

251 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77; Garrido (2010), p. 164; Rettig (2022), p. 267.

252 Garrido (2010), p. 164; Etcheberry (1998b), p. 132.

253 Garrido (2010), p. 165; Rettig (2022), p. 267.

254 Garrido (2010), p. 165.

La deformidad debe ser notable, en el sentido de significar una catástrofe comparable a las otras consecuencias descritas en el artículo 397 número 1.[255] Por consiguiente, la simple alteración del aspecto físico de la víctima es insuficiente para encuadrar una lesión en el artículo 397 número 1.[256]

Lesiones graves

El artículo 397 número 2 sanciona a quien hiera, golpee o maltrate de obra a otra persona, ocasionándole enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días.

Los conceptos enfermedad e incapacidad, si bien generalmente se darán coetáneamente, no se superponen exactamente.[257] El concepto de enfermedad es amplio, y comprende cualquier perturbación de la salud física o mental que compromete la capacidad funcional de la víctima,[258] incluidos los trastornos psicológicos transitorios.[259] La expresión «incapacidad» no está tomada en un sentido genérico o abstracto, sino que se refiere al trabajo que desarrollaba la víctima al momento de sufrir la lesión.[260]

Este tipo de lesiones puede cometerse mediante dolo directo, dolo eventual e incluso imprudencia.[261]

Cabe recordar que el artículo 397 restringe los medios comisivos a tres verbos rectores específicos: «herir», «golpear» o «maltratar de obra», sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 398, según se estudiará más adelante.

En sentencia RIT 316-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso condenó a la imputada por un delito de lesiones graves del artículo 397 número 2, por haber golpeado a la víctima y haberle causado lesiones consistentes en «fractura de tibia izquierda distal, fractura de maléolo posterior izquierdo y fractura de peroné próximo izquierdo», las cuales tardarían en sanar más de treinta días, causando igual tiempo de incapacidad.[262]

---

255 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 77.
256 Rettig (2022), pp. 267 y 268.
257 Garrido (2010), p. 166.
258 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 78.
259 Rettig (2022), p. 264.
260 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 78; Garrido (2010), p. 166.
261 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 78.
262 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT 316-2023, considerando duodécimo. Un caso similar fue resuelto por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

Lesiones causadas haciendo ingerir sustancias nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima

Conforme al artículo 398, las «penas del artículo anterior son aplicables respectivamente al que causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu».

En términos prácticos, lo que hace el artículo 398 es añadir dos medios comisivos a aquellos indicados en el artículo 397. Por esta razón, si se consideraran conjuntamente los artículos 397 y 398, el encabezado del primero podría leerse de la siguiente forma: «quien hiriere, golpeare o maltratare de obra a otra persona, o le administrare a sabiendas sustancias o bebidas nocivas, o abusara de su credulidad o flaqueza de espíritu, será castigado como responsable de lesiones graves».

Según se señaló anteriormente, la doctrina sostiene que esta hipótesis, a diferencia de los demás medios enunciados en el artículo 397, sí admite la comisión por omisión.[263]

El artículo 398 establece dos alternativas distintas: administrar sustancias o bebidas nocivas, y abusar de la credibilidad o flaqueza de espíritu de la víctima.

La primera hipótesis comprende la administración de sustancias o bebidas nocivas. Sustancia nociva es toda aquella capaz de provocar enfermedad o incapacidad a la persona que la recibe en su organismo.[264] El concepto de nocividad es relativo, pues una sustancia puede ser nociva para una persona y no para otra (por ejemplo, una dosis de azúcar puede ser nociva para una persona diabética). Todo dependerá de las características de la víctima y del caso concreto.[265]

El artículo 398 no exige que la administración de la sustancia o bebida nociva sea alevosa, a diferencia de la circunstancia calificante de veneno del artículo 391 número 1, según se señaló anteriormente.[266]

La faz subjetiva de esta figura exige que el autor del hecho actúe «a sabiendas», expresión que ha sido interpretada como una exigencia de

---

de Punta Arenas, en sentencia RIT 114-2023.

263 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 78; Matus y Ramírez (2021), p. 118.

264 Matus y Ramírez (2021), pp. 129 y 130.

265 Garrido (2010), p. 167.

266 Matus y Ramírez (2021), p. 130.

dolo directo respecto de la nocividad de la sustancia o bebida, sin perjuicio de que, respecto de otras circunstancias, como lo sería el específico resultado de lesiones, se admita el dolo eventual.[267]

La segunda alternativa sancionada en el artículo 398 consiste en causar una lesión grave abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima. Crédulo es aquel que confía plenamente en otra persona, le tiene fe. La flaqueza de espíritu hace referencia a una persona débil de entendimiento o ingenua.[268]

Se ha planteado que el artículo 398 podría comprender situaciones como el contagio de enfermedades de transmisión sexual u otra naturaleza, en el entendido de que los virus transmisibles podrían asimilarse a las sustancias nocivas. Por cierto, la responsabilidad penal de quien desconoce ser portador de alguna enfermedad transmisible queda descartada por falta de dolo, de manera tal que los casos que plantean reales problemas son aquellos en que una persona, sabiendo que padece alguna enfermedad contagiosa, realiza alguna actividad con otra persona y la contagia. Por ejemplo, piénsese en una persona que, sabiendo que padece alguna enfermedad de transmisión sexual, mantiene relaciones sexuales sin protección con otra persona. En este tipo de casos, no se ve ningún obstáculo para no condenar a esta persona, en caso de que su conducta cause lesiones graves o gravísimas, por un delito del artículo 397, según corresponda.[269]

Su responsabilidad penal se deberá descartar si la persona responsable adopta las medidas de protección que corresponda, o si, comunicada su enfermedad a la víctima, esta rechaza voluntariamente la adopción de las medidas de protección, asumiendo por consiguiente los riesgos.[270]

Lesiones menos graves y leves

El artículo 399 dispone: «Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales».

Las lesiones, para ser menos graves, deben cumplir con tres características, dos positivas y una negativa. La primera característica positiva

267 Garrido (2010), p. 168; Matus y Ramírez (2021), p. 131.
268 Garrido (2010), p. 168.
269 Matus y Ramírez (2021), p. 132; Garrido (2010), p. 168.
270 Matus y Ramírez (2021), p. 132.

deriva de la naturaleza subsidiaria del tipo descrito en el artículo 399, que comprende cualquier lesión que no pueda adecuarse a los delitos de mutilaciones o lesiones del artículo 397. La segunda característica de esta clase de lesiones consiste en que causen una enfermedad o incapacidad para el trabajo por hasta treinta días, marcando así la diferencia con las lesiones del artículo 397 número 2. Finalmente, las lesiones menos graves tendrán esta calificación siempre que, a su vez, concurra una condición negativa: que no corresponda calificarla como leves.[271]

A diferencia de las lesiones del artículo 397, las lesiones menos graves del artículo 399 no están restringidas a medios comisivos específicos, por lo que pueden cometerse a través de cualquier medio, incluso mediante omisión.[272]

Por su parte, las lesiones leves, previstas en el artículo 494 número 5, son aquellas que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y las circunstancias del hecho.

El mismo número 5 indica, a continuación, que el tribunal en ningún caso «podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5 de la ley sobre violencia intrafamiliar, ni aquellas cometidas en contra de las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 403 bis de este Código».

De esta forma, lesión leve es una lesión que, según la valoración del tribunal, no corresponde que sea calificada como menos grave, en consideración a la calidad de las personas y las circunstancias concretas del hecho. En su valoración, el tribunal podrá considerar factores tales como la edad de los afectados, la relación entre ellos, la eventual existencia de alguna relación de jerarquía, el lugar y condiciones en que se infirieron las lesiones, entre otros.

El sistema adoptado por la ley para distinguir una lesión menos grave de una leve ha sido objeto de críticas, porque sujeta esa determinación a la valoración de elementos vagos, en lugar de sustentarla en circunstancias objetivas, como es el caso, por ejemplo, de los artículos 193 y 196 de la ley de tránsito, los cuales disponen que, para los efectos de dichos artículos, se considerarán leves las lesiones que causan una enfermedad o incapacidad no superior a siete días.[273]

271 Garrido (2010), pp. 168 y 169.
272 Matus y Ramírez (2021), p. 118.
273 Garrido (2010), p. 171.

Las lesiones menos graves pueden cometerse mediante dolo directo, dolo eventual o imprudencia. Las lesiones leves cometidas de manera imprudente, en cambio, al tratarse de una falta, no pueden ser sancionadas conforme a los artículos 490 a 492.

Circunstancia agravante especial aplicable a los delitos de mutilaciones y lesiones

Conforme al artículo 400, si los hechos a que se refieren los artículos 395 a 399 se ejecutaren en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5 de la ley de violencia intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias segunda, tercera o cuarta del artículo 391 número 1, la pena se aumentará en un grado. Asimismo, si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de un menor de dieciocho años, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, por quienes tengan encomendado su cuidado, la pena señalada para el delito se aumentará en un grado. De la misma forma, si los hechos a que se refieren el número 2 del artículo 397 y el artículo 399 se ejecutaren en contra de miembros de los Cuerpos de Bomberos en ejercicio de sus funciones, la pena señalada para el delito se aumentará en un grado.

Con relación a las personas mencionadas en el artículo 5 de la ley de violencia intrafamiliar, cabe recordar que el artículo 494 número 5 dispone que las lesiones ejecutadas en contra de ellas nunca podrán calificarse como leves. Lo anterior podría plantear cuestionamientos desde el punto de vista de la prohibición de *bis in idem*, ya que una misma circunstancia, la relación de parentesco, podría ser considerada dos veces para agravar la responsabilidad penal de la persona imputada. Para efectos de evitar incurrir en una doble valoración, la doctrina ha propuesto la siguiente solución: el tribunal debe, siempre y en todo caso, analizar las lesiones con independencia de la relación de parentesco.

Si, analizadas las lesiones con prescindencia de la relación de parentesco, el tribunal concluye que ellas merecen ser calificada como leves, en dicho caso se debería aplicar lo dispuesto en la parte final del artículo 494 número 5, y calificar las lesiones, que primitivamente merecían ser consideradas leves, como menos graves. En este caso, no se podrá luego aplicar la agravante del inciso primero del artículo 400, ya que la relación de parentesco habría sido ya considerada para calificar las lesiones como menos graves.

Por el contrario, si realizado el análisis de las lesiones con prescindencia de la relación de parentesco, el tribunal concluye que ellas merecen ser calificadas como menos graves, en dicha hipótesis sí se podrá aplicar la agravante del inciso primero del artículo 400, pues en este caso el parentesco no habría sido tenido en consideración previamente para efectos de determinar el tipo penal aplicable.[274]

En sentencia RIT 23-2023, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó al imputado por un delito de lesiones menos graves, aplicando la agravante del inciso primero del artículo 400. En dicho caso, se tuvo por acreditado que el imputado agredió a la víctima con golpes de puño en la cabeza y brazos, causándole «con aumento de volumen en región parieto-occipital derecha, sensible a la palpación sin crépitos, heridas erosivas en ambos codos con importante eritema en ambos antebrazos, asociado a impotencia funcional, además de importante dolor, lesiones que fueron diagnosticadas clínicamente de mediana gravedad».[275]

El tribunal consideró que estos hechos configuraban un delito de lesiones menos graves del artículo 399 y decidió aplicar, además, la agravante del inciso primero del artículo 400, toda vez que entre la víctima y el imputado existía una relación de parentesco de aquellas indicadas en el artículo 5 de la Ley 20.066.[276]

Delitos de maltrato habitual y no pago reiterado de pensión alimenticia

En esta sección se analizarán los delitos de maltrato habitual y de no pago reiterado de pensión alimenticia.

Maltrato habitual

La Ley 20.066 tiene por objeto prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, y otorgar protección a las víctimas de esta.

El artículo 5 define «violencia intrafamiliar» en los siguientes términos:

274 Van Weezel (2008), p. 238.
275 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 23-2023, considerando décimo tercero.
276 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 23-2023, considerando décimo cuarto.

> Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.
>
> También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.
>
> Asimismo, constituyen violencia intrafamiliar las conductas ejercidas en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que tengan como objeto directo la vulneración de la autonomía económica de la mujer, o la vulneración patrimonial, o de la subsistencia económica de la familia o de los hijos, tal como el incumplimiento reiterado del deber de proveer alimentos, que se lleven a cabo con el propósito de ejercer control sobre ella, o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, generar dependencia o generar un menoscabo de dicho patrimonio o el de sus hijos e hijas.

¿Qué tribunal es competente para conocer de los casos de violencia intrafamiliar? Conforme al artículo 6, los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la Ley 19.968. Por el contrario, los actos de violencia intrafamiliar que sí constituyan delito serán competencia de los tribunales penales. De esta manera, a fin de determinar el tribunal competente ante un caso de violencia intrafamiliar, se debe dilucidar si tal hecho constituye o no delito.

Los hechos de violencia intrafamiliar física que causen un efectivo menoscabo en la integridad física de la víctima constituirán delitos de lesiones y serán, por consiguiente, competencia de los tribunales penales. Por el contrario, los hechos de violencia intrafamiliar psicológica, así como la violencia física que no cause un efectivo menoscabo en la integridad física de la víctima, no constituirán delitos de lesiones y serán, generalmente, competencia de los tribunales de familia. Sin embargo, en estos últimos casos se podría estar ante un delito de maltrato habitual.

Conforme al inciso primero del artículo 14, el «ejercicio habitual de violencia física, psíquica o económica respecto de alguna de las perso-

nas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará solo la pena asignada por la ley a este». Por su parte, el inciso segundo del artículo mencionado dispone que, para «apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria».

El tipo de maltrato habitual es subsidiario, pues su aplicación se excluye siempre que «el ejercicio de violencia física o psíquica» sobre la víctima sea constitutivo de un delito cuya pena sea mayor que presidio menor en su grado mínimo.[277]

No pago reiterado de pensión alimenticia

La Ley 21.389 pretendió lograr el pago efectivo de las pensiones alimenticias adeudadas en Chile.[278] Para estos efectos, se incorporó un nuevo artículo 14 bis, norma que dispone: «El que estando obligado al pago de pensiones de alimentos, y con el objeto de menoscabar o controlar la posición económica de la mujer incumpliere reiteradamente el pago de la pensión de alimentos, será sancionado con las penas del artículo 14 de esta ley. Se entenderá, en este caso, que existe un incumplimiento reiterado cuando el deudor permanezca por más de 120 días en el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos».

Desde una perspectiva objetiva, el delito en análisis requiere que la persona no haya pagado la pensión alimenticia de manera reiterada, con prescindencia de las razones que motivaron dicho incumplimiento.[279]

A nivel subjetivo, el artículo 14 bis comprende un elemento subjetivo distinto del dolo, a saber, que el incumplimiento se realice con el objeto de menoscabar o de controlar la posición económica de la mujer.[280]

277 Van Weezel (2008), p. 239.
278 Castillo (2023b), p. 800.
279 Castillo (2023b), p. 802.
280 Ídem.

Norma especial sobre la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior

Como último punto, cabe mencionar que, conforme al artículo 14 ter, en los delitos constitutivos de violencia intrafamiliar, el juez deberá, para efectos de evaluar la irreprochable conducta anterior del imputado, considerar las anotaciones que consten en el registro de sanciones por violencia intrafamiliar a que se refiere el artículo 12 de la Ley 20.066.

Capítulo 3

Delitos contra la libertad e indemnidad sexual

Introducción

La regulación chilena en materia de delitos sexuales responde al modelo de coacción, el cual se caracteriza por que la falta de consentimiento de la víctima no es suficiente para tener por configurado alguno de los distintos delitos sexuales. En este modelo, además de la falta de consentimiento de la víctima, el legislador exige que se haya configurado alguna específica circunstancia comisiva prevista por el tipo penal. En otros términos, la falta de consentimiento de la víctima es condición necesaria, mas no suficiente para que se configure algún delito sexual.

Si bien el modelo de coacción continúa siendo mayoritario a nivel comparado, en las últimas décadas ha estado sometido a numerosas críticas. En particular, se le critica que, al no considerar la falta de consentimiento como una condición suficiente y exigir además, la concurrencia de alguna particular circunstancia comisiva, este modelo no sanciona todos los atentados sexuales sin el consentimiento de la víctima, pues existen numerosas hipótesis en que, a pesar de que la víctima no ha consentido, puede no configurarse alguna circunstancia comisiva prevista por el legislador, caso en el cual corresponde absolver a la persona imputada.[281]

Un caso resuelto por el Tribunal Federal alemán en 2015 permite ejemplificar adecuadamente los problemas del modelo de coacción. En dicho caso, el imputado, quien trabajaba en una agencia estatal de empleo, sostuvo una reunión con una usuaria, la víctima, una joven clienta sin relación personal con el imputado. Durante la reunión, sostenida en la oficina del imputado, este efectuó ciertos comentarios sobre la apariencia física de la víctima y la besó de manera sorpresiva. Posteriormente, le pidió que le practicara sexo oral, solicitud que la víctima rechazó expresamente. No obstante, el imputado se abrió los pantalones e introdujo

281 Sovino y Huerta (2019), p. 94.

el pene en la boca de la víctima, mientras ella permanecía sentada en la silla. El Tribunal Federal alemán resolvió que, a pesar de la negativa expresa de la víctima, la penetración bucal no podía calificarse como un delito de violación, toda vez que no se había configurado ninguna de las circunstancias comisivas que contemplada el antiguo párrafo 177 del Código Penal alemán.[282] Por cierto, la sentencia del Tribunal Federal alemán motivó críticas y generó un intenso debate público.

Como consecuencia de estas críticas, son cada más los países que han adoptado modelos basados en la falta de consentimiento de la víctima, los cuales se caracterizan por que la falta de consentimiento pasa a ser un elemento suficiente para tener por configurado algún delito sexual, al menos en la hipótesis básica prevista en el respectivo sistema. Luego, sobre esta figura básica se prevén circunstancias calificantes, cuyo fin es aumentar la pena según la específica forma que adoptó el ataque.[283] Los modelos basados en la falta de consentimiento pueden acoger un enfoque de «no significa no», como lo hizo el legislador alemán,[284] o de consentimiento afirmativo, de «solo sí significa sí»,[285] como es el caso de España,[286] Suecia,[287] Islandia[288] y Bélgica.[289] El enfoque «no significa no» entraña que las relaciones sexuales se consideran consentidas hasta que una persona dice no. Por el contrario, un enfoque de consentimiento afirmativo, de «solo sí significa sí», implica que las relaciones sexuales se consideran consentidas solamente cuando todas las personas que participan han dado su consentimiento explícito.[290]

La adopción de un modelo basado en la falta de consentimiento de la víctima ha sido también apoyada por el derecho internacional.[291] Así, por ejemplo, el Convenio de Estambul del Consejo de Europa prescribe, en su artículo 36, que los Estados adoptarán «las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a. La penetración vaginal, anal u oral no consenti-

282 Sobre este punto, ver Hörnle (2017), p. 1313.
283 Sobre las características de ambos modelos, ver Hörnle (2018), pp. 237 y ss.
284 Párrafo 177 número 1 del Código Penal.
285 Burghardt y Steinl (2021), p. 693.
286 Artículo 178 número 1 del Código Penal.
287 Capítulo 6, Sección 1, del Código Penal.
288 Artículo 194 del Código Penal.
289 Artículo 375 del Código Penal.
290 Torenz (2021), pp. 718 y 719.
291 Camplá y Sovino (2022), p. 80.

da, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b. Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c. El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero».[292] Como se puede apreciar, el Convenio de Estambul coloca la falta de consentimiento en el centro de la discusión, explicitando que todo acto de significación sexual en contra de otra persona sin su consentimiento debe ser penalmente sancionado, de modo tal que no procede exigir otros requisitos.

En la misma dirección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la violencia sexual «se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno».[293] Por esta razón, la Corte estima que las normas nacionales sobre violencia sexual deben contener la figura del consentimiento como su eje central, «es decir, para que se perpetre una violación, no se debe exigir la prueba de amenaza, uso de la fuerza o violencia física, bastando para ello que se demuestre, mediante cualquier medio probatorio idóneo, que la víctima no consintió con el acto sexual. Los tipos penales relativos a la violencia sexual deben centrarse en el consentimiento, elemento esencial en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual».[294]

Lamentablemente, las críticas en contra del modelo de coacción y las propuestas del derecho internacional no han sido atendidas por el legislador chileno, al menos no todavía.

El modelo de coacción chileno se expresa principalmente en las normas relativas a los delitos de violación en contra de una persona mayor de 14 años (artículo 361), estupro (artículo 363), abuso sexual calificado (artículo 365 bis) y abuso sexual en contra de una persona mayor de 14 años (artículo 366).

Así, por ejemplo, el artículo 361 sanciona, a título de violación, a quien accediere carnalmente a otra persona siempre y cuando se cumpla algu-

292 Convenio de Estambul del Consejo de Europa, artículo 36.
293 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Angulo Losada v. Bolivia*, párrafo 136.
294 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Angulo Losada v. Bolivia*, párrafo 145.

na de las cinco circunstancias descritas en el mismo artículo. Por consiguiente, el solo acceso carnal sin el consentimiento de la víctima, sin que se cumpla alguna de dichas circunstancias, no resulta suficiente para tener por configurado el delito de violación mencionado.[295] En términos similares, el artículo 366, inciso primero, sanciona a quien realizare alguna acción de significación sexual y de relevancia en contra de una persona mayor de 14 años sin su consentimiento, a condición de que se configure alguna de las circunstancias del ya citado artículo 361.

Violación en contra de persona mayor de 14 años

El artículo 361 sanciona, con presidio mayor en su grado mínimo a medio, a la persona que acceda carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de 14 años, en alguno de los siguientes casos: 1) cuando se utiliza fuerza o intimidación; 2) cuando la víctima se encuentra privada de sentido o el violador se aprovecha de su incapacidad para oponerse; y 3) cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Por acceso carnal debe entenderse la introducción del órgano sexual masculino,[296] excluyéndose la introducción de otro tipo de objetos o partes del cuerpo, casos que podrán ser sancionados a título de abusos sexuales.[297] Como consecuencia de lo anterior, el delito se consuma cuando se produce el acceso carnal, es decir, la introducción del órgano sexual masculino, no siendo necesario que la introducción sea completa.[298]

Si bien es cierto que el artículo 361 no menciona la falta de consentimiento de la víctima como un elemento del tipo penal, resulta indudable que sí es un requisito para la configuración del delito en estudio. Así lo revela un examen global de las modalidades de comisión indicadas en

295 En este sentido, Matus y Ramírez (2021), p. 189, así como Garrido (2010), p. 278, afirman que el acceso carnal no es ilícito en sí mismo en Chile, sino que su ilicitud viene dada por la configuración de alguna de las circunstancias comisivas establecidas por el legislador. Etcheberry (1998c), p. 56, por el contrario, define el delito de violación como « el acceso carnal de un varón a una mujer sin la voluntad de esta», no advirtiendo que no todo acceso carnal sin el consentimiento de la víctima constituye un delito de violación, pues puede ocurrir que no se configure ninguna de las circunstancias comisivas señaladas en el artículo 361.

296 Rodríguez (2023), p. 182.

297 Garrido (2010), p. 276.

298 Rodríguez (2023), pp. 185 y 186.

el artículo 361. Como consecuencia de lo anterior, si la víctima consiente en la realización del acto sexual, por más que objetivamente se configure alguna de las circunstancias comisivas, no corresponderá apreciar un delito de violación del artículo 361.[299] La situación es distinta en el caso del delito de violación del artículo 362, toda vez que, como se señalará más adelante, la ley considera que las personas menores de 14 años no están en condiciones de consentir válidamente la realización de comportamientos de naturaleza sexual.[300]

Circunstancias comisivas del artículo 361

El artículo 361 contempla, en sus tres números, cinco circunstancias comisivas: fuerza, intimidación, privación de sentido, incapacidad para oponerse, y enajenación o trastorno mental.[301]

Fuerza

Esta hipótesis comprende únicamente la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer su voluntad contraria a la realización del acceso carnal.[302]

No es necesario que la fuerza se mantenga durante toda la violación, ni tampoco que exista resistencia o que esta sea continuada.[303]

La mayor o menor resistencia de la víctima no es un elemento del tipo y, por lo tanto, es irrelevante para efectos de tener por configurado el delito de violación. Por consiguiente, no corresponde exigir que la acusación acredite que la víctima se resistió al ataque.[304]

La violencia que no se ejerce sobre el cuerpo de la víctima, pero que tiene por objeto doblegar su resistencia (por ejemplo, golpear a otra persona para atemorizar a la víctima, o destruir sus pertenencias o medidas de protección, como una puerta) no constituye fuerza para estos efectos, pero sí podrá constituir una hipótesis de intimidación.[305]

---

299 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2022, considerando décimo primero.
300 Rodríguez (2023), pp. 190 y 191.
301 Garrido (2010), pp. 278 y 279.
302 Rodríguez (2023), pp. 192 y 193.
303 Matus y Ramírez (2021), p. 191.
304 Rodríguez (2023), pp. 194 y 195.
305 Etcheberry (1998c), p. 58; Garrido (2010), p. 282.

Cabe subrayar, por último, que la fuerza a que se refiere esta primera circunstancia no requiere que el autor del delito golpee a la víctima. Si bien el ejercicio de violencia física puede usualmente importar golpes e incluso lesiones, ello no siempre ocurrirá. Lo que exige el artículo 361 es únicamente el ejercicio de violencia material sobre el cuerpo de la víctima. Por consiguiente, existirá fuerza, para los efectos del artículo 361, cuando el autor sujete los brazos o piernas de la víctima, u otra parte del cuerpo, impidiéndole moverse, o le tape la boca con su mano, para evitar que grite o pida auxilio, o la empuje en contra de una pared, a fin de impedir su escape.

La sentencia RIT 36-2023, del 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones,[306] constituye un ejemplo de lo señalado en el párrafo anterior. En dicha oportunidad, el tribunal sostuvo que la «fuerza o vis absoluta está constituida por aquella acción violenta ejercida físicamente sobre el cuerpo de la víctima, realizada por el hechor o un tercero, destinada a vencer su oposición al acto sexual».[307] Respecto del caso concreto, el tribunal sostuvo que el uso de fuerza por parte del agresor «resulta evidente de su forma de proceder, pues le tapa la boca y ojos a la víctima y luego la penetra, haciéndola sangrar, pese a que la joven le pedía que se detuviera y parara, forcejeaba para alejarlo y no lo pudo lograr por la mayor fuerza que tenía su agresor […] el uso de la fuerza durante los acometimientos, esta queda patente desde que la afectada durante toda su narración describe que ella no consintió en el acto sexual al que fue compelida, le señalaba a su agresor que parara y trataba de zafarse de él, pero no podía lograrlo porque este tenía más fuerza que ella, que le dolía mientras era penetrada y que lloraba durante el accionar de su agresor, descripciones todas que llevan a concluir que necesariamente debió utilizarse la fuerza como método de dominación de la afectada».[308]

En un sentido similar razonó el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia RIT 3-2022. Una parte de los hechos acreditados en este caso fue la siguiente: «El día 2 de octubre de 2018, al interior de la empresa constructora […], en circunstancias que […] se encontra-

306 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2681-2023.

307 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 36-2023, considerando octavo.

308 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 36-2023, considerando octavo.

ba trabajando en sus labores de aseo, fue abordada en el ascensor por el jefe de obras de la referida empresa […], quien comenzó a tocarla por sobre sus vestimentas en su vagina, tratando la víctima de alejarlo, no obstante el imputado procedió a introducir una llave en el ascensor a fin de dejarlo bloqueado, aprovechando esa circunstancia para proceder a tocar su vagina por debajo de su ropa».[309]

Respecto del hecho transcrito, el tribunal sostuvo que «la conducta llevada a cabo por el acusado […], de conducir a la víctima hasta un ascensor y bloquear su normal desplazamiento para tocar sus partes íntimas por debajo o por sobre sus ropas, constituye manifiestamente una expresión de fuerza del agente para lograr concreción de sus designios, pues se busca anular o mermar la oposición que podría presentar la víctima y que de hecho manifestó la afectada».[310]

Como último ejemplo, cabe citar la sentencia RIT 139-2022, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó. En este caso, el imputado «tomó a […] y lo lanzó hacia un sillón existente en el lugar, se acercó por detrás; le bajó la cabeza, lo presionó con fuerza en el sillón, lo que impidió que el ofendido pudiera solicitar auxilio por miedo y la fuerza ejercida en su contra, agarrando los brazos del ofendido que los mantenía atrás de su espalda. En ese mismo instante, […] posicionó su pene contra los glúteos del ofendido por sobre el pantalón que vestía, comenzó a bajar el pantalón del adolescente y su pantalón, siendo sorprendido el acusado por la madre del ofendido que se encontraba al interior de la casa».[311]

Con relación a la circunstancia comisiva de fuerza, el tribunal señaló que por fuerza se entiende «la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal, y puede asumir la forma de vis absoluta (fuerza física irresistible), o bien la forma de vías de hecho, o actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que a mayor resistencia que se oponga, mayor será también la energía

309 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2022, considerando décimo.

310 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2022, considerando décimo primero.

311 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 139-2022, considerando noveno.

física que el delincuente aplicará en su contra».[312] Sobre la base de esta definición, el tribunal concluyó que resultaba indubitado que el agresor había ejercido «fuerza física en contra de la integridad física del adolescente para lograr el acometimiento sexual».[313]

Intimidación

La doctrina mayoritaria entiende que la circunstancia comisiva de intimidación requiere que el agresor amenace a la víctima con causarle un mal a ella o a otra persona con quien aquella se encuentra ligada.[314] Como consecuencia de lo anterior, el temor que pueda experimentar la víctima, ya sea reverencial o de otra naturaleza, sin que el agresor la haya amenazado, no constituye intimidación. Así, por ejemplo, la solicitud verbal de una prestación sexual no constituye intimidación, por fuerte que se exprese, si no va acompañada de una amenaza.[315] Con todo, no es necesario que la amenaza se realice de manera verbal, pudiendo derivarse de hechos concluyentes.

Además, la doctrina señala que la amenaza constitutiva de intimidación «debe ser algo más que la del simple delito de amenazas de los artículos 296 y 297. Así, no solo se requerirá su seriedad y verosimilitud, sino también, gravedad e inmediatez».[316]

La seriedad implica que el agresor tiene la voluntad real de materializar su amenaza, la cual no ha sido proferida en broma.[317] Por su parte, que la amenaza sea verosímil importa que la víctima pueda, razonablemente, dar por cierta la realización del mal amenazado en caso de rechazar el acto sexual.[318] La gravedad de la amenaza se refiere a la clase de mal contra la seguridad e integridad personal con que se amenaza, consistente en causar un inminente daño físico en el cuerpo, en la vida o en la salud de la víctima u otra persona con la que esta se encuentre

312 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 139-2022, considerando décimo primero.
313 Ídem.
314 Etcheberry (1998c), p. 59; Garrido (2010), p. 283; Bullemore y Mackinnon (2018), pp. 192 y 193; Aguilar (2012), p. 34.
315 Matus y Ramírez (2021), p. 192.
316 Matus y Ramírez (2021), p. 192. En el mismo sentido, Aguilar (2012), p. 34; Etcheberry (1998c), p. 59.
317 Matus y Ramírez (2021), p. 192.
318 Ídem.

relacionada por vínculos afectivos, que sea de tal naturaleza que permita doblegar la voluntad de la víctima.[319] Por último, se requiere un componente temporal, toda vez que la amenaza debe importar un mal actual o inminente. En consecuencia, conforme a esta postura, la amenaza de males futuros no constituye intimidación.[320]

Si faltare el elemento de gravedad o inmediatez, no se configurará esta hipótesis comisiva, sin perjuicio de lo cual la conducta del agresor podría ser sancionada como un delito de amenazas de los artículos 296 y 297. Como lo expresan Matus y Ramírez: «Así, la amenaza de causar solo daños en la propiedad será una amenaza condicional del art. 296 N.º 1, lo mismo que la de producir al ofendido lesiones en un momento diferente. Si la amenaza es de un mal que no constituye delito, podría configurarse el delito del art. 297, como si se trata de amenazar con 'despedir' a la empleada exigiéndole una prestación sexual, con independencia de si la amenaza tiene o no el carácter de 'inmediata'. En casos limítrofes, bien puede darse la circunstancia del N.º 2 art. 361, modificado en parte con esa finalidad».[321]

Un sector de la doctrina, encabezado por Rodríguez Collao, rechaza la postura tradicional, afirmando que la sinonimia entre intimidación y amenaza carece de sustento, pues se trata de conceptos diferentes. Por un lado, el concepto de amenaza tiene un carácter objetivo, que alude a un comportamiento del hechor, mientras que, por el otro, el concepto de intimidación tiene un carácter estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que sufre la víctima.[322] Por consiguiente, si bien es cierto que usualmente la intimidación es consecuencia de una amenaza proferida por el agresor, es posible que el estado de conmoción psicológica provenga de un hecho distinto, que el autor simplemente aprovecha, o de su sola presencia, especialmente si son varias las personas que pretenden agredir a la víctima, e incluso de las propias circunstancias de tiempo y lugar. En otras palabras, « ni toda amenaza

319 Etcheberry (1998c), p. 59; Matus y Ramírez (2021), p. 193; Aguilar (2012), p. 34. En palabras de Garrido (2010), p. 283: «Dicha amenaza debe ser inmediata a la comisión del atentado, y –al igual que en el caso de la fuerza– ha de revestir caracteres de gravedad objetiva que la hagan apta para que la víctima prefiera el abuso sexual ante el peligro de que el mal se concrete».

320 Matus y Ramírez (2021), p. 193; Aguilar (2012), p. 34.

321 Matus y Ramírez (2021), p. 193.

322 Rodríguez (2023), p. 198.

produce el efecto de intimidar a la persona en contra de quien se dirige, ni toda intimidación es la consecuencia de una amenaza».[323] Por esta razón, limitar el alcance de la intimidación solo a los casos en que el agresor amenaza a la víctima implica restringir injustificadamente el ámbito de protección penal del delito en estudio.[324]

A los anteriores argumentos se suele añadir una razón de texto, contenida en el artículo 366 quáter. Conforme al inciso tercero de este artículo, la posibilidad de sancionar algunas conductas de significación sexual cometidas contra personas menores de edad, pero mayores de 14 años, se supedita a la concurrencia de ciertas circunstancias, dentro de las cuales se mencionan la intimidación (por referencia a las circunstancias del artículo 361 número 1) y las amenazas en los términos de los artículos 296 y 297. Esta contraposición entre intimidación y amenazas confirmaría la idea de que se trata de figuras distintas, pues, si toda intimidación requiriera de alguna amenaza, hubiere bastado únicamente con señalar este último medio comisivo, y no ambos.[325]

Sobre el concepto de intimidación a efectos del artículo 361, los tribunales nacionales han adoptado mayoritariamente la primera postura.

En sentencia rol 4115-2002, la Corte Suprema sostuvo que la intimidación «consiste en una amenaza a la ofendida, con hacerla objeto de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor capaz de quebrantar su resistencia al acceso carnal. De este modo, el temor de sufrir el mal debe ser serio, grave y efectivo y basado en actos concretos de amenazas hacia la integridad física de una víctima, situación que no puede asimilarse al temor que pueda tener aquella, de quebrantar un respeto reverencial que se supone debe guardar con su padre, aun en circunstancias de falta de educación, pobreza o promiscuidad, lo cual ciertamente puede dar lugar a ciertos abusos de autoridad con respecto de personas de menor experiencia, fuerza o poder que darían lugar a otras figuras punibles contra la libertad sexual».[326]

La postura de la Corte Suprema fue citada explícitamente por la Corte de Apelaciones de Talca, en sentencia rol 280-2011, oportunidad en que esta afirmó que la expresión «intimidación» consiste en « una amenaza a la ofendida,

323 Ídem.

324 Rodríguez (2023), pp. 198 y 199. En favor de la tesis de Rodríguez Collao es posible encontrar a Winter (2018), p. 23, y Oliver (2023ª), pp. 792 y ss.

325 Oliver (2023a), pp. 794 y 795.

326 Corte Suprema de Chile, rol 4115-2002, considerando noveno.

con hacerla objeto de una violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor de quebrantar su resistencia al acceso carnal».[327]

En sentencia RIT 3-2022, el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago afirmó que «la intimidación se identifica mayoritariamente con una amenaza, entendida como un acto de violencia moral o vis compulsiva, mediante la cual se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de acceder a los requerimientos del agresor».[328]

En similar sentido, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, en sentencia RIT 139-2022, sostuvo que existe una sinonimia entre intimidación y amenaza, es decir, «un acto de violencia moral mediante el cual se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor».[329]

Un caso en que se adoptó la tesis de Rodríguez Collao fue la sentencia RIT 42-2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, confirmada por la respectiva Corte de Apelaciones.[330] En este caso, el tribunal condenó al imputado por un delito de violación del artículo 361 número 1, por haber accedido carnalmente a la víctima sin su consentimiento mediante intimidación. Respecto de este último elemento, el tribunal señaló: «Con relación al elemento intimidación el tribunal adscribe para su consideración a la concepción estrictamente subjetiva a que alude Luis Rodríguez Collao, […] que atiende al estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo, ilustrando el mismo autor, entre otras, dos fuentes de tal conmoción; a saber, que esta provenga de un hecho anterior […]. También menciona el mismo autor como factor causante de afectación las propias circunstancias de tiempo y lugar».[331]

Privación de sentido

La privación de sentido consiste en un estado transitorio de pérdida de conciencia en que la víctima se encuentra imposibilitada para recibir las

327 Corte de Apelaciones de Talca, rol 280-2011, considerando noveno.
328 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2022, considerando décimo primero.
329 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 139-2022, considerando décimo primero.
330 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 18-2021.
331 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 42-2020, considerando décimo tercero.

impresiones provenientes del mundo externo.[332] Tal es el caso, por ejemplo, de una persona que se encuentra dormida. De esta forma, la palabra «sentido» es utilizada como referencia al estado de conciencia, como facultad intelectual humana de adquirir conocimiento de las cosas.[333]

Es irrelevante demostrar que la víctima, si hubiere estado consciente, habría accedido a la realización del acto sexual. En efecto, dado que el fundamento del injusto en este caso radica en que el sujeto activo realizó un acto de significación sexual sin el consentimiento de la víctima, un eventual consentimiento presunto de esta carece de significancia para efectos de tener por configurada esta circunstancia comisiva.[334]

No se requiere, con todo, que el estado de inconsciencia sea absoluto, sino que basta con una pérdida de las facultades cognoscitivas y volitivas en relación con la significación del acto, como en los casos de una persona somnolienta o intoxicada.[335]

La privación de sentido puede tener origen en el comportamiento del propio agresor, en una decisión voluntaria de la víctima o en una causa meramente accidental.[336] Así, la privación de sentido puede ser provocada por un acto doloso, imprudente o fortuito.[337]

En sentencia RIT 49-2022, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas expresó: «Así las cosas, el tribunal no puede sino concluir que desconoce la razón o motivo por el cual […] perdió la consciencia y memoria, durante algunas horas, en la madrugada del día 6 de enero del 2019. No obstante ello, ya sea que solamente se encontraba durmiendo profundamente, que el alcohol y la marihuana consumidos por ella, le hayan provocado, como efecto combinado, tal estado de inconciencia, o por cualquier otra razón que, ciertamente, el tribunal y ella misma desconoce, lo cierto es que el tribunal arribó a la convicción que, no obstante desconocer la causa, sí tiene por acreditado el efecto, cual es, encontrarse privada de sentido, por cualquier razón, como indica el tipo penal. Circunstancia esta que, para el tribunal ha quedado acreditada,

332 Matus y Ramírez (2021), p. 195; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 164-2022, considerando décimo primero.
333 Garrido (2010), p. 284.
334 Garrido (2010), p. 285.
335 Matus y Ramírez (2021), p. 195.
336 Rodríguez (2023), p. 201; Aguilar (2012), pp. 35 y 36.
337 Matus y Ramírez (2021), p. 195; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 164-2022, considerando décimo primero.

por los fundamentos recientemente expuestos y que en definitiva determinan la ocurrencia del ilícito en cuestión».[338]

Incapacidad para oponerse

La actual redacción de la circunstancia comisiva del artículo 361 número 2, de incapacidad para oponerse,[339] se debe a la Ley 20.480, que sustituyó la antigua hipótesis de «incapacidad para oponer resistencia». Como correctamente se ha señalado,[340] la intención del legislador fue superar la interpretación, hasta ese entonces mayoritaria, que limitaba la incapacidad para oponer resistencia al padecimiento, por parte de la víctima, de impedimentos físicos que restringían su capacidad para defenderse frente a una agresión sexual.[341]

Si bien una parte de la doctrina continúa sosteniendo que la circunstancia comisiva se encuentra limitada a impedimentos de orden físico,[342] actualmente la doctrina mayoritaria concibe la incapacidad para oponerse como una hipótesis amplia, capaz de comprender cualquier tipo de padecimientos, ya sean físicos o psicológicos, que impidan que la víctima se oponga a la realización de la conducta sexual.[343] En palabras de Santibáñez, la «inmensa mayoría de los casos de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima se fundarán probablemente en la incapacidad física de la misma. Sin embargo, los términos amplios en que está redactada la norma permiten incluir situaciones de incapacidad de oposición de la víctima provenientes de las más diversas causas[,] incluso en casos muy extremos de factores psicológicos que anulen completamente la voluntad de la víctima».[344] En términos similares, Cox ha sostenido que la circunstancia de incapacidad para oponerse «se

338 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 49-2020, considerando noveno.

339 Sobre este tema, ver Escobar (2023a).

340 Oxman (2015), p. 94.

341 En este sentido, y solo a modo de ejemplo, ver Maldonado (2003), p. 250; Politoff *et al.* (2005), pp. 258 y 259.

342 Rodríguez (2023), p. 203; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 193; Mayer y Vera (2023), p. 68.

343 Santibáñez y Vargas (2011), p. 203; Garrido (2010), p. 286; Zamora (2021), pp. 263 y 264; Balmaceda (2021), p. 317; Gómez (2015), p. 272; Oxman (2015), p. 95; Winter (2018), p. 24; Matus y Ramírez (2021), p. 196.

344 Santibáñez (2013), p. 55.

trata de una hipótesis extremadamente amplia, pues no se encuentran establecidas limitantes a las causas de dicha incapacidad».[345]

Por consiguiente, la doctrina acepta que la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse puede comprender casos como el de una víctima que, recibiendo una atención médica, es abusada de manera intempestiva o furtiva por el profesional que la atiende, quien abusa de la confianza conferida, pues en tal caso la capacidad de la víctima para rechazar la agresión se encuentra severamente disminuida.[346] También se pueden incluir, en esta hipótesis típica, los casos de personas bajo el efecto del alcohol o de las drogas, quienes, no obstante no perder el sentido, están en una posición en que no pueden oponerse al ataque que las afecta.[347]

En conclusión, la circunstancia de incapacidad para oponerse comprende todos los casos de «estados permanentes, temporales o situacionales que suponen una disminución significativa de las capacidades físicas o psíquicas de control de la respuesta corporal ante requerimientos sexuales, esto es, de expresar verbal o físicamente la falta de consentimiento o de hacer efectiva su negativa: engaño, abuso de confianza, incapacidad física o psíquica, síndrome de adaptación aprendida o, específicamente, de acomodación al abuso sexual, *shock* o inmovilidad tónica, estados de somnolencia sin privación de sentido, etc.».[348]

La opinión mayoritaria en doctrina ha sido acogida por la jurisprudencia nacional, la cual actualmente interpreta la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse en términos amplios.[349] Así, por ejemplo, en sentencia rol 16676-2018, la Corte Suprema afirmó que la reforma del año 2010 tuvo el propósito de eliminar la referencia a la incapacidad de resistencia física, a fin de ampliar esta circunstancia comisiva para dar cabida a situaciones que antes no podían subsumirse en el tipo penal. Como afirma la Corte Suprema: «Concordante con ello la ley no establece directamente los límites objetivos de lo que ha de entenderse por 'incapacidad para oponerse', sin embargo, es posible concebir que

345 Cox (2003), p. 158.
346 Matus y Ramírez (2021), p. 196; Sovino y Huerta (2019), p. 94.
347 Matus y Ramírez (2021), p. 196. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 36-2015, considerando tercero; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 580-2023, considerando sexto.
348 Matus y Ramírez (2021), pp. 196 y 197.
349 Sovino y Huerta (2019), p. 85; Camplá y Sovino (2022), p. 101.

su límite superior se encuentra en la incapacidad para oponer resistencia física, y en su base los casos en que la víctima ha expresado la voluntad contraria al acto sexual, pero por alguna razón fáctica no puede asentir o negar, ni tampoco oponerse».[350] Resulta importante destacar que este caso trataba de una hipótesis de incapacidad psicológica para oponerse, pues el imputado ejercía la labor de pastor y guía espiritual de las víctimas, contexto que aprovechó para abusar sexualmente de ellas. La incapacidad para oponerse de las víctimas se basaba, entonces, en un vínculo de confianza que ellas habían desarrollado con el imputado, producto de su labor como guía espiritual.

Los demás tribunales del país también han interpretado la circunstancia comisiva del artículo 361 número 2 en términos amplios, sobre todo en el contexto de relaciones médico-paciente. Por ejemplo, en sentencia rol 665-2017, la Corte de Apelaciones de Concepción confirmó la condena de una persona que, alegando falsamente trabajar como médico, había realizado acciones de significación sexual y de relevancia sin el consentimiento de mujeres que se habían acercado a él como pacientes. La sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cañete, confirmada por la Corte de Apelaciones, estimó que el imputado se había aprovechado de la incapacidad para oponerse de las víctimas, toda vez que estas, al haber sido engañadas por el imputado, creyeron que este se desempeñaba como médico, no pudiendo resistir la agresión de que fueron objeto, al encontrarse en una relación de confianza.[351]

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol 3552-2017, confirmó la condena de un ginecólogo que, en el contexto de consultas médicas, había realizado acciones de significación sexual y de relevancia en contra de dos pacientes que debía atender. En palabras de la Corte de Apelaciones, el tribunal de instancia razonó correctamente al condenar al imputado como autor de dos delitos de abuso sexual en contra de personas mayores de 14 años, estimando que él había aprovechado la incapacidad para oponerse de estas, circunstancia que se fundó en dos factores. El primero, de naturaleza subjetiva, consistente en la creencia, por parte de las víctimas, de que lo que

350 Corte Suprema de Chile, rol 16676-2018, considerando quinto. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 387-2021, considerando tercero.

351 Corte de Apelaciones de Concepción, rol 665-2017, considerandos tercero y cuarto.

les señalaba el acusado, en cuanto a que la forma como efectuaba los procedimientos médicos, era la normal en términos ginecológicos. El segundo factor, de índole objetiva, consistió en que las víctimas, durante el examen, se encontraban en una posición corporal (sentadas en la silla ginecológica) que les impedía oponer resistencia y reaccionar en forma oportuna y eficaz frente a los abusos del imputado.[352]

Otro caso interesante fue el resuelto por la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia rol 250-2019, en que confirmó la condena de una persona que, trabajando como tecnólogo médico, y mientras la víctima se estaba realizando un examen de electroencefalograma, aprovechó su incapacidad para oponerse y realizó acciones de significación sexual y de relevancia sin su consentimiento. El tribunal de instancia estimó que la víctima se encontraba incapacitada para oponerse, ya que la agresión se produjo mientras ella estaba tendida en una camilla, con cables adheridos a su zona craneal, con la habitación oscura y con los ojos cerrados, razonamiento confirmado por la Corte de Apelaciones.[353] En particular, la Corte sostuvo que «luego de la modificación introducida al numeral 2° del artículo 361 del Código Penal por la Ley 20.480, publicada en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2010, la modalidad de acceso consistente en la 'incapacidad para oponerse' no solo queda circunscrita a una incapacidad física del ofendido como lo sostiene el recurrente, sino que comprende también la incapacidad psicológica en que se encuentra circunstancialmente la víctima para oponerse a la acción del agresor, lo que debe ser analizado de acuerdo al contexto de comisión del delito».[354]

En el mismo sentido se pronunció el 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia RIT 255-2022, que condenó a una pena única de veinte años de presidio mayor en su grado máximo a una persona que, trabajando como ginecólogo, cometió varios delitos de abuso sexual y abuso sexual calificado en contra de diversas pacientes. En todos los hechos que se tuvieron por acreditados se estimó concurrente la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, toda vez que las víctimas, en el contexto médico en que se produjo el ataque, estaban impedidas para defenderse de la agresión, pues habían depositado su confianza en el imputado y no contaban con conocimientos médicos

352 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3552-2017, considerando cuarto.
353 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 250-2019, considerandos cuarto y quinto.
354 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 250-2019, considerando quinto.

que les permitieran impugnar la forma en que el imputado realizaba los exámenes o tocaba sus cuerpos, o la necesidad de realizar dichas conductas.[355]

Finalmente, cabe citar la sentencia RIT 400-2020, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, confirmada por la respectiva Corte de Apelaciones.[356] En este caso, el imputado, quien trabajaba como médico en centros de atención sanitaria, aprovechó la circunstancia de que las cuatro víctimas concurrieron a su consulta médica aquejadas de distintos malestares físicos. En dicho contexto, el imputado, con la excusa de tener que practicar un masaje para aliviar los dolores, les pidió a las víctimas que se pusieran de pie y él se colocó detrás de ellas, para luego realizar diversos movimientos con el cuerpo de las víctimas, oportunidad en que rozaba sus genitales con el trasero de estas.[357]

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal estimó que el imputado había realizado una acción de significación sexual y relevancia en contra de las víctimas, aprovechando su incapacidad para oponerse, razón por la cual consideró que los hechos configuraban cuatro delitos de abuso sexual del inciso primero del artículo 366, calificación jurídica que la Corte de Apelaciones de Rancagua compartió. En efecto, la Corte de Apelaciones sostuvo que los hechos acreditados indudablemente satisfacen los requisitos de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, pues «acercar el pene al trasero de otra persona y presionarlo sobre las nalgas no puede menos que ser considerado una conducta de significación sexual relevante, distinta del acceso carnal, conducta que por haberse cometido bajo el pretexto de un examen médico de diagnóstico, colocó a las víctimas en una situación de incapacidad para oponerse».[358]

Con base en las sentencias descritas en los párrafos anteriores, es posible concluir que la jurisprudencia nacional, así como la opinión mayoritaria en doctrina, propugna una interpretación amplia de la circunstancia comisiva de incapacidad para oponerse, impedimento que puede encontrar su causa tanto en factores físicos como psicológicos. Con todo, una parte de la doctrina subraya la necesidad de exigir la

355 6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 255-2022.
356 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1739-2022.
357 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 400-2020, considerado décimo noveno.
358 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1739-2022, considerando vigésimo primero.

superación de un cierto nivel de gravedad para tener por configurada la circunstancia del artículo 361 número 2, a fin de desarrollar una interpretación armónica con las causales previstas en el artículo 363. Por consiguiente, la incapacidad para oponerse debiese reunir, en el caso concreto, una gravedad suficiente que permita asimilarla al resto de los supuestos contemplados en el mismo artículo 361.[359]

Enajenación o trastorno mental

La circunstancia del número tercero del artículo 361 consiste en abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima a fin de realizar el acto sexual.

Por enajenación o trastorno mental ha de entenderse la existencia de cualquier enfermedad psiquiátrica de carácter relevante y permanente que impida a la víctima prestar un consentimiento válido para realizar el acto sexual, atendida su imposibilidad de comprender adecuadamente su significado o de autodeterminarse conforme a esa comprensión.[360]

El artículo 361 número 3 exige que el autor del delito «abuse» de la enajenación o trastorno mental de la víctima, no siendo suficiente, por consiguiente, que esta exista, pues ello significaría que las personas con trastornos mentales nunca podrían mantener relaciones sexuales y les sería imposible desarrollar su sexualidad.[361] En consecuencia, existirá violación solamente si el autor conoce el estado mental de la víctima y se aprovecha del mismo para conseguir la realización del acto sexual.[362]

Bullemore y Mackinnon sostienen una opinión distinta, al afirmar que «la sola presencia de una tal enfermedad hace de un acto sexual uno abusivo».[363] Como se señaló, esto implicaría que las personas que padecen trastornos mentales no podrían mantener relaciones sexuales de manera libre y voluntaria, conclusión que resulta inconveniente.

Faz subjetiva del tipo penal

La faz subjetiva del delito de violación es materia de discusión en la doctrina y no existe acuerdo respecto de esta materia.

359 Triviño (2022), p. 196; Oxman (2015), pp. 110 y 111.
360 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 193; Garrido (2010), p. 287.
361 Matus y Ramírez (2021), p. 199; Winter (2018), p. 24; Rodríguez (2023), p. 204.
362 Matus y Ramírez (2021), p. 199.
363 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 193.

Una primera postura plantea que el delito de violación «en cada una de sus formas comisivas requiere de dolo directo. Queda excluida su configuración con culpa o dolo eventual […]. Sobre el dolo eventual –cuya exclusión probablemente genera algún nivel de duda– ha de recordarse que todas las formas de comisión de la violación excluyen la posibilidad de su concurrencia, en tanto sin distinción exigen, de una u otra forma, el dolo, o sea, una dirección positiva de la voluntad dirigida a realizar la cópula sexual».[364]

Una segunda posición sostiene que el «delito de violación exige dolo directo en cuanto al hecho de acceder carnalmente, pero admite eventual respecto de los presupuestos fácticos de las circunstancias del art. 361 y de la ausencia de consentimiento».[365] Así ocurrirá, por ejemplo, en el caso de una persona que accede carnalmente a otra, luego de haber considerado y aceptado la posibilidad de que esta estuviere privada de sentido o incapacitada para oponerse.

Finalmente, un tercer enfoque señala que, si bien el artículo 361 no contempla ninguna exigencia especial, por lo que, en principio, el dolo podría adoptar la forma de directo o eventual, ello no rige para las circunstancias comisivas de los números 2 y 3 del artículo citado, las cuales, por requerir una actuación abusiva, suponen la concurrencia de dolo directo.[366]

En sentencia RIT 36-2023, el 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago sostuvo que el delito de violación «requiere dolo directo o eventual, según las reglas generales, al no hacer alguna otra referencia el artículo 361 del Código Penal».[367]

Concurso entre violación y otros delitos de carácter no sexual

Atendida la alta penalidad asignada al delito de violación, se ha sostenido que este está en condiciones de absorber aquellos delitos que regularmente concurren con él, tales como coacciones, amenazas, privaciones

364 Garrido (2010), p. 293. En el mismo sentido, Bullemore y Mackinnon (2018), p. 194.

365 Matus y Ramírez (2021), pp. 199 y 200.

366 Rodríguez (2023), pp. 207 y 208; Winter (2018), p. 25.

367 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 36-2023, considerando octavo.

de libertad transitorias y necesarias para su consumación, y lesiones leves y menos graves cometidas como medio para ejecutarlo. Sin embargo, si se produjeren resultados más graves, tales como lesiones graves o privaciones de libertad de mayor envergadura, corresponderá apreciar un concurso de delitos.[368]

Violación en contra de persona menor de 14 años

El artículo 362 castiga, con presidio mayor en sus grados medio a máximo, a quien accediere carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de 14 años, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo 361.

Como se señaló, la ley estima que las personas menores de 14 años no están en condiciones de consentir válidamente la realización de comportamientos de naturaleza sexual. Por esta razón, no se considera ni la falta de voluntad ni el prevalimiento de la edad de la víctima, sino que basta, para que se configure este delito, que se dé objetivamente la circunstancia de la edad de la víctima.[369]

Por cierto, la violación de una persona menor de 14 años puede perfectamente cometerse mediante alguna de las circunstancias comisivas previstas en el artículo 361. En dicho caso, sin embargo, el delito que se configurará será igualmente el del artículo 362.[370] La configuración de la circunstancia comisiva podría, sin embargo, tenerse en consideración para los efectos de la determinación judicial de la pena, en el contexto del artículo 69.

Respecto de la faz subjetiva del delito en estudio, esta contempla el dolo tanto directo como eventual. Con relación a este punto, la edad de la víctima cobra particular importancia, toda vez que el dolo debe abarcar dicha circunstancia, al ser esta un elemento del tipo penal. Por consiguiente, si el autor está convencido de que la víctima es mayor de 14 años, en circunstancias en que en realidad tiene menos de dicha edad, cuestión que ni siquiera se representa como posible, se configurará un error de tipo excluyente del dolo, el cual impedirá la aplicación del delito del artículo 362.[371]

368 Matus y Ramírez (2021), p. 204; Garrido (2010), p. 298; Aguilar (2012), pp. 50 y ss.
369 Matus y Ramírez (2021), p. 204.
370 Winter (2018), p. 25.
371 Matus y Ramírez (2021), p. 205; Aguilar (2012), p. 59.

Para finalizar, cabe tener presente que, conforme al artículo 4 de la Ley 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, no «podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis, 366 quáter y 367 quáter inciso segundo, del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquella y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos».

Violación con homicidio o femicidio[372]

Como correctamente se ha observado, la muerte de la víctima es un acontecimiento que puede estar relacionado con la ejecución de un delito de significación sexual por múltiples razones. Generalmente, ello se producirá como consecuencia de la violencia empleada para cometer el hecho de significación sexual. Sin embargo, la muerte de la víctima también puede tener su causa en otro tipo de circunstancias, como sería el caso en que ella se produjera como consecuencia de la ejecución de la misma conducta incriminada o en la utilización de medios que no impliquen el ejercicio de fuerza física. Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, con la intención de abusar sexualmente de otra, vierte sustancias nocivas en su bebida para provocar un estado de inconsciencia, sin perjuicio de lo cual, de manera imprevista, dichas sustancias nocivas ocasionan finalmente la muerte de la víctima.[373]

El legislador chileno ha pretendido sancionar algunas de estas situaciones en virtud del artículo 372 bis del Código Penal, norma cuyo inciso primero dispone: «El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado». A continuación, el inciso segundo del artículo citado señala que, si «el autor del delito descrito en el inciso anterior es un hombre y la víctima una mujer, el delito tendrá el nombre de violación con femicidio».

372 Sobre este tema, ver Escobar (2022a) y Escobar (2017).
373 Rodríguez (2010), p. 164.

Fundamento del delito de violación con homicidio

Resulta indiscutible que el delito de violación con homicidio es un delito odioso, entendiendo por tales aquellos delitos que impresionan nuestra conciencia colectiva, pues generan inmediata indignación, desprecio y repugnancia en la comunidad.[374]

Pareciera claro que el fundamento del delito de violación con homicidio es de naturaleza político-criminal, pues su existencia obedecería únicamente al propósito del legislador de sancionar con la máxima severidad una hipótesis de violación brutal y desalmada, llevada a cabo por una persona que, además de atentar contra la libertad e indemnidad sexual de la víctima, ocasiona su muerte.[375] Este fundamento encontraría clara expresión en la exigencia de que el homicidio sea cometido precisamente «con ocasión» de la violación.[376]

El efecto penológico del artículo 372 bis se aprecia nítidamente si se compara la pena prevista en esta norma y aquella que correspondería aplicar en caso de que dicho precepto no existiese. En efecto, si el tipo penal en estudio no existiera, la persona que cometiera violación y homicidio en un mismo contexto espacio-temporal sería probablemente sancionada por ambos delitos en una relación de concurso ideal (a menos que la aplicación del artículo 74, que regula el concurso real, sea más favorable para la persona imputada), cuya consecuencia es la imposición de la pena mayor asignada al delito más grave, conforme lo dispone el artículo 75. Si se tratare de un concurso ideal entre un delito de violación propia (artículo 361) y otro de homicidio simple (artículo 391 número 2), el concurso ideal se resolvería imponiendo la pena de presidio mayor en su grado máximo. Si se tratare de un concurso ideal entre un delito de violación impropia (artículo 362) y otro de homicidio simple, el concurso ideal también se resolvería imponiendo la pena de presidio mayor en su grado máximo. De esta manera, la existencia del artículo 372 bis, norma que prevé una pena de presidio perpetuo simple a calificado, permite imponer una pena superior en uno o dos grados a aquella que correspondería imponer según las normas generales[377].

374 Reamer (2005), p. 4.
375 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 199; Rodríguez (2010), p. 168.
376 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 199.
377 Rodríguez (2010), p. 167.

Como último punto, es necesario subrayar que el delito de violación con homicidio forma parte de una tendencia legislativa del legislador chileno en el sentido de imponer una pena agravada a la persona que, en un mismo contexto comete dos o más delitos específicos. Así ocurre, por ejemplo, con los delitos de secuestro con homicidio, violación o castración (artículo 141, inciso quinto), sustracción de menores con homicidio, violación o castración (artículo 142, inciso segundo), tortura con homicidio o lesiones (artículo 150 B), robo con homicidio, violación, castración o lesiones graves (artículo 433), entre otros.

Exigencias objetivas y subjetivas del delito de violación con homicidio

Como se señaló, el artículo 372 bis sanciona a quien, con ocasión de un delito de violación, cometa además homicidio o femicidio en la persona de la víctima.

Elementos objetivos

En cuanto a los requisitos objetivos del tipo penal, es necesario, en primer lugar, que el autor haya cometido un delito de violación y un delito de homicidio.

En relación con la expresión «violación», pareciera existir acuerdo en que ella alude tanto al delito del artículo 361 como al del artículo 362. Por el contrario, no corresponde incluir, en el concepto de violación, los tipos penales de estupro (artículo 363) ni de abuso sexual agravado (artículo 365 bis).[378]

Respecto a la expresión «homicidio», esta comprende los delitos de parricidio, femicidio, homicidio calificado, homicidio simple e incluso infanticidio, por cuanto todas estas figuras no son sino hipótesis particulares del delito de homicidio.[379] No existen, además, obstáculos de naturaleza penológica para esta conclusión, por cuanto la pena prevista por el artículo 372 bis es superior a aquella establecida para todos los delitos mencionados anteriormente.[380]

---

378 Rodríguez (2010), pp. 171 y 172; Aguilar (2012), p. 65.

379 Respecto del delito de femicidio, el legislador se encargó de resolver expresamente el asunto. Como se señaló, el inciso segundo del artículo 372 bis señala que, si el autor del delito descrito en dicha norma es un hombre y la víctima una mujer, el delito se denominará violación con femicidio.

380 Rodríguez (2010), p. 172.

Por supuesto, el delito de homicidio debe ser imputable objetivamente a la conducta realizada por el autor.[381] Lo anterior significa que la muerte de la víctima, en su concreta configuración, debe constituir la materialización de algún riesgo prohibido[382] creado por la conducta del agente.[383]

Además de exigir que el autor haya cometido una violación y un homicidio, el artículo 372 bis demanda que ambos delitos se encuentren en una especial relación, a saber, que el homicidio se haya cometido «con ocasión» de la violación. Cuando no se cumpla con esta especial vinculación, no corresponderá aplicar el delito del artículo 372 bis, sino que se deberá recurrir a las reglas generales sobre concurso de delitos.[384]

¿Qué significa que el homicidio se haya cometido «con ocasión» de la violación? Al respecto, se han planteado dos posturas distintas.

Una primera postura sostiene que este requisito típico debe interpretarse en el sentido de que tanto la violación como el delito de homicidio deben cometerse en el mismo contexto fáctico. Así, por ejemplo, Garrido señala que el artículo 372 bis «se aplica cuando el homicidio de la víctima se ha cometido con ocasión de la violación, esto es, dentro del contexto fáctico de su ejecución».[385] La misma postura expresan Matus y Ramírez, quienes afirman que «la muerte se ha de cometer en el mismo contexto fáctico y sin solución de continuidad con la violación».[386] En similar sentido, Aguilar señala que el delito de violación con homicidio exige que la muerte de la víctima se produzca «en el mismo contexto que su violación».[387]

Al exigir que tanto el homicidio como la violación se cometan en un mismo contexto, esta primera postura pone el énfasis en los elementos de temporalidad y espacialidad, aproximándose al significado ordinario de la palabra «ocasión».[388]

381 Garrido (2010), p. 299.

382 Entiendo por «riesgo» la posibilidad de acaecimiento de determinados cursos causales con consecuencias no deseadas, especialmente aquellas captadas por los tipos penales de los distintos delitos. Frisch (2012), p. 40.

383 Sobre la teoría de la imputación objetiva, ver Roxin (1997), pp. 362 y ss.; Frisch (2012), pp. 16 y ss.

384 Garrido Montt (2010), p. 299.

385 Garrido Montt (2010), pp. 299 y 300.

386 Matus y Ramírez (2021), p. 206.

387 Aguilar (2012), p. 65.

388 Escobar Veas (2017), p. 306.

Esta exigencia se cumplirá, por cierto, cuando el homicidio se ocasione como consecuencia de la violencia ejercida contra la víctima para vencer su resistencia, pero no solamente en este caso. En efecto, conforme a esta postura, la inmediatez temporal requerida también se cumplirá cuando el autor de la violación mate a la víctima inmediatamente después de haber consumado el delito sexual, siempre que ello tenga lugar en la misma ocasión. De esta forma, por ejemplo, se deberá sancionar a título de violación con homicidio al autor que, inmediatamente después de haber consumado el delito de violación, mata a la víctima para asegurar su impunidad. Por el contrario, no se deberá aplicar el delito de violación con homicidio cuando el autor del delito de violación mata a la víctima días después, por haberse enterado de que ella había decidido denunciar el hecho a la autoridad.[389]

En este sentido se pronunció el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, en sentencia RIT 7-2008, oportunidad en que condenó al imputado como autor de violación con homicidio en un caso en que este dio principio de ejecución al homicidio una vez que la violación ya había sido consumada.[390]

Una segunda tesis, más exigente que la anterior, señala que no basta con que la violación y el homicidio se cometan en el mismo contexto espacio-temporal, sino que es necesario que el homicidio «ocurra con ocasión de actos que impliquen –jurídicamente hablando– ejecución o comienzo de ejecución» de la violación. De este modo, no se cumpliría con el vínculo exigido por el artículo 372 bis si el autor de la violación comete el delito de homicidio una vez que la primera se encontraba ya consumada.[391]

Esta segunda postura fue adoptada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en sentencia RIT 115-2015. En concreto, el tribunal sostuvo que, para efectos de tener por configurado el delito del artículo 372 bis, no basta con una proximidad o inmediatez temporal entre la violación y el homicidio, sino que se requiere, además, que el homicidio «ocurra con ocasión de actos que impliquen desde el punto de vista jurídico ejecución o comienzo de ejecución de la violación».[392]

---

389 Bullemore y Mackinnon (2018), pp. 197 y 198.
390 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, RIT 7-2008.
391 Rodríguez (2010), p. 173.
392 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RIT 115-2015, considerando quinto.

Existen buenas razones para sostener que esta segunda postura, que exige que el homicidio se cometa con ocasión de actos que impliquen ejecución o comienzo de ejecución de la violación, debiese ser rechazada. Además de restringir excesivamente el campo de aplicación del delito de violación con homicidio, esta tesis no parece compatible con el sentido que la ley atribuye a la expresión «con ocasión».

A este respecto, resulta fundamental advertir que el legislador ha utilizado esta expresión en una multiplicidad de tipos penales. Entre estos, destacan los delitos de secuestro con violación y robo con violación. Pues bien, si la expresión «con ocasión» debiese interpretarse como una exigencia de que el segundo delito sea cometido con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del primer delito, resultaría difícil imaginar que estos delitos se configurasen.

Piénsese en el delito de violación cometido «con ocasión» de robo, previsto en el artículo 433, número 1. ¿Cómo podría cometerse el delito de violación con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del delito de robo? Resulta evidente que los actos ejecutivos del delito de violación serán distintos de los actos ejecutivos de delito de robo. Lo mismo ocurre con el delito de violación cometido «con ocasión» de secuestro. ¿Cómo podría cometerse el delito de violación con ocasión de actos que impliquen ejecución o principio de ejecución del delito de secuestro? Nuevamente, pareciera evidente que los actos ejecutivos de uno y otro delito serán necesariamente distintos.[393]

En virtud de estas consideraciones, pareciera preferible interpretar la expresión «con ocasión» en el sentido de que la violación y el homicidio se cometan en un mismo contexto espacio-temporal. De esta manera, no es necesario, para tener por configurado el delito de violación con homicidio, que ambos delitos se cometan de manera simultánea, por medio de los mismos actos ejecutivos.[394]

La mayoría de la jurisprudencia se ha pronunciado en este mismo sentido. Así, por ejemplo, en sentencia rol 129-2014, la Corte de Apelaciones de Antofagasta sostuvo que el homicidio y la violación, si bien se encuentran vinculados por su coetaneidad, «nada autoriza para exigir simultaneidad en la ejecución de ambos delitos».[395]

393 Escobar (2017), p. 307; Escobar (2022a), p. 67.
394 Escobar (2017), p. 307; Escobar (2022a), p. 68.
395 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 129-2014, considerando duodécimo.

En términos similares, la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia rol 12-2013, confirmó la decisión del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valdivia, que había condenado al imputado por el delito de violación con homicidio en un caso en que el homicidio claramente no se había cometido con ocasión de actos que implicasen ejecución o principio de ejecución de la violación. En este caso, el imputado accedió carnalmente a la víctima y luego, con un elemento contundente, la golpeó en la cabeza, provocándole un traumatismo encéfalocraneano. Acto seguido, el imputado llevó a la víctima, aún con vida, hasta un barranco lateral y la dejó a 3,5 metros de profundidad, luego de lo cual la tapó con tierra, barro y ramas. La víctima falleció en el lugar, a consecuencia del traumatismo encéfalocraneano que sufrió.[396]

Como se puede apreciar, en dicho caso la conducta homicida y aquella constitutiva de violación eran completamente independientes la una de la otra, de modo tal que no existió en absoluto simultaneidad entre ambos tipos de conducta. Sin embargo, ello no fue óbice para que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal condenara al imputado como autor del delito de violación con homicidio, calificación jurídica que la Corte de Apelaciones de Valdivia confirmó.[397]

En el mismo sentido, en sentencia RIT 132-2012, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó condenó como autor del delito de violación con homicidio a un imputado que, tras haber accedido carnalmente a la víctima en contra de su voluntad, y a fin de ocultar la comisión del delito de violación, encendió fuego al inmueble donde la víctima se encontraba, causando su muerte.[398] Con relación al delito de violación con homicidio, el tribunal sostuvo que lo sancionado por el legislador con esta figura típica es que la muerte de una persona se cometa en el contexto de una violación, «pudiendo ejecutarse durante la cópula misma, por emplear el autor una fuerza desmedida para dominar la resistencia de su víctima, o bien inmediatamente después de consumado este delito, para garantizar el ocultamiento del hecho, o la no identificación del res-

396 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 12-2013, considerando décimo.
397 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 12-2013, considerando undécimo.
398 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 132-2012, considerandos noveno y décimo.

ponsable y aún para facilitar la huida».[399] Lo mismo afirmó el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, en sentencia RIT 225-2021.[400]

En sentencia rol 1086-2016, la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó una sentencia del 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago que condenó al imputado como autor del delito de violación con homicidio. En dicha oportunidad, el Tribunal de Juicio Oral tuvo por acreditado el requisito «con ocasión», en consideración a que la conducta de violación y la acción homicida habían tenido lugar en un mismo contexto temporal y físico.[401]

Por su parte, el 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia RIT 191-2015, condenó como autor del delito de violación con homicidio a un imputado que, después de haber violado a la víctima, la ahorcó con un cordel, provocando su muerte por asfixia por estrangulamiento.[402]

Finalmente, cabe citar la sentencia RIT 230-2004, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique. En este caso, el imputado accedió carnalmente a la víctima mediante violencia. Posteriormente, el imputado se sintió presionado debido a que había otras personas que esperaban el regreso de la víctima, razón por la cual decidió golpear a la víctima en la cabeza con un objeto contundente, causándole un traumatismo craneano y facial severo que le produjo la muerte.[403]

Sobre la base de las sentencias revisadas anteriormente, es posible afirmar que la jurisprudencia mayoritaria no exige que el homicidio ocurra con ocasión de hechos que impliquen ejecución o comienzo de ejecución de la violación. Por el contrario, resulta suficiente que ambos delitos tengan lugar en el mismo contexto espacio-temporal.

Por último, corresponde indicar que, a diferencia de lo que acontece con otras figuras similares, tales como el robo con homicidio, el artículo 372 bis exige que tanto la violación como el homicidio se cometan en contra de una misma persona. Así se desprende de la redacción de la

399 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 132-2012, considerando undécimo.

400 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 225-2021, considerando décimo quinto.

401 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1086-2016, considerando quinto.

402 1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 191-2015, considerando décimo tercero.

403 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 230-2004.

norma, que exige que el homicidio haya sido cometido «en la persona de la víctima» de la violación. Por consiguiente, no corresponderá aplicar el delito de violación con homicidio si el agresor no atenta contra la vida de la víctima del delito de violación, sino contra la vida de una tercera persona, que acudió en auxilio de la primera.[404]

Elementos subjetivos

En relación con los requisitos subjetivos del delito de violación con homicidio, la opinión unánime sostiene que tanto la violación como el homicidio deben haber sido cometidos con dolo.[405] Por consiguiente, es necesario que el autor del delito actúe con la voluntad de acceder carnalmente a la víctima y con la voluntad de matarla. Esto no significa, sin embargo, que ambas voluntades deban existir desde el momento en que el sujeto activo comienza a actuar.[406]

Por lo tanto, queda excluida, como título de imputación subjetiva, la imprudencia.[407] Por consiguiente, si el autor del delito de violación, con ocasión de esta, causa la muerte de la víctima de manera imprudente, no corresponderá aplicar el delito de violación con homicidio, sino que se deberá apreciar un concurso entre el delito de violación y el delito de homicidio imprudente.[408]

Iter criminis del delito de violación con homicidio

En relación con el delito de violación con homicidio, se discute sobre la posibilidad de aplicar, a su respecto, las normas generales sobre *iter criminis*. En otros términos, ¿puede un tribunal condenar a una persona como autora de un delito de violación con homicidio tentado?

Respecto a este problema, es posible identificar dos posturas en nuestro país, una que acepta sin problemas la aplicación de las normas sobre *iter criminis* y otra que la rechaza. Antes de revisar ambas posiciones, cabe reconocer que algunos de los autores que se citarán efectúan sus reflexiones

404 Rodríguez (2010), p. 175.
405 Rodríguez (2014), p. 368; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 198; Aguilar (2012), p. 66.
406 Rodríguez (2010), p. 175.
407 Matus y Ramírez (2021), p. 207; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 198.
408 Matus y Ramírez (2021), p. 207; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 198; Garrido (2010), p. 299.

a propósito del delito de robo con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 433 del Código Penal, y no específicamente en relación con el delito de violación con homicidio. Sin embargo, no parecieran existir obstáculos para extrapolar las conclusiones de estos autores desde aquel delito hasta este, por cuanto las razones que fundamentan dichas conclusiones están basadas en elementos comunes a ambos ilícitos.

Como representante de la primera posición es posible mencionar, en primer lugar, a Etcheberry. A propósito del delito de robo con homicidio, este autor sostiene que es perfectamente posible apreciar tentativa según las normas generales. Para estos efectos, sería necesario que el autor haya dado principio de ejecución a ambos delitos, considerando, además, el factor de imputación subjetiva requerido. Por tanto, cuando el agente no haya dado principio de ejecución al homicidio, sino solamente al robo, no será posible apreciar tentativa de robo con homicidio.[409] La misma postura adopta Vivanco.[410]

Por otra parte, como representantes de la segunda postura es posible citar, primero, a Rodríguez Collao, quien sostiene que la aplicación de la pena establecida en el artículo 372 bis presupone que tanto la violación como el homicidio se encuentren consumados. Ello obedecería al empleo de la fórmula discursiva «cometiere además homicidio», la cual implicaría que ambos ilícitos deben encontrarse consumados. Como consecuencia de lo anterior, no cabría hablar de tentativa o de delito frustrado de violación con homicidio. De esta manera, si una persona, al violar a la víctima, le causa dolosamente lesiones letales, pero la muerte no se produce, debido a una oportuna atención médica, dicha persona debiese ser sancionada por un delito de violación en concurso con un delito de homicidio en grado de ejecución imperfecto.[411]

En el mismo sentido, Aguilar afirma que el delito de violación con homicidio solamente puede concebirse al consumarse la violación y el homicidio, argumentando que ello habría sido requerido por el legislador al utilizar el verbo «cometer» en conjunto con el vocablo «además», locución que supone la completa ejecución de ambos ilícitos.[412]

409 Etcheberry (1998b), p. 343.
410 Vivanco (2009), pp. 57-60.
411 Rodríguez (2010), p. 174; Rodríguez (2014), p. 367. El mismo argumento plantea Oliver (2013), pp. 317-319, si bien a propósito del delito de robo con homicidio, previsto y sancionado en el artículo 433 número 1.
412 Aguilar (2012), p. 66.

Esta segunda postura fue adoptada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, en su sentencia RIT 115-2015. En dicho caso, el imputado, con el objetivo de acceder carnalmente a la víctima, consiguió despojarla de sus vestimentas mediante diversas agresiones, pero no consiguió acceder carnalmente a la víctima, debido a la resistencia que esta opuso. Posteriormente, el imputado golpeó a la víctima en la cabeza y, aprovechando su estado de indefensión, la arrastró hasta una poza de agua contigua y la arrojó en ella, provocando su muerte por inmersión.

Respecto a la calificación jurídica que dicho hecho merecía, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal resolvió que los hechos acreditados configuraban un delito tentado de violación en concurso real con un delito de homicidio simple. Lo anterior por cuanto, en opinión del tribunal, para tener por configurado el delito de violación con homicidio es necesario que tanto la violación como el homicidio se encuentren consumados, exigencia que se desprendería de la expresión «cometiere además homicidio», contenida en el propio artículo 372 bis.[413] Como se puede apreciar, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena acoge la segunda postura descrita.

Sin perjuicio de lo anterior, el argumento de que la ley excluiría la posibilidad de aplicar las reglas sobre *iter criminis* al delito de violación con homicidio, al haberse utilizado la expresión «cometiere además homicidio», no resulta correcto.

En primer lugar, el argumento literal carece de fuerza suficiente para excluir la aplicación de las reglas sobre *iter criminis*, pues la parte especial únicamente describe supuestos de hecho que, de ser efectiva y completamente materializados por una persona, merecen ser calificados como consumados. Luego, determinar la tentativa o frustración de estos supuestos de hecho depende de las reglas generales contenidas en el artículo 7 del Código Penal, las cuales se deben poner en relación, precisamente, con las descripciones delictivas contenidas en la parte especial.[414] Si los tipos tentados y frustrados son considerados como hipótesis típicas supeditadas al tipo consumado, como en realidad lo son, los primeros constituyen, en realidad, el mismo tipo penal, solo que en una

413 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RIT 115-2015, considerando quinto.

414 Escobar (2017), p. 305; Escobar (2022a), 74 y 75; Matus y Ramírez (2021), pp. 206 y 207.

etapa de ejecución incompleta. Por consiguiente, cuando la ley habla de «homicidio», no excluye necesariamente el «homicidio tentado o frustrado». La voz «homicidio» sería un género que cobijaría los distintos estados de ejecución.[415]

En segundo lugar, existe actualmente un argumento de texto en favor de la posibilidad de aplicar las normas sobre *iter criminis* al delito de violación con homicidio. El artículo 1, inciso primero, de la Ley 21.057, sobre entrevistas videograbadas y otras medidas de protección, publicada en enero de 2019, dispone que esta ley tiene por objeto regular la realización de la entrevista investigativa videograbada y de la declaración judicial, con la finalidad de prevenir la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de determinados delitos que la misma norma indica. Uno de los delitos mencionados es, precisamente, el delito de violación con homicidio. De esta manera, pareciera obvio que el legislador chileno sí considera posible apreciar un delito de violación con homicidio en estado de ejecución imperfecto, pues solamente en este caso la víctima habrá sobrevivido.[416]

Si, como sostienen Rodríguez Collao y Aguilar, el delito de violación con homicidio solamente pudiera configurarse si el autor lo hubiere consumado, no tendría ningún sentido que el legislador lo hubiese incorporado en el inciso primero del artículo 1 de la Ley 21.057, pues la víctima se encontraría fallecida. De esta manera, es razonable concluir que artículo 1 de la Ley 21.057, al incorporar el delito del artículo 372 bis en el listado de delitos que hacen procedente la aplicación de dicho cuerpo legal, entiende que la víctima ha sobrevivido al brutal ataque, circunstancia que no impide calificar el hecho a título de violación con homicidio.[417]

Ahora bien, a fin de apreciar un delito de violación con homicidio tentado o frustrado, será necesario, en todo caso, que se acredite que el imputado dio principio de ejecución a ambos delitos. De esta manera, si el imputado ha consumado el delito de violación, pero todavía no ha iniciado la ejecución del delito de homicidio, no corresponderá sancionarlo como autor de tentativa de violación con homicidio, independientemente de si su intención era efectivamente acabar con la vida de

415 Escobar (2017), p. 305; Escobar (2022a), p. 75.
416 Escobar (2022a), p. 75.
417 Ídem.

la víctima. Del mismo modo, si el autor del delito de violación no tenía dolo homicida, no corresponderá sancionarlo como autor de tentativa de violación con homicidio, sin perjuicio de que la violencia ejercida para consumar la violación le haya provocado lesiones a la víctima.[418]

Estupro

El delito de estupro consiste en acceder carnalmente a una persona menor de 18 años, pero mayor de 14, quien consiente en la realización del acto sexual, pero lo hace engañada por el delincuente, o debido a que este ha abusado de una situación de superioridad respecto de ella.

Entre violación y estupro no existe una relación de género a especie, y tampoco puede afirmarse que este último delito constituya una figura residual con relación al primero.[419]

Faz objetiva del tipo penal

La conducta prohibida es la misma que en el delito de violación, y consiste en acceder carnalmente a otra persona, por vía vaginal, anal o bucal. Por consiguiente, todo lo explicado con relación a la conducta punible en el delito de violación es aplicable al delito de estupro.[420]

La víctima del delito de estupro debe ser una persona menor de 18 años, pero mayor de 14. El agresor, en cambio, puede ser cualquier persona.[421] Es incluso posible que el autor del delito sea menor que la víctima, como ocurriría en el caso de un hombre de 16 años que, abusando de una situación de dependencia, accede carnalmente a una mujer de 17. No existe ninguna razón para excluir la punición en un caso como este, dado que lo que justifica la sanción a título de estupro es el aprovechamiento de una situación de superioridad por parte del agresor.[422]

Para tener por configurado un delito de estupro, el artículo 363 requiere que se configure alguna de las cuatro circunstancias comisivas allí mencionadas. El denominador común a todas estas hipótesis es una falta de capacidad para consentir válidamente a la realización del acceso carnal. En otras palabras, la víctima no ve anulada su capacidad de

418 Matus y Ramírez (2021), p. 207.
419 Rodríguez (2023), p. 221.
420 Rodríguez (2023), p. 223; Matus y Ramírez (2021), p. 208.
421 Garrido (2010), pp. 303 y 304.
422 Rodríguez (2023), p. 224.

decisión ni se exige que esté en general imposibilitada de consentir. En cambio, de lo que se trata aquí es que, dada la circunstancia de desvalimiento que la afecta, su voluntad se encuentra viciada.[423]

Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno (artículo 363 número 1)

La anomalía mental debe afectar la capacidad de la víctima para comprender la significación del acto sexual, tanto a nivel corporal como reproductivo.[424]

La anomalía o perturbación puede derivar de una enfermedad de carácter permanente o de una situación transitoria.[425]

En estos casos, la anomalía mental no alcanza la gravedad de la enajenación mental a que se refiere el artículo 361 número 3. De lo contrario, se estará ante un caso de violación, no de estupro.[426]

Al igual que se señaló a propósito de la circunstancia del artículo 361 número 3, no basta con la mera existencia del trastorno para configurar la circunstancia comisiva, sino que es necesario también que el autor abuse de esta. En otras palabras, solamente se castiga a quien accede carnalmente a otra persona aprovechándose para ello de la anomalía mental que ella padece.[427]

La limitación de la edad de la víctima también aparece aquí como poco justificable, pues las situaciones de grave desamparo no afectan únicamente a personas menores de 18 años, sino que es perfectamente posible que personas mayores se encuentren en la misma situación.[428]

En sentencia RIT 89-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno condenó al imputado por un delito de abuso sexual del artículo 366, inciso segundo, estimando concurrente la circunstancia comisiva de artículo 363 número 1. En este caso, el imputado concurrió al domicilio de la víctima y, al interior de un baño, procedió a darle besos en la boca, «a realizarle tocaciones con sus manos en los glúteos y pene, además de hacer que el menor le tocara con sus manos el pene». El imputa-

423 Rodríguez (2023), p. 224; Winter (2018), p. 30; Garrido (2010), p. 305.
424 Matus y Ramírez (2021), p. 208.
425 Garrido (2010), p. 306.
426 Matus y Ramírez (2021), p. 208; Winter (2018), p. 30.
427 Matus y Ramírez (2021), p. 208; Garrido (2010), p. 307.
428 Matus y Ramírez (2021), p. 209.

do «perpetró el hecho aprovechando la deficiencia mental de la víctima de diecisiete años de edad».[429]

Respecto de la circunstancia comisiva del artículo 363 número 1, el tribunal señaló: «En cuanto a la anomalía, como se expuso en el análisis probatorio, se estableció por fuente experta, que el menor presenta una anomalía de desarrollo que afecta la adaptación social, desarrollo de competencias cognitivas. Se trata de una deficiencia mental leve, que presenta una inmadurez en el juicio moral y social, situándolo en un desarrollo de un niño de ocho o nueve años. En tal cuadro, el menor es susceptible a manipulaciones, no tiene herramientas para detener agresión e integra las dinámicas abusivas a su vida, manteniéndose estas en el tiempo. La perito psicóloga y las mediciones de los test psicométricos, incorporados como documental, sitúan al niño en un desarrollo de ocho o nueve años, o [h]asta trece años, edades en que el legislador ha entendido y definido que ni siquiera opera el consentimiento, debiendo ser resguardada en todo evento la indemnidad sexual del menor. Así, se valora como una anomalía que efectivamente afecta el consentimiento y lo hace vulnerable en los términos del numeral primero del artículo 363 del Código Penal».[430]

Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral (artículo 363 número 2)

En esta hipótesis, el autor del delito se aprovecha de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la víctima sobre su seguridad personal o económica.[431]

Considerando los ejemplos indicados por la ley, es posible afirmar que la relación de dependencia debe corresponder a un vínculo de carácter funcional, en virtud del cual la relación entre víctima y victimario es desigual.[432] Así ocurrirá, por ejemplo, en el caso de alguien que se encarga del cuidado, educación o custodia de la víctima, asumiendo roles de superioridad, los cuales colocan a esta última en una posición de inferioridad, de la cual derivan obligaciones de respeto y obediencia.

429 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 89-2021, considerando décimo.

430 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 89-2021, considerando décimo.

431 Matus y Ramírez (2021), p. 209.

432 Garrido Montt (2010), p. 307.

La numeración contenida en el artículo 363 número 2 es simplemente ejemplar, de manera tal que es posible incluir en esta circunstancia cualquier vínculo relevante de dependencia, sea formal o informal.[433]

La condición de prevalencia o dependencia puede tener cualquier naturaleza o derivar de cualquier causa, haya sido o no provocada por el agente con miras a la realización del acto sexual.[434]

Corresponde precisar, por último, que la diferencia de edad entre la víctima y el autor del delito no constituye un antecedente suficiente para tener por acreditada la condición de superioridad o dependencia, sino que esta debe fundarse en antecedentes adicionales.[435]

En sentencia rol 57-2010, la Corte de Apelaciones de Coyhaique confirmó la absolución de una persona imputada por un delito de estupro del artículo 363 número 2. A pesar de haberse acreditado la existencia de una relación de dependencia, no se consiguió acreditar que el imputado había abusado de ella. Los hechos que se tuvieron por acreditados fueron los siguientes: «a) Que entre los meses de julio de 2008 y mayo de 2009, L.A.C.R. mantuvo relaciones sexuales con la menor, de 15 años de edad, A.K.R.V., y que desde el mes de marzo de ese mismo año 2008, se toqueteaban y besaban; b) Que la referida menor quedó embarazada, dando a luz a la menor D.T.C.R. el 16 de septiembre de 2009 y c) Que, como consecuencia de un proceso de medida de protección, el Juzgado de Familia de Coyhaique, con fecha 7 de julio de 2008, confirió el cuidado de A.K.R.V. y su hermano mayor S.A. a L.A.C.R., quien había mantenido convivencia con la madre de ambos, I.N.V.C., la que se había retirado del hogar común».[436]

Respecto de la razón para absolver al imputado, la Corte de Apelaciones sostuvo que «es requisito esencial en este ilícito, la existencia y concurrencia de un abuso, esto es, de un atropello, maltrato, forzamiento o aprovechamiento de una relación de superioridad respecto de la víctima, a lo que debe agregarse que, no puede ser considerado como tal, es decir, como abuso, la mera constatación formal o material de una eventual situación de superioridad, si esta no va acompañada de una utilización o prevalimiento, con el objeto de lograr la aquiescencia de

433 Matus y Ramírez (2021), p. 209; Winter (2018), p. 31; Garrido (2010), p. 307; Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 22-2011, considerando sexto; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT 52-2022, considerando décimo.

434 Garrido (2010), p. 307.

435 Garrido (2010), p. 308.

436 Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 57-2010, considerando tercero.

aquella. Supone, entonces, no solo un simple conocimiento respecto de una situación de superioridad, en que se encuentra el sujeto activo y de inferioridad en que está el sujeto pasivo, en atención a una situación de dependencia, sino que es absolutamente necesario y forzoso, para hacer concurrente la existencia del abuso, [que] el hechor aproveche las prerrogativas, ventajas y preeminencia que ostenta, en relación a un desvalimiento o desamparo de la víctima, que impida a esta última, manifestar en forma válida su voluntad respecto a la realización del acto carnal. En consecuencia, no existiendo prevalimiento o sometimiento, el que debe ser, efectivo, real e innegable, a la vez que debe ser considerado, de acuerdo a las circunstancias concretas y factores que rodean el hecho, no puede estimarse configurado el tipo penal de que se trata».[437]

La Corte de Apelaciones estimó que no había existido tal abuso, pues «previo al acceso carnal, ya existió entre los sujetos, pasivo y activo, besos y tocamientos; aparte de que, en su propia declaración, la menor reconoce no considerar, o ver al imputado, actualmente, como su papá o padrastro; que este nunca la amenazó para tener relaciones sexuales; que ella le escribía cartas de amor, lo llamaba L. y era su pareja; que no está de acuerdo con este juicio, porque no tiene lógica; no sabe que están reclamando ni sabe lo que pide el fiscal, considerando injusta la situación, y reconociendo también haber tenido relaciones sexuales previas con un amigo o pololo o 'algo así' y, también relaciones sexuales con otras personas, unas tres o cuatro veces, terminando por señalar que ella verá al acusado de todas formas 'pongan lo que pongan', ya que lo quiere como su pareja desde que empezó todo, en marzo de 2008, con los besos y acercamientos. Que, en consecuencia, de lo expresado anteriormente, se puede también concluir que, en la situación producida, no se encuentra configurada la existencia de dolo, por parte del acusado, acción maliciosa que, además, debe ser directa».[438]

Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima (artículo 363 número 3)

El desamparo corresponde a un estado de situación de necesidad o carencia de la víctima que la coloca en una posición de vulnerabilidad.[439]

437 Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 57-2010, considerando séptimo.
438 Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 57-2010, considerando séptimo.
439 Garrido (2010), p. 309.

La situación de desamparo puede ser de cualquier naturaleza (económica, afectiva, de cuidado personal, etc.) y su origen es irrelevante.[440] Además, esta situación puede ser permanente o transitoria.[441]

El desamparo debe ser grave, esto es, de una entidad o envergadura tal que permita considerarlo con potencialidad de incidir en la voluntad de la víctima para la aceptación del acto sexual.[442]

La mera concurrencia de la situación de desamparo no es suficiente, pues el sujeto activo debe abusar de dicha circunstancia para conseguir la realización del acto sexual.[443]

En sentencia RIT 52-2022, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica condenó al imputado por el delito de estupro, estimando que concurrían las circunstancias de los números 2 y 3 del artículo 363. Los hechos acreditados en este caso fueron los siguientes: «1.- Que en el mes de diciembre de 2020, la adolescente de iniciales J.M.V.G., de 16 años, se encontraba en el programa de tratamiento PAI Los Olivos residencial en un programa de desintoxicación, ubicado en calle […]. 2.- Que en dichas circunstancias el acusado […], desempeñando sus labores de psicólogo en el programa, abusando de la vulnerabilidad y adicción de drogas de J.M.V.G, al interior de su oficina utilizada en el recinto, procedió a realizar actos de connotación sexual con la víctima, a quien le solicita que le practique sexo oral y accederla carnalmente vía vaginal, a cambio de suministrarles dosis de clonazepam u otros medicamentos. Acciones que se realizaron en forma reiterada mientras la víctima permaneció en el programa, hasta finales del mes de diciembre del 2020».[444]

Con relación a la circunstancia de abuso de una relación de dependencia, el tribunal sostuvo que el acusado era una persona que debía cuidar y custodiar a la víctima, situación que él aprovechó para acceder carnalmente a ella. Esto por cuanto el imputado era una persona contratada en el PAI en calidad de psicólogo, teniendo dentro de sus funciones atender a los usuarios de dicho programa. Además, «el acusado era el profesional a cargo de la entrega de los medicamentos, trasladaba a la niña a su consulta psiquiátrica, incluso la fue dejar una vez a la casa, en

440 Winter (2018), p. 32; Garrido (2010), p. 309.
441 Winter (2018), p. 32.
442 Winter (2018), p. 32; Garrido (2010), pp. 309 y 310.
443 Winter (2018), p. 32; Garrido (2010), p. 309.
444 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT 52-2022, considerando noveno.

contra de sus obligaciones laborales, quien, además, estaba en conocimiento de la situación de consumo abusivo de drogas de la niña, que estaba siendo tratada farmacológicamente y que había estado hospitalizada. Esta última información relevante y que estaban en conocimiento los profesionales a cargo de los jóvenes del acusado por las reuniones de trabajo que el mismo acusado reconoció participar. Precisamente, es que con dicha información su conducta debe ser calificada como de abusiva en esta relación. Dejó de ser una relación profesional y aprovecha esta situación de poder, en su oficina, para accederla carnalmente, al preguntarle 'qué había hecho ella por la droga'. Una pregunta, cuya respuesta ya sabía por su historial y que, por lo tanto, la niña accedería a cambio de algo, especialmente droga como lo señaló la víctima».[445]

Por su parte, respecto de la circunstancia de abusar del grave desamparo en que se encontraba la víctima, el tribunal tuvo en consideración que se trataba de una adolescente en un programa PAI, lo cual implica que se «está en presencia de una víctima que viene con un historial de vivencias complejas. La víctima señaló que llegó al centro por una causa penal con medidas cautelares del Juzgado de Garantía. En ese tiempo la niña tenía recién cumplidos sus 15 años, con dificultades en el ámbito familiar, salud mental, consumo de drogas, que era un caso complejo». Además, la víctima presentaba un alto patrón de consumo de drogas con sospecha de explotación sexual y prostitución, no respondía al tratamiento ambulatorio y presentaba nula motivación. Toda esta información estaba en conocimiento del imputado, y «explica la pregunta que le realiza a la adolescente 'qué has hecho por droga' y que fue el inicio sus contactos sexuales con ella [a] cambio de clonazepam o dinero, que es un abuso pues mantenía a la adolescente sujeta a una medicación que no era de ayuda, sino que agudizaba su problema de adicción».[446]

Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual (artículo 363 número 4)

Esta cuarta circunstancia comisiva consiste en una modalidad precisa de abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual de la víctima, quien, producto del engaño, no entiende el significado sexual de la conducta que

445 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT 52-2022, considerando décimo.

446 Ídem.

realiza.[447] Por consiguiente, en estos casos la víctima, producto del engaño, accede a realizar un acto de significación sexual, el cual, sin embargo, considera desprovisto de cualquier relevancia. Tal es el caso, por ejemplo, del agresor que le propone a la víctima participar en un juego que involucra la realización de conductas sexuales, las cuales son presentadas como de cotidiana ocurrencia y sin ninguna connotación sexual.

En palabras de Garrido: «El engaño, entonces, debe encontrarse estrechamente vinculado a la creación de una representación equivocada de la víctima de los alcances del acto que se pretende ejecutar con ella (una cópula sexual) para lograr su aquiescencia o evitar su resistencia».[448]

Como consecuencia de lo anterior, los engaños que no dicen relación con el significado sexual del acto no configuran esta circunstancia comisiva. Así, por ejemplo, la mentira sobre el estado civil del agente o la falsa promesa de matrimonio no son punibles bajo este título, ya que la víctima comprende el significado sexual de su acto.[449]

Faz subjetiva del tipo penal

Conforme a la doctrina mayoritaria, dado que todas las circunstancias indicadas en el artículo 363 requieren que el autor del delito abuse o se aproveche de una situación de dependencia o desamparo, o engañe a la víctima, con el específico fin de obtener la realización del acto sexual, el delito de estupro exigiría dolo directo y no bastaría el dolo eventual.[450]

Abusos sexuales (artículos 365 bis a 366 ter)

Los artículos 365 bis, 366, 366 bis y 366 ter sancionan la ejecución no consentida de conductas de significación sexual distintas del acceso carnal.

Definición de acción sexual

Consciente de las dificultades prácticas que los delitos de abusos sexuales podrían generar, el legislador nacional ha definido el concepto de acción sexual en el artículo 366 ter. Conforme a esta norma, para los

447 Garrido (2010), p. 310.
448 Garrido (2010), p. 312.
449 Rodríguez (2023), p. 232; Garrido (2010), pp. 312 y 313.
450 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 201; Rodríguez (2023), p. 235; Garrido (2010), p. 313.

efectos de los artículos 365 bis, 366 y 366 bis, «se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella». De la anterior definición se desprenden tres elementos, los cuales serán abordados a continuación.

Significación sexual

En primer lugar, es necesaria la ejecución de un «acto de significación sexual». Conforme a un criterio objetivo, un acto tiene connotación sexual cuando la conducta sea de aquellas que las personas, con base en pautas socialmente acordadas en un tiempo y lugar determinado, catalogan como una expresión del instinto sexual.[451]

Una parte de la doctrina rechaza que la anterior determinación pueda basarse únicamente en criterios objetivos, y argumenta que la significación sexual de un acto viene dada por un específico elemento subjetivo: el ánimo libidinoso. De otro modo, se argumenta, «los tocamientos propios de los juegos deportivos […], los exámenes médicos y las caricias de los padres respecto de sus hijos, y aun los que se producen casualmente producto de las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas sujetas a indagación sobre su antijuridicidad, lo que resulta del todo excesivo».[452]

Relevancia

El acto de significación sexual debe ser, además, de «relevancia», es decir, de una cierta intensidad o gravedad, en términos tales que posea la virtualidad de afectar la libertad o indemnidad sexual de la víctima, considerando las circunstancias concretas del caso y la edad, forma de comisión y parte del cuerpo afectada.[453]

451 Aguilar (2012), p. 90; Winter (2018), p. 41.

452 Matus y Ramírez (2021: 212). En contra de un criterio puramente subjetivo, Rodríguez (2023), pp. 254-256.

453 Garrido (2010), p. 316; Aguilar (2012), p. 92.

Contacto corporal o afectación de los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella

Como último requisito, el artículo 366 ter exige que haya existido contacto corporal con la víctima, o que la conducta realizada afecte sus genitales, ano o boca, aun cuando no hubiere habido contacto corporal.

Este elemento restringe la conducta incriminada desde una perspectiva objetiva, excluyendo del campo de aplicación de estos delitos, por ejemplo, el caso en que el agresor fuerza a la víctima a desvestirse o exhibirse.[454]

Respecto de la primera hipótesis, cabe señalar que el contacto corporal no implica un contacto de pieles, sino que también puede materializarse en actos ejecutados por sobre la vestimenta de uno de los intervinientes o de ambos.[455]

Con relación a la segunda modalidad, es decir, afectación de genitales, ano o boca de la víctima sin contacto corporal, esta comprende los casos de abuso sexual que se materializan con la introducción o frotación de objetos o animales en el cuerpo de la persona ofendida. En esta modalidad de comisión es irrelevante quién asume el rol activo en la ejecución del acto, siempre que ella haya sido forzada o inducida por el agresor. Así, por ejemplo, es posible sancionar, a título de abuso sexual y bajo esta segunda modalidad, a una persona que fuerza a otra a tocar sus propios genitales.[456]

Abuso sexual en contra de persona menor de 14 años

Conforme al artículo 366 bis, quien «realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo».

Como se puede apreciar, en este caso no se requiere la concurrencia de ninguna circunstancia comisiva. Por consiguiente, todo acto de significación sexual que satisfaga la definición del artículo 366 ter, realizada en contra de una persona menor de 14 años, es punible a título de abuso sexual del artículo 366 bis.

454 Garrido (2010), p. 316.
455 Garrido (2010), p. 317; Rodríguez (2023), pp. 258 y 259; Winter (2018), p. 43.
456 Garrido (2010), p. 317.

Abuso sexual en contra de persona mayor de 14 años

A diferencia de lo que ocurre con el abuso sexual en contra de persona menor de 14 años, que no requiere la concurrencia de ninguna circunstancia comisiva, el artículo 366, que sanciona el abuso sexual en contra de persona mayor de 18 años, sí exige que se configure alguna específica modalidad de ataque.

El inciso primero del artículo 366 sanciona a quien «abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361».

La misma pena se aplicará, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 366, «cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años».

Finalmente, el inciso tercero del artículo 366, incorporado por la Ley 21.153, sanciona a quien abusare sexualmente de otra persona mediante «el empleo de sorpresa u otra maniobra que no suponga consentimiento de la víctima, siempre que esta sea mayor de catorce años». En este caso, la pena prevista es presidio menor en su grado mínimo a medio.

Durante la tramitación legislativa de la Ley 21.153 se discutió sobre si era conveniente o no incorporar el nuevo inciso tercero del artículo 366. Una primera postura sostuvo que ello no era necesario, por cuanto las hipótesis de ataques sexuales por sorpresa ya estaban comprendidas en la circunstancia de incapacidad para oponerse.[457] En efecto, una parte importante de la doctrina nacional sostenía que las agresiones sexuales por sorpresa podían ser punibles a título de abuso sexual por haberse cometido aprovechando la incapacidad para oponerse de la víctima.[458] Además de lo anterior, se afirmó que la incorporación de este nuevo delito podría ocasionar problemas prácticos, pues exigiría distinguir entre el delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366 y el nuevo delito de abuso sexual por sorpresa, siendo posible que algunos casos de incapacidad para oponerse fueren sancionados finalmente a título

457 BCN (2021), p. 106.

458 Oxman (2015), p. 102; Santibáñez y Vargas (2011), p. 203; Santibáñez (2013), p. 55.

de abuso sexual por sorpresa, lo cual ocasionaría la imposición de una pena menor a la que correspondería aplicar.[459] De este modo, ya desde sus primeros esbozos, el abuso sexual por sorpresa fue cuestionado por ir en desmedro del desarrollo que se había venido produciendo del aprovechamiento de la incapacidad de la víctima comprendido en la circunstancia del delito de violación.[460] Una segunda postura, en cambio, señaló que la incorporación de la sorpresa como hipótesis comisiva era positiva, pues, en su opinión, permitía resolver algunas falencias detectadas al momento de sancionar el fenómeno del abuso sexual, despejando cualquier duda sobre la punibilidad de las agresiones sexuales por sorpresa en contra de personas mayores de catorce años.[461] Esta última postura habría primado durante la discusión.[462]

Considerando la penalidad del delito de abuso sexual por sorpresa, inferior a aquella del delito de abuso sexual de los incisos primero y segundo del artículo 366, es posible afirmar que el primer delito constituye una figura residual,[463] cuya aplicación será desplazada en todos aquellos casos en que concurran los elementos de las demás hipótesis de abuso sexual del artículo 366.[464] Por consiguiente, la labor del tribunal será siempre verificar, en primer lugar, si se configura o no el delito de abuso sexual de los incisos primero o segundo del artículo ya citado. En caso afirmativo, se deberá condenar por dicho tipo penal, descartando la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa. Por el contrario, en caso negativo, el tribunal deberá evaluar la eventual aplicación de este último delito.

¿Cómo se debiesen distinguir los abusos sexuales de los incisos primero y segundo del artículo 366 de aquellos abusos sancionados de acuerdo con el inciso tercero? La clave para distinguir correctamente los distintos tipos penales involucrados es entender que las hipótesis delictivas comprendidas en el inciso tercero del artículo 366 son de menor gravedad que aquellas incorporadas en los incisos primero y segundo. En aquellos abusos sancionados conforme al inciso tercero, la conducta punible usualmente consistirá en conductas de significación sexual y de

459 BCN (2021), p. 106.
460 Aguilera (2021), p. 81.
461 BCN (2021), p. 118.
462 Escobar (2023a), 185.
463 Zamora (2021), p. 268.
464 Escobar (2023a), p. 185.

relevancia cometidas de manera sorpresiva y de ejecución instantánea, sin que exista una circunstancia adicional de tipo contextual o situacional que coloque a la víctima en una posición en que sus capacidades para oponerse a la agresión se vean significativamente reducidas.[465]

Una interesante reflexión sobre la forma de comisión del delito de abuso sexual por sorpresa puede encontrarse en la sentencia RIT 152-2019, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, confirmada posteriormente por la Corte de Apelaciones de Valdivia.[466] En dicha oportunidad, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno descartó la aplicación del delito de abuso sexual por sorpresa, condenando al imputado por un delito de abuso sexual del inciso primero del artículo 366 por haber aprovechado la incapacidad para oponerse de la víctima. Sobre el delito de abuso sexual por sorpresa, el tribunal sostuvo que un cierto grado de sorpresa es inherente a muchas hipótesis de abuso sexual, pues en ellas no concurre la voluntad de la víctima. Sin embargo, la existencia de sorpresa no importa que el hecho deba necesariamente calificarse como un abuso sexual por sorpresa, pues lo importante no es que la víctima haya sido sorprendida, sino que el delito se haya ejecutado mediante dicha específica modalidad de comisión, caracterizada por su «furtividad, intempestividad, y brevedad».[467]

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Temuco, al afirmar que el delito de abuso sexual por sorpresa «implica el acometimiento de acciones a través de actos imprevistos, inesperados o sorpresivos que impiden a la víctima oponerse justamente por lo impensado del ataque».[468]

En sentencia RIT 61-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro condenó al imputado por un delito de abuso sexual del inciso tercero del artículo 366. Los hechos acreditados en este caso fueron los siguientes: «Que el día 25 de junio de 2020, alrededor de las 02:00 horas de la madrugada, el imputado […] se encontraba en el *living* de su propiedad […] domicilio en que por esa noche pernoctaba la menor víctima […]. Al bajar la adolescente al primer piso y dirigirse a la cocina, a prepararse algo de comer, el imputado sorpresivamente y contra su

465 Santibáñez (2020), p. 432.
466 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 230-2020.
467 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 152-2019, considerando duodécimo.
468 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 481-2021, considerando séptimo.

voluntad tocó con sus manos los senos y vagina de la víctima, momento en que la adolescente huye del lugar».[469]

Respecto de la calificación jurídica del hecho, el tribunal sostuvo que «para que nos encontremos frente a este delito, se exige que el acto tenga significación sexual y que este además sea relevante: la significación o connotación sexual supone que se trate de un acto de aquellos que los seres humanos realizan comúnmente motivados por el instinto o deseo sexual; mientras que la relevancia dice relación con la importancia o gravedad que deben revestir, dentro del conjunto de comportamientos humanos de índole o significación sexual. Por su parte en cuanto a la circunstancia aludida por el ente persecutor de sorpresa del artículo 366 inciso tercero Código Penal, esta se entiende como el actuar súbito del hechor, cuya rapidez si no suspende el actuar de la víctima, al menos le impide oponer resistencia a la acción de significación sexual y de relevancia indicada en el artículo 366 ter del Código Penal».[470]

¿Exige el inciso tercero del artículo 366 que el delito se cometa en un espacio público o de libre acceso público? En sentencia rol 1739-2022, la Corte de Apelaciones de Rancagua sostuvo que, dado que el delito de abuso sexual por sorpresa fue incorporado «por la Ley Nº 21.153, que tuvo por objeto sancionar los abusos sexuales cometidos en espacios públicos como calles, transportes u otros y/o en recintos privados abiertos al público», se debe concluir que este tipo penal exige que la conducta típica se realice en un lugar público o de libre acceso público.[471]

No resulta posible compartir la postura de la Corte de Apelaciones de Rancagua. Si bien las mociones que dieron origen al proyecto legislativo tenían como único objetivo sancionar el acoso sexual cometido en lugares públicos o de libre acceso público,[472] ya durante el primer trámite legislativo se optó por incluir dos delitos distintos, uno limitado al acoso sexual callejero que ocurría en lugares públicos o de libre acceso público, y otro de aplicación general, que se proponía incluir en un nuevo artículo 366 sexies, cuya finalidad era sancionar a quien «realizare una

469 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, RIT 61-2021, considerando décimo cuarto.

470 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, RIT 61-2021, considerando décimo sexto.

471 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1739-2022, considerando vigésimo tercero.

472 BCN (2021), pp. 3-8.

acción sexual que implique un contacto corporal contra la voluntad de una persona mayor de 14 años que provoque en la víctima intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo, sin que medien los términos señalados en el artículo 366 ter».[473] Este último delito no exigía que la conducta se realizara en lugares públicos o de libre acceso público. Durante el segundo trámite legislativo, el Senado decidió mantener ambas hipótesis delictivas separadas, pero propuso ubicar el segundo tipo penal en un nuevo inciso tercero del artículo 366, en lugar de agregar un artículo 366 sexies. Además de lo anterior, se estimó conveniente incorporar expresamente la modalidad de sorpresa.[474]

Por esta razón, a pesar de que la intención original de las mociones que dieron lugar al proyecto de ley aprobado era sancionar únicamente el acoso sexual cometido en lugares público o de libre acceso público, durante la tramitación legislativa se optó claramente por distinguir delitos diferentes, uno que sancionaba el acoso sexual en lugares públicos o de libre acceso público (artículo 494 ter), y otra hipótesis de abuso sexual general, que nunca hizo referencia alguna al lugar de comisión de la conducta típica. Por consiguiente, no corresponde exigir, como un elemento del tipo penal, que el delito de abuso sexual por sorpresa del inciso tercero del artículo 366 sea cometido en un lugar público o de libre acceso público.[475]

Abuso sexual calificado

El artículo 365 bis establece una hipótesis agravada de abuso sexual. Conforme a esta norma, si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, la pena a imponer será presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361. Si la víctima fuere menor de catorce años, la pena será presidio mayor en cualquiera de sus grados. Por último, si concurriere alguna de las circunstancias del artículo 363, y la víctima fuere menor de 18 años, pero mayor de 14, la pena será presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

473 BCN (2021), p. 81.
474 BCN (2021), p. 123.
475 Aguilera (2021), p. 80. En el mismo sentido, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RIT 282-2021, considerando décimo.

Como se puede ver, la agravación se produce cuando el acto de significación sexual consiste en la introducción de objetos por vía anal, bucal o vaginal, o en la utilización de animales en ello.

Se ha discutido sobre la posibilidad de sancionar, a título de abuso sexual agravado, la introducción de partes del cuerpo distintas del pene, como un puño. Si bien la doctrina mayoritaria se opone a ello,[476] durante la tramitación legislativa se discutió expresamente esta posibilidad, concluyéndose que la introducción de una mano sí podía ser considerada como un objeto para efectos de este delito.[477]

Pornografía infanto-juvenil

El artículo 367 quáter del Código Penal sanciona la producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil.

El inciso final del artículo 367 quáter define pornografía infanto-juvenil en los siguientes términos: «Para los efectos de este artículo, se entenderá por material pornográfico o de explotación sexual en cuya elaboración hubieren sido utilizadas personas menores de dieciocho años, toda representación de estos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines».

La definición del artículo 367 quáter comprende, en primer lugar, la pornografía infanto-juvenil clásica, esto es, toda representación de niños, niñas y adolescentes (NNA) involucrados en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas. Es importante destacar que la definición únicamente comprende aquellas representaciones de actividades sexuales explícitas o de partes genitales con fines primordialmente sexuales. Por consiguiente, el legislador ha excluido, por ejemplo, representaciones meramente eróticas de NNA, las cuales, sin perjuicio de poseer una connotación sexual, no exhiben parte de sus genitales ni son representaciones de actividades sexuales explícitas. La definición de pornografía infanto-juvenil también excluye representaciones que no hayan sido

476 Matus y Ramírez (2021), pp. 214 y 215; Winter (2018), p. 48; Fernández (2007), pp. 115 y ss.

477 BCN (2004), p. 111.

realizadas con un fin primordialmente sexual, como pueden ser representaciones con fines científicos o artísticos.[478]

Además de la pornografía clásica, la definición del artículo 367 quáter incluye, en segundo lugar, la denominada pornografía infanto-juvenil aparente, la cual tiene lugar cuando se representa, de forma aparente, a NNA a partir de la utilización de voces, fotogramas o imágenes de NNA reales, en contextos de significación sexual.[479]

Teniendo en consideración lo anterior, es posible afirmar que el requisito base de la definición del inciso final del artículo 367 quáter es que efectivamente exista un NNA que haya intervenido en el hecho de connotación sexual. Como consecuencia, la definición del Código Penal chileno no comprende aquellos casos en que personas mayores de dieciocho años simulan ser NNA, por no cumplirse la exigencia indicada anteriormente. La definición tampoco incluye la denominada pornografía infanto-juvenil virtual, en que las imágenes de los NNA son íntegramente creadas a través de medios tecnológicos, pues en este caso no existe ningún ser humano que efectivamente haya intervenido en el hecho de connotación sexual.[480]

A continuación, se analizarán los delitos de producción, distribución y almacenamiento de pornografía infanto-juvenil.

Distribución de pornografía infanto-juvenil

El inciso primero del artículo 367 quáter sanciona, con la pena de presidio menor en su grado máximo, a quien «comercializare, importare, exportare, distribuyere, difundiere o exhibiere material pornográfico o de explotación sexual, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas menores de dieciocho años».

La distribución de pornografía infanto-juvenil constituye una actividad de promoción de este material, superando los límites aceptables de la libertad personal en esta materia.[481] El delito de distribución de pornografía infanto-juvenil ha sido concebido como un delito de emprendimiento, cuya estructura típica es similar a aquella del delito de tráfico ilícito de estupefacientes.

478 Mayer (2014a), pp. 30 y 31.
479 Ossandón (2014), p. 282; Scheechler (2012), pp. 63 y 64.
480 Mayer (2014a), p. 29; Matus y Ramírez (2021), p. 225.
481 Hernández (2012), p. 134.

Sin perjuicio de que algunos verbos empleados en el artículo 374 bis tienen un significado comercial, nada obsta a que el delito en estudio sea cometido a título gratuito.[482]

Producción de pornografía infanto-juvenil

Conforme al inciso segundo del artículo 367 quáter, con «la misma pena señalada en el inciso anterior será sancionado el que participare en la producción de dicho material pornográfico o de explotación sexual».

Dado que el artículo 367 quáter sanciona a quien «participare en la producción» de material pornográfico infanto-juvenil, resulta necesario abordar el significado de esta expresión. Con relación a la conducta incriminada, esta consiste en «producir» material pornográfico. Como se ha señalado, «producir» significa «elaborar», «fabricar» o «crear» algo, en este caso, material pornográfico infanto-juvenil. De este modo, el delito del inciso segundo del artículo 367 quáter no sanciona la realización de acciones de significación sexual con NNA ni su involucramiento en contextos de esta naturaleza. Por el contrario, el artículo 367 quáter sanciona la elaboración de un registro de un hecho con significación sexual en que haya participado algún NNA, o de ciertas partes de su cuerpo. Este registro puede quedar plasmado en cualquier soporte, ya sea papel, magnético o digital.[483]

Aclarado el significado del verbo «producir», se debe ahora abordar el significado de la expresión «participar». A este respecto, pareciera ser que la intención del legislador fue ampliar el círculo de sujetos activos, comprendiendo a todas aquellas personas que intervinieran, de alguna forma, en la etapa de producción del material pornográfico infanto-juvenil. Así, resultaría suficiente, para ser sancionado a título de autor, que una persona contribuya en el proceso de elaboración del material, no siendo necesario que efectivamente lo haya producido. Por consiguiente, se sanciona no solamente a quien capta las imágenes pornográficas, sino también a aquellas personas que colaboren en la actividad de captación y producción definitiva, como puede ser el caso de las personas encargadas de la iluminación en el rodaje de una película pornográfica, montaje, edición, impresión, entre otros.[484]

482 Rodríguez (2013), p. 149; Cisternas (2017), pp. 84 y 85.
483 Rodríguez y Polanco (2015), pp. 136 y 137.
484 Rodríguez (2013), p. 147.

El artículo 367 quáter sanciona en calidad de autor a todas aquellas personas que intervengan en el proceso de elaboración del material pornográfico, es decir, en su fase de producción. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de que otras personas puedan ser sancionadas a título de partícipes, como sería el caso, por ejemplo, de la persona que arrienda el inmueble donde se producen los registros o la persona que facilita a los autores herramientas para ejecutar el delito. En otras palabras, aquellas personas que no participan en la fase de producción del material, pero que colaboran con las personas responsables de ella, podrán perfectamente ser sancionadas en calidad de partícipes.[485]

Almacenamiento de pornografía infanto-juvenil

El inciso tercero del artículo 367 quáter sanciona, con la pena de presidio menor en su grado medio, a quien «maliciosamente almacenare o adquiriere material pornográfico o de explotación sexual, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas menores de dieciocho años».

Dado que el inciso tercero del artículo 367 quáter sanciona la adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, el tipo penal no incluye la simple contemplación o visualización de pornografía infanto-juvenil, así como tampoco el mero acceso, consulta o búsqueda de pornografía.[486] Así, no comete este delito quien se limita a visualizar pornografía infanto-juvenil almacenada en un computador de otra persona, así como tampoco quien consulta páginas pornográficas en Internet, sin descargar el contenido.[487]

La Corte Suprema ha señalado que la cantidad de pornografía infanto-juvenil almacenada no es relevante a efectos de tener por configurado el delito en estudio.[488]

En cuanto a la faz subjetiva, la incorporación de la expresión «maliciosamente» implica una exigencia de dolo directo, elemento que se traduce en la conciencia y voluntad de estar adquiriendo o almacenando pornografía infanto-juvenil. Se excluye, por tanto, la posibilidad de su

485 Rodríguez (2023), pp. 322 y 323.
486 Rodríguez (2013), p. 151.
487 Mayer (2014a), p. 35.
488 Corte Suprema de Chile, rol 3557-2009, considerando trigésimo.

comisión a título de dolo eventual o culpa,[489] lo cual implica que el error sobre la condición de NNA de las personas involucradas en el material pornográfico, o incluso la duda respecto a dicha circunstancia, excluyen la tipicidad subjetiva.[490] Por consiguiente, el tipo penal no comprende casos en que una persona, sin saberlo ni solicitarlo, recibe pornografía infanto-juvenil, por ejemplo por correo electrónico, siempre que, una vez descubierto dicho material, proceda a eliminarlo.

¿Exige el inciso tercero del artículo 367 quáter que la adquisición o el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil estén destinados a su posterior comercialización o distribución? Un sector de la doctrina responde afirmativamente a la pregunta planteada, argumentando que el verbo «almacenar» no puede ser identificado con la mera posesión de pornografía, dado que, durante la tramitación legislativa, el legislador conscientemente reemplazó el verbo «poseer», contenido en la propuesta original, por «almacenar». Por consiguiente, este último verbo debe necesariamente implicar algún requisito adicional a la mera posesión, el cual, en opinión de esta postura, consiste en la intención del agente de comercializar el material pornográfico. De esta manera, «almacenar» significaría, a efectos del artículo 367 quáter, inciso tercero, «poseer para comercializar».[491]

La jurisprudencia chilena, apoyada por otro sector de la doctrina,[492] ha rechazado la interpretación anteriormente expuesta, sosteniendo que la adquisición y el almacenamiento de pornografía infanto-juvenil pueden estar orientados tanto al consumo personal como a su posterior circulación en el mercado. En particular, la Corte Suprema ha afirmado que el delito del inciso tercero del artículo 367 quáter «no exige expresamente motivación del autor para su posterior comercialización o distribución, comportamientos que están en su inciso primero en un ilícito diferente».[493] En apoyo de esta segunda postura, cabe agregar que du-

489 Garrido (2010), p. 341; Corte Suprema de Chile, rol 3557-2009, considerandos vigésimo noveno y trigésimo; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2079-2010, considerando cuarto.

490 Matus y Ramírez (2021), p. 228.

491 Hernández (2012), pp. 137 y 138.

492 Matus y Ramírez (2021), p. 227; Aguilar (2012), p. 174.

493 Corte Suprema de Chile, rol 3557-2009, considerando trigésimo. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 431-2012, considerando cuarto; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 547-2007, considerando sexto.

rante la tramitación legislativa se propuso precisamente limitar el castigo de la posesión de pornografía infanto-juvenil a aquellos casos en que el autor tenía una intención de comercializar dichos registros, propuesta que finalmente no fue recogida por la ley.[494] Todo pareciera indicar, por consiguiente, que el legislador ha regulado, en el artículo 374 bis, inciso segundo, una hipótesis delictiva de posesión de objetos ilícitos.[495]

En conclusión, dado que el delito del inciso tercero del artículo 367 quáter no contempla entre sus requisitos que la adquisición o almacenamiento de pornografía infanto-juvenil esté orientado a su comercialización o distribución, será suficiente que la persona responsable maliciosamente adquiera o guarde el material pornográfico, con independencia del fin al cual se oriente su acción.[496]

Regulación jurídico-penal de la autoproducción de pornografía infanto-juvenil

Los casos de autoproducción de pornografía, ya sea de adultos o infanto-juvenil, se caracterizan por que la elaboración de los registros pornográficos está controlada por la misma persona que aparece allí representada, de manera tal que esta persona domina el proceso de producción de las imágenes.

Según el número de personas que intervengan en la producción de los registros pornográficos, es posible distinguir entre autoproducción individual y colectiva de pornografía. Así, por ejemplo, cuando una persona toma una fotografía de sí misma desnuda (*selfie*), estaremos ante un caso de autoproducción individual de pornografía. Por el contrario, cuando una persona le solicita a otra que le tome una fotografía desnuda, estaremos ante una hipótesis de autoproducción colectiva de pornografía. Lo mismo ocurre cuando dos personas se graban manteniendo relaciones sexuales.[497]

El fenómeno de la autoproducción de pornografía se encuentra íntimamente relacionado con el fenómeno del *sexting*, es decir, la transmisión digital de imágenes o videos sexualmente sugestivos o explícitos, destinados a un uso personal, a través de un medio que proporciona

494 Mayer (2014a), pp. 27 y 28.
495 Matus y Ramírez (2021), p. 227.
496 Mayer (2014a), p. 38.
497 Escobar (2022b), p. 684.

una expectativa razonable de privacidad, como un mensaje o un correo electrónico personal.[498]

La doctrina distingue entre *sexting* primario y *sexting* secundario. El primero tiene lugar cuando la persona representada en el registro es la misma que lo distribuye, por ejemplo, cuando un NNA toma una fotografía de sí mismo desnudo y la manda a su pareja. Por su parte, el *sexting* secundario tiene lugar cuando la persona que distribuye el registro lo ha recibido previamente de otra, ya sea de la persona que se encuentra representada en el registro o de otra distinta. En el ejemplo anterior, esto ocurriría si la pareja que ha recibido la fotografía la envía posteriormente a terceras personas.[499]

El incremento de los casos de autoproducción de pornografía infanto-juvenil ha planteado el dilema sobre si corresponde aplicar los delitos de pornografía infanto-juvenil a estas situaciones o si, por el contrario, estos casos se encuentran excluidos del campo de aplicación de dichos tipos penales.[500]

Con el objetivo de demostrar la relevancia del problema planteado, resulta pertinente revisar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 123-2017, donde precisamente se discutió la posibilidad de aplicar los delitos de pornografía infanto-juvenil a un caso de autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil y *sexting* primario. En este caso, el Ministerio Público formalizó al imputado por el delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, pues este mantenía en su computador 56 fotografías de la víctima, una adolescente, imágenes que la graficaban desnuda y exhibiendo sus senos y genitales. Las 56 fotografías habían sido enviadas por la propia víctima al imputado, en el contexto de la relación de pareja que ambos mantenían.[501]

La defensa del imputado solicitó al Juzgado de Garantía decretar el sobreseimiento definitivo con relación al delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil, argumentando que los hechos no eran constitutivos de delito. El tribunal rechazó la solicitud de sobreseimiento,

498 Lampe (2013), p. 704.

499 Ryan (2010), p. 361; Calvert (2009), p. 30.

500 Minor (2016), pp. 310 y ss. Se ha criticado que las agencias de persecución penal intenten resolver los casos de *sexting* primario y secundario entre adolescentes mediante la imputación a estos de delitos de producción y distribución de pornografía infanto-juvenil. Al respecto, ver Ryan (2010), pp. 370 y ss.

501 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 123-2017, considerando primero.

argumentando que los hechos imputados sí eran constitutivos de delito, pues el material incautado era pornografía infanto-juvenil, conforme a la definición prevista en el artículo 367 quáter. Además de lo anterior, el tribunal señaló que las imágenes incautadas se encontraban efectivamente en poder del imputado, y que este había obrado con dolo directo, cumpliéndose, por tanto, todas las exigencias del tipo penal previsto en el inciso tercero del artículo 367 quáter.[502] La decisión del Juzgado de Garantía fue apelada por la defensa del imputado.

Conociendo del recurso de apelación interpuesto por la defensa, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas revocó la resolución impugnada, decretando, en cambio, el sobreseimiento definitivo del imputado.

En primer lugar, la Corte de Apelaciones observó que el verbo «almacenar» no alude a la simple tenencia o posesión de bienes, sino que a su acopio en grandes cantidades y generalmente con fines comerciales.[503] Por consiguiente, el almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil, en los términos del inciso tercero del artículo 367 quáter, debe ser entendido como «posesión de cantidades relevantes destinadas a su ulterior comercialización». Como consecuencia de lo anterior, la Corte de Apelaciones afirmó que la posesión o almacenamiento de material pornográfico infanto-juvenil con fines exclusivos de uso o consumo personal es atípica.

Este era precisamente el caso del imputado que el Ministerio Público había formalizado, por cuanto las imágenes incautadas le «fueron proporcionadas por la propia víctima (tomadas por ella desde su celular y enviadas vía WhatsApp al requerido) en el contexto de una relación de pareja, en la que ambos eran menores de edad, vaciadas y almacenadas por el imputado en su ordenador con objetivos distintos a los de su tráfico o comercialización».[504]

Como se puede apreciar, ambas sentencias, la de Corte de Apelaciones y la del Juzgado de Garantía, adscriben a interpretaciones que se encuentran en extremos opuestos. Por un lado, la sentencia del Juzgado de Garantía interpreta el delito de almacenamiento de pornografía de la manera más amplia posible, requiriendo únicamente que el autor del

502 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 123-2017, considerando segundo.
503 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 123-2017, considerando noveno.
504 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 123-2017, considerando décimo tercero.

delito haya tenido en su poder imágenes constitutivas de pornografía infanto-juvenil. Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas adscribe probablemente a la interpretación más exigente posible, demandando que la persona que almacena el material pornográfico haya tenido la intención de comercializarlo, interpretación que ha sido rechazada explícitamente por la Corte Suprema, como se señaló anteriormente.

Tanto la sentencia del Juzgado de Garantía como la de la Corte de Apelaciones son criticables, pues ninguna de las dos identifica adecuadamente el elemento del tipo penal que permite resolver satisfactoriamente el problema de la aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil a los casos de autoproducción de pornografía, tal como se expondrá en el acápite siguiente.

¿Qué elemento permitiría resolver la cuestión jurídica planteada? El elemento que permitiría resolver adecuadamente el problema descrito es la exigencia consistente en que en la elaboración de los registros pornográficos «hubieren sido utilizados» NNA, requisito contenido en todos los delitos previstos en el artículo 367 quáter.[505] Por consiguiente, allí donde no sea posible afirmar que algún NNA ha sido «utilizado», simplemente no corresponderá aplicar los delitos mencionados.[506]

A continuación, se analizará separadamente cómo el elemento de utilización permite resolver los casos de autoproducción individual y colectiva de pornografía infanto-juvenil.

Autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil

La exigencia de que en la elaboración de los registros pornográficos «hubieren sido utilizados» NNA excluye del campo de aplicación de estos delitos los casos de autoproducción individual de pornografía, es decir, aquellas situaciones en que el NNA que aparece representado en los registros ha decidido producirlos de manera libre y autónoma.

Desde un punto de vista semántico, la exigencia de que NNA hayan sido utilizados en la producción de los registros pornográficos implica necesariamente la intervención de terceras personas.[507] Por esta razón, cuando un NNA ha decidido de manera libre y autónoma producir re-

505 Escobar (2022b), p. 686.
506 Escobar (2023b), p. 8.
507 Scheechler (2019), p. 400.

gistros pornográficos donde solamente él está representado, no resulta posible afirmar que él haya sido «utilizado».

Una interpretación contraria produciría el absurdo de que un NNA que tomara una fotografía de sí mismo desnudo, exhibiendo sus genitales, debería ser sancionado como autor de producción de pornografía infanto-juvenil.[508] La exigencia de una pluralidad de personas constituye el componente formal del requisito de utilización.

La Corte Suprema italiana se ha pronunciado en el mismo sentido aquí planteado. En particular, la Corte Suprema ha sostenido que la exigencia de utilización contenida en el inciso primero del artículo 600 ter, norma que establece el delito de producción de pornografía infanto-juvenil, presupone, en primer lugar, que el autor del delito sea una persona distinta del NNA que aparece representado en los registros pornográficos. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Suprema italiana afirmó que los casos de autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil están excluidos del campo de aplicación del delito de producción de pornografía infanto-juvenil.[509]

Es importante destacar que el requisito de utilización no excluye solamente la aplicación del delito de producción de pornografía, sino que también excluye la aplicación del delito de distribución y de almacenamiento, por cuanto se trata de un requisito común a todos ellos. Por lo tanto, así como un NNA que toma una fotografía de sí mismo desnudo no comete el delito de producción, tampoco se configurará el delito de distribución de pornografía infanto-juvenil si una persona, ya sea el mismo NNA u otra, envía dicha fotografía a otras personas.[510] Por las mismas razones, tampoco se configurará el delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil si la persona que recibe dicha fotografía la conserva.[511]

Con base en lo anteriormente expuesto, es posible ahora resolver adecuadamente el caso abordado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en su sentencia rol 123-2017. La solución del caso descrito no pasaba por incorporar al tipo penal un elemento subjetivo no contemplado por el tipo penal, como lo es la intención de comercializar el ma-

508 Mayer (2014a), p. 31.
509 Corte Suprema de Italia, número 4616-2022, *considerato in diritto* 3; número 5522-2020, *considerato in diritto* 4.1; número 11675-2016, *considerato in diritto* 6.
510 Scheechler (2019), pp. 400 y 401.
511 Escobar (2022b), p. 687.

terial pornográfico, elemento que, por lo demás, ha sido explícitamente rechazado por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por el contrario, la solución del caso pasaba por advertir que se trataba de una situación de autoproducción individual de pornografía infanto-juvenil, toda vez que la adolescente que aparecía en las fotografías las había producido sin intervención de terceras personas, no cumpliéndose, por tanto, el requisito de utilización de un NNA. Al no cumplirse con el elemento de utilización, no resulta entonces posible aplicar el delito de almacenamiento de pornografía infanto-juvenil.

Autoproducción colectiva de pornografía infanto-juvenil

La solución de los casos de autoproducción colectiva de pornografía infanto-juvenil es más compleja que aquella sugerida para los casos de autoproducción individual. En efecto, dado que en estas situaciones efectivamente interviene más de una persona en la producción de los registros pornográficos, la solución a estos casos no depende del componente formal del requisito de utilización. Así ocurre, por ejemplo, cuando un adolescente le solicita a un amigo que le tome una fotografía desnudo o cuando una pareja de NNA decide grabarse mientras mantienen relaciones sexuales.

La resolución de los casos de autoproducción colectiva de pornografía infanto-juvenil depende de la exigencia sustantiva impuesta por el requisito típico «utilización».[512] La expresión «utilizar» evoca, incluso en el lenguaje cotidiano, una posición de ventaja de una persona respecto de otra (o, en su caso, de algo), significado reconocido en los propios diccionarios.[513] Como consecuencia de lo anterior, cuando el Código Penal exige en el artículo 367 quáter que en la elaboración del material pornográfico «hubieren sido utilizados» NNA, no está contemplando únicamente un requisito de pluralidad de personas, sino que también incorpora un componente normativo, consistente en que terceras personas se aprovechen de los NNA representados en los registros pornográficos, los instrumentalicen.[514]

512 Escobar (2023b), pp. 8 y 9.
513 Rodríguez (2023), p. 318.
514 En el mismo sentido, Corte Suprema de Italia, número 4616-2022, *considerato in diritto* 3.1-3.2; número 51815-2018, *considerato in diritto* 4.1.2.

Esto no significa que deba existir explotación o abuso sexual de los NNA, ni que se deba configurar alguna de las circunstancias comisivas de los artículos 361 o 363. Por el contrario, el concepto de utilización en este contexto es más amplio, siendo suficiente la existencia de una instrumentalización del NNA por parte de las demás personas que participaron en la producción del material pornográfico, en el sentido de que estas se hayan aprovechado de él producto de una relación de verticalidad.[515]

¿Qué factores son relevantes para descartar una relación de instrumentalización del NNA? Sobre este punto, la jurisprudencia de la Corte Suprema italiana es de gran utilidad. En primer lugar, es imprescindible que el NNA involucrado en los registros haya manifestado explícitamente su consentimiento. El consentimiento del NNA debe explícitamente abarcar la producción del registro, no siendo suficiente con que haya consentido en realizar la actividad sexual. En segundo lugar, es necesario que el NNA haya superado la edad que el ordenamiento jurídico establece para reconocerle autonomía sexual. En el caso de Chile, esta edad es 14 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 362 del Código Penal. Finalmente, es fundamental que el juez analice, a la luz del caso concreto, si en el contexto en que el NNA manifestó su consentimiento se encontraba efectivamente libre de presiones. Lo relevante en este estadio es determinar si existió o no una relación de poder asimétrica entre el NNA y las demás personas, una posición de supremacía de estas sobre el primero.[516]

En conclusión, cuando en la producción de los registros pornográficos no haya existido una «utilización» del NNA que aparece en ellos, se deberá descartar entonces la aplicación de los delitos de pornografía infanto-juvenil, por no cumplirse con un requisito del tipo penal. Tal sería el caso, por ejemplo, si un NNA y su pareja deciden libre y autónomamente grabarse manteniendo relaciones sexuales, destinando dicho registro para su consumo personal.

515 Escobar (2022b), p. 688.

516 Corte Suprema de Italia, número 4616-2022, *considerato in diritto* 3.1-3.2; número 2252-2021, *considerato in diritto* 1.2.1; número 51815-2018, *considerato in diritto* 4.1.2.

Nueva regla concursal del artículo 367 sexies

La Ley 21.522 incorporó un nuevo artículo 367 sexies, que dispone: «Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable si el hecho fuere constitutivo de un delito sancionado con igual o mayor pena por alguna disposición de los párrafos 5 o 6 del Título VII del Libro Segundo, en cuyo caso el ánimo de lucro, la entrega o promesa de entrega de dinero o especies susceptibles de valoración pecuniaria serán considerados como una sola circunstancia agravante».

Hasta antes de la introducción del artículo 367 sexies, existía acuerdo en que, si las conductas ejecutadas a propósito de los ilícitos de pornografía infanto-juvenil configuraban además otros delitos sexuales, tales como violación, abuso sexual, favorecimiento de la prostitución, etc., el tribunal debía apreciar un concurso de delitos entre las distintas figuras concurrentes.[517] Así, por ejemplo, si una persona accedía carnalmente a una víctima menor de 14 años y creaba un registro audiovisual de ello, lo que correspondía hacer era condenar a esta persona por un delito de violación del artículo 362 y otro delito de producción de pornografía infanto-juvenil.

El artículo 367 sexies ha alterado la anterior solución. Ahora, cuando la ejecución de uno de los delitos de pornografía infanto-juvenil importe la ejecución de algún delito sancionado con igual o mayor pena por alguna disposición de los párrafos 5 o 6 del Título VII del Libro Segundo del Código Penal, no se estará ya ante un concurso de delitos, sino que, en virtud del artículo 367 sexies, solamente se sancionará a la persona responsable por este último delito, caso en el cual el ánimo de lucro, la entrega o promesa de entrega de dinero o especies susceptibles de valoración pecuniaria serán considerados como una circunstancia agravante.

La regulación del artículo 367 es criticable, pues ella ignora que los delitos de pornografía infanto-juvenil, a diferencia de otros delitos previstos en el párrafo 6 bis, como aquel del artículo 367 ter, no requieren que el autor haya obrado con ánimo de lucro ni que haya entregado o prometido entregar dinero o especies susceptibles de valoración económica. Por esta razón, puede perfectamente ocurrir que dicha circuns-

517 Garrido (2010), pp. 339 y 340; Vera y Sepúlveda (2011), pp. 206 y ss.; Aguilar (2012), p. 168.

tancia no exista en el caso concreto, con lo cual no será posible apreciar la concurrencia de la circunstancia agravante a que hace mención el artículo 367 sexies.

Considérese el ejemplo planteado en los párrafos anteriores, en que una persona accede carnalmente a una víctima menor de 14 años y crea un registro audiovisual de ello. Dado que el delito de violación del artículo 362 tiene asignada una pena mayor que el delito del inciso segundo del artículo 367 quáter, actualmente, en virtud del artículo 367 sexies, dicha persona únicamente podrá ser sancionada por el delito de violación. Sin embargo, dado que en el ejemplo planteado no existió ánimo de lucro ni entrega de cosas susceptibles de valoración económica, el tribunal no podrá apreciar la circunstancia agravante del artículo 367 sexies. En definitiva, la sanción a aplicar en este caso será la misma que si el autor no hubiere producido el registro audiovisual, a pesar de que esto último aumenta indudablemente el disvalor del hecho.

En virtud de las anteriores consideraciones, pareciera posible afirmar que la regla concursal del artículo 367 sexies es fruto de una deficiente técnica legislativa, pues el legislador, al momento de diseñarla, habría estado pensando en otros delitos del párrafo 6 bis, que sí exigen que el autor haya obrado con ánimo de lucro o que haya entregado o prometido entregar dinero o especies susceptibles de valoración económica, sin reparar en que otros ilícitos, como aquellos de pornografía, no requieren tal elemento.

Exposición de niños, niñas y adolescentes a actos de significación sexual

El delito de exposición de NNA a actos de significación sexual, a veces denominado como abuso sexual impropio o indirecto,[518] se encuentra previsto en el artículo 366 quáter, norma que establece tres conductas prohibidas distintas, distinguiendo entre víctimas menores de 14 años y mayores de 14, pero menores de 18.

Víctima menor de 14 años, conducta prohibida del inciso primero

El inciso primero sanciona, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo, a quien, «sin realizar una acción sexual en los térmi-

518 Rodríguez (2023), p. 273.

nos anteriores, para procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro, realizare acciones de significación sexual ante una persona menor de catorce años».

En este caso, se sanciona una hipótesis de exhibicionismo, en que la persona responsable realiza actos sexuales o tocamientos impúdicos, sola o con otras personas, frente a la víctima.[519]

La víctima debe quedar relegada al papel de simple observador, porque si el autor realizare los actos de significación sexual con la víctima, el delito no sería el del artículo 366 quáter, sino directamente violación o abuso sexual, según corresponda.[520] Por otra parte, si quien realizare el acto de significación sexual fuere únicamente la víctima, el delito a aplicar será el del inciso segundo del artículo 366 quáter.

En causa rol 229-2016, de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, se condenó al imputado a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio como autor de un delito de exhibicionismo del artículo 366 quáter, toda vez que él, en horas de la tarde y en plena vía pública, tomó a la víctima –que a la fecha tenía menos de 14 años– de un brazo, extrajo su pene y se masturbó delante de ella.[521]

Víctima menor de 14 años, conducta prohibida del inciso segundo

Conforme al inciso segundo del artículo 366 quáter, si «se determinare a una persona menor de catorce años a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro, o se la hiciere ver o escuchar material pornográfico o de explotación sexual o presenciar espectáculos del mismo carácter, la pena será presidio menor en su grado máximo».

La primera parte de esta hipótesis sanciona determinar a una persona menor de 14 años a realizar acciones de significación sexual. A diferencia de lo que sucede en el caso del inciso primero, aquí se exige que la víctima sea quien efectivamente realice los actos de connotación sexual.[522] Lo característico de estos actos es el hecho de realizarse en presencia del propio sujeto activo o de un tercero, lo cual no quiere decir que estos últimos deban intervenir en su ejecución junto al menor, porque si exis-

519 Matus y Ramírez (2021), p. 218.
520 Rodríguez (2023), p. 276.
521 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 229-2016.
522 Matus y Ramírez (2021), p. 218.

tiere tal participación, los hechos necesariamente configurarían delitos de violación o abuso sexual, en atención a la edad de la víctima.[523]

La segunda parte de este inciso segundo sanciona a quien hiciere ver o escuchar, a una persona menor de 14 años, material pornográfico o de explotación sexual, o presenciar espectáculos del mismo carácter. En este caso, la víctima nuevamente adquiere un papel de espectador.

En sentencia RIT 20-2016, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar condenó al imputado por un delito del artículo 366 quáter, por haber enviado a la víctima, una persona menor de 14 años, «dos fotografías de su pene erecto, con el fin de que las viera; las cuales fueron recibidas y vistas por la víctima. También le efectuó una serie de insinuaciones e invitaciones a mantener relaciones sexuales, además de incitar a la menor a enviarle fotografías de sus partes íntimas».[524]

Víctima menor de 14 años, conducta prohibida del inciso tercero

De acuerdo con el inciso tercero del artículo 366 quáter, será «sancionado con la misma pena del inciso precedente al que determinare a una persona menor de catorce años a enviar, entregar o exhibir: a) Imágenes o grabaciones en que se representaren acciones de significación sexual de su persona o de otro menor de catorce años de edad. b) Imágenes o grabaciones de sus genitales o los de otra persona menor de catorce años».

Víctima mayor de 14 años pero menor de 18, conducta prohibida del inciso cuarto

La situación de las víctimas mayores de 14 años, pero menores de 18, se encuentra regulada en el inciso cuarto del artículo 366 quáter, el cual dispone: «Quien realice alguna de las conductas descritas en los incisos anteriores con una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias del numerando 1º del artículo 361 o de las enumeradas en el artículo 363 o mediante amenazas en los términos de los artículos 296 y 297, tendrá las mismas penas señaladas en los incisos anteriores».

523 Rodríguez (2023), pp. 276 y 277.

524 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 20-2016, considerando octavo.

La diferencia de este inciso cuarto con los incisos precedentes radica en que en este caso la víctima es una persona mayor de 14 años, pero menor de 18. Además, dado que el sistema chileno les reconoce a las personas mayores de 14 años la posibilidad de consentir en materia sexual, el inciso cuarto exige, a diferencia de los dos primeros, que el autor del delito haya obrado por medio de alguna de las circunstancias descritas en artículo 361 número 1 (fuerza o intimidación), 363, o por medio de amenazas en los términos de los artículos 296 o 297.

En sentencia RIT 129-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes condenó al imputado por un delito del inciso cuarto del artículo 366 quáter. En este caso, se acreditó que el imputado, en el interior de su domicilio, «realizó actos de significación sexual y relevancia en contra de […], de 15 años de edad a esa fecha, quien es sobrina de su cónyuge, consistentes en retirarle la ropa a la fuerza, sacando su pene y masturbarse delante de ella, para lograr su excitación sexual, forcejeando la víctima para lograr zafarse de dicha situación».[525]

Respecto de la calificación jurídica de los hechos acreditados, el tribunal sostuvo que «los hechos descritos en el considerando noveno que antecede logran tipificar el delito de abuso sexual de persona mayor de catorce años, previsto y sancionado en el artículo 366 quáter, en relación con el artículo 361 N° 1 del Código Penal, en grado de consumado, por cuanto se acreditó que el agente, en al menos una oportunidad, le retiró la ropa a la fuerza a su sobrina […], quien contaba en ese entonces con 15 años de edad, para luego, en su presencia, realizar una acción sexual consistente en masturbar su miembro viril, a fin de causar su propia excitación sexual».

Agravante específica del inciso sexto

Conforme al inciso sexto del artículo 366 quáter, si «en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en este artículo, el autor falseare su identidad o edad, se aumentará la pena aplicable en un grado».

Esta circunstancia agravante fue incorporada como una herramienta para combatir los casos de *grooming*, en los cuales el autor del delito, al contactar mediante Internet a sus víctimas, oculta su verdadera perso-

525 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes, RIT 129-2021, considerando noveno.

nalidad y se hace pasar por un NNA, a fin de ganarse la confianza de las personas con las cuales interactúa.

Faz subjetiva del tipo penal

En atención al sentido del delito y a los verbos utilizados, la doctrina mayoritaria postula que el artículo 366 quáter, en todas sus hipótesis, requeriría dolo directo.[526]

Sin perjuicio de lo anterior, hay quienes plantean que, respecto de la edad de la víctima, sería posible aceptar dolo eventual.[527]

Acoso sexual y ofensa grave a las buenas costumbres

La Ley 21.153 incorporó un nuevo artículo 494 ter, cuya finalidad es sancionar el acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público.

Conforme al inciso primero del artículo 494 ter, comete «acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en: 1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. En este caso se impondrá una multa de una a tres unidades tributarias mensuales. 2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito. En cualquiera de estos casos se impondrá la pena de prisión en su grado medio a máximo y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales».

Desde un punto de vista subjetivo, el delito de acoso del artículo 494 ter solo admite dolo, el cual puede ser directo o eventual.[528]

Al tratarse de una falta, el delito de acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público solamente puede ser sancionado cuando ha sido consumada, no siendo punibles las formas imperfectas de ejecución, según lo dispuesto en el artículo 9.[529]

526 Rodríguez (2023), p. 281; Bullemore y Mackinnon (2018), p. 209; Garrido (2010), p. 331.
527 Matus y Ramírez (2021), p. 220.
528 Rodríguez (2023), p. 352.
529 Ídem.

En sentencia RIT 1025-2020, el Juzgado de Garantía de Pitrufquén condenó al imputado a pagar una multa de 1 UTM por su responsabilidad como autor de un delito de acoso sexual del artículo 494 ter, debido a los siguientes hechos: «El día 23 de febrero de 2020, aproximadamente a las 17:00 horas, la víctima C.A.S.C., de 12 años de edad a la fecha de ocurrencia de los hechos, se encontraba jugando junto a otros niños en la plaza pública ubicada en […] instantes en que llega al lugar el requerido […], acercándose a la víctima señalándole: 'que estaba rica, estaba buena, que está como para llevársela al estadio en la noche para hacerle cosas, que no se imaginaría todas las cosas que ahí le haría porque en el estadio en la noche no anda nadie', preguntándole posteriormente si ella estaba sola en su domicilio, todo en presencia de los menores que ahí se encontraban jugando, dentro de los cuales uno de ellos corre a contarle lo sucedido al padre de la víctima quien denuncia lo sucedido a Carabineros».[530]

Otro ejemplo de acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público es la sentencia RIT 5608-2021, del Juzgado de Garantía de Valdivia, oportunidad en que se condenó al imputado a pagar una multa de 1 UTM por su responsabilidad como autor de un delito del artículo 494 ter. El hecho acreditado en dicho caso fue el siguiente: «el requerido […] efectuó actos de significación sexual en contra de la víctima […], en una fecha indeterminada del año 2021, en la comuna de Corral. Dichos actos, de significación sexual consistieron en [decirle], 'tenís buen culo, que estaba rica, lo tenía caliente'. Las palabras con contenido de significación sexual, fueron proferidas por el imputado encontrará [sic] víctima, mientras la misma, se dirigía a distintas partes de la pequeña localidad de Corral, como por ejemplo cuando concurría a dejar a su hija el colegio».[531]

Espacio público o de libre acceso público

Cabe subrayar que la conducta incriminada se restringe a lugares públicos o de libre acceso público. Por consiguiente, el acoso sexual en espacios privados no puede configurar un delito del artículo 494 ter.

530 Juzgado de Garantía de Pitrufquén, RIT 1025-2020.
531 Juzgado de Garantía de Valdivia, RIT 5608-2021.

Si bien este requisito se explica porque la iniciativa legal surgió con la finalidad de sancionar el acoso sexual en espacios públicos o de libre acceso público, el legislador no reparó en que estas conductas son generalmente atípicas en espacios privados, a menos que se configure algún otro delito contra la libertad sexual. Por consiguiente, se produce la paradoja de que el acoso sexual de carácter verbal será atípico si se realiza en espacios privados, mientras que será punible si se lleva a cabo en espacios públicos o de libre acceso público. Dicho tratamiento dispar resulta difícil de justificar.

Cláusula de subsidiariedad y relación con el delito de ofensa grave a las buenas costumbres

El artículo 494 ter contempla una cláusula de subsidiariedad, de acuerdo con la cual dicho delito no se aplicará cuando el hecho constituya un ilícito sancionado con una pena más grave. Como consecuencia de esta cláusula de subsidiariedad, el delito de acoso sexual debe siempre relacionarse con los delitos de los artículos 366 quáter y 373, norma que contempla el ilícito de ofensa grave a las buenas costumbres. El primero de estos delitos fue ya analizado precedentemente, mientras que el segundo lo será a continuación.

Conforme al artículo 373, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio quienes, de cualquier modo, «ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código».

Se trata de un tipo penal abierto,[532] que puede ser cometido por cualquier persona.[533] La persona responsable debe ultrajar públicamente al pudor o las buenas costumbres mediante la realización de un acto que altere el mundo circundante.[534]

La determinación de cuándo un hecho ofende el pudor o las buenas costumbres es una tarea difícil y para la cual no pueden darse reglas fijas. El pudor público, el sentimiento colectivo en materia de actividad sexual, no se manifiesta en la misma forma en todas partes ni en todas las circunstancias.[535]

532 Bullemore y Mackinnon (2018), p. 219.
533 Aguilar (2012), p. 218.
534 Aguilar (2012), p. 219.
535 Etcheberry (1998c), p. 86.

La conducta del autor debe reunir los caracteres de grave escándalo o trascendencia, conceptos que aluden a la necesaria conmoción en el ánimo de las personas que la conocen y que se expresaría en un sentimiento de reprobación.[536]

Como consecuencia del requisito de grave escándalo o trascendencia, se ha sostenido que la conducta punible debe ser pública o conocida por varias personas.[537] Sobre este punto, la jurisprudencia se encuentra divida.

La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia rol 339-2012, anuló una sentencia del Juzgado de Garantía de Calama que había condenado al imputado por un delito del artículo 373, al no cumplirse con este requisito de publicidad. En palabras de la Corte: «Es así, entonces, que dentro de la figura típica que señala la disposición legal contemplada en el artículo 373 del Código Penal, quedan comprendidas en ella las conductas exhibicionistas de contenido sexual que son ejecutadas públicamente y que necesariamente conllevan que quien las realiza lo haga sabiendo o al menos aceptando que van a ser presenciadas por terceros. Resulta entonces, que si la acción se ejecuta en forma clandestina, adoptando el agente resguardo para evitar ser sorprendido o bien visto por terceros, la exigencia básica del tipo no se encuentra cumplida y con ello obsta a la condena en los términos pedidos, resultando discutible en el presente caso que la acción ejecutada por el imputado, efectivamente pueda considerarse dentro de aquellos hechos de grave escándalo o trascendencia que exige la figura típica que se contempla en el artículo 373 del Código Penal».[538]

La misma postura sostuvo la Corte de Apelaciones de Copiapó, en sentencia rol 133-2016, oportunidad en que confirmó la sentencia del Juzgado de Garantía de Copiapó, que absolvió a una persona imputada por un delito de ofensa grave a las buenas costumbres. Luego de transcribir el artículo 373, la Corte de Apelaciones afirmó que resulta claro que esta figura típica «comprende aquellas conductas exhibicionistas de contenido sexual, que son ejecutadas públicamente, sabiendo quien las realiza que van a ser presenciadas por terceros, o que al menos acepte la posibilidad que así acontezca, de modo que su ejecución en forma clan-

536 Winter (2018), p. 69.
537 Etcheberry (1998c), pp. 86 y 87.
538 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 339-2012, considerando octavo.

destina, adoptando el agente resguardos para evitar ser sorprendido (o visto por terceros), esta exigencia básica del tipo no se encuentra cumplida, lo que obsta a la condena en los términos pedidos».[539]

En el mismo sentido, en sentencia RIT 3850-2021, el Juzgado de Garantía de Chillán absolvió a una persona que había sido imputada por un delito de ofensa grave a las buenas costumbres, debido a que la conducta imputada había sido realizada en espacios privados. Respecto de la faz objetiva del tipo penal en estudio, el tribunal señaló que esta «se configura con cualquiera acción que ofenda el pudor o las buenas costumbres. El pudor es aquel sentimiento colectivo que la sociedad califica como honesto y recatado, y las buenas costumbres son aquellas modalidades que la sociedad acepta o estima como decente[s]. Así las cosas, hay ciertas conductas que en el ámbito privado jamás serán reprochadas socialmente, pero si se hacen frente a la colectividad o frente un grupo de personas que la presencian, pueden ofender al pudor o a las buenas costumbres, como por ejemplo, mantener relaciones sexuales consentidas entre personas de igual o distinto sexo, pues lo relevante, es lo público de la conducta».[540] Sobre la cuestión específica de si la conducta punible debe ser pública o conocida por varias personas, el tribunal planteó que la jurisprudencia ha «sostenido que la publicidad es el elemento esencial del delito»,[541] razón por la cual resolvió absolver al imputado, al no cumplirse este requisito en el caso concreto.

Una postura distinta manifestó la Corte de Apelaciones de San Miguel, en sentencia rol 2389-2021. En este caso, el 12° Juzgado de Garantía de Santiago condenó al imputado a la pena de 41 días de prisión en su grado máximo por el delito de ofensa grave a las buenas costumbres, previsto y sancionado en el artículo 373 del Código Penal. El hecho que motivó la condena fue el siguiente: en una oportunidad, el imputado, en un domicilio particular, «ofendió el pudor o las buenas costumbres, con hechos de grave escándalo o trascendencia, en contra de su hijastra Anita, de 14 años de edad en el momento referido, […] consistentes en besarla en la boca».[542] La defensa de la persona imputada interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia condenatoria, argumentando

539 Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 133-2016, considerando noveno.
540 Juzgado de Garantía de Chillán, RIT 3850-2021, considerando undécimo.
541 Juzgado de Garantía de Chillán, RIT 3850-2021, considerando duodécimo.
542 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2389-2021, considerando tercero.

que el tribunal había incurrido en una errónea aplicación del derecho, toda vez que los hechos que justificaron la condena habían transcurrido dentro de un lugar privado, en que solamente el imputado y la víctima habían estado presentes.

La Corte de Apelaciones de San Miguel rechazó el recurso de nulidad interpuesto, argumentando que la interpretación del 12° Juzgado de Garantía de Santiago, si bien no mayoritaria, era jurídicamente plausible.

Respecto del delito imputado, la Corte sostuvo que «el tipo penal en cuestión, para que se entienda realizado, exige que el sujeto activo haya ofendido de cualquier modo el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, de cuya definición se deducen dos posibles modalidades: la que tiene lugar cuando el hecho adquiere publicidad y es conocido por una pluralidad de personas y la que surge, aun sin aquella publicidad, cuando la conducta tiene en sí misma la trascendencia suficiente para afectar grave y profundamente el sentimiento de pudor de una o varias personas».[543] A continuación, la Corte explicó que «la trascendencia que exige el tipo penal bien puede apreciarse cuando aquellos actos contrarios a la moral o las buenas costumbres hayan pasado al conocimiento del público, bien coetáneamente o *a posteriori* de su ejecución, en una publicidad retardada, que puede denominarse trascendencia, término que puede ser interpretado no como publicidad sino como gravedad e importancia de las consecuencias que pudieran seguirse del hecho para la persona ofendida».[544] En virtud de estas consideraciones, la Corte concluyó que la interpretación del « tipo penal propuesto por la juez *a quo*, quizás no representando la posición mayoritaria de la doctrina, aparece como perfectamente legítima, desde que en ella no se observa ni una contravención al texto de la ley, ni una vulneración al verdadero sentido y alcance de una norma jurídica y, menos, como una falsa aplicación de la ley».[545]

En un sentido similar al de la Corte de Apelaciones de San Miguel se ha pronunciado el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua. En sentencia RIT 129-2021, el tribunal condenó al imputado por un delito del artículo 373, en virtud de los siguientes hechos: en octubre de 2019, este concurrió al domicilio de las víctimas, dos hermanas, quienes lo de-

543 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2389-2021, considerando octavo.
544 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2389-2021, considerando noveno.
545 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2389-2021, considerando décimo.

jaron entrar. Luego de que el imputado solicitara el uso del baño y ante su demora en salir, una de las víctimas «se acercó a la puerta del baño que se encontraba entreabierta, y vio al acusado masturbándose, ante aquello gritó, el acusado las llamó, instante en que su hermana […] se acercó y también lo vio masturbándose, logrando el acusado tomar de la falda a […] y de la polera a […], quienes se zafaron, sacando al acusado a la fuerza de la vivienda».[546]

Con relación al elemento de grave escándalo o trascendencia, el tribunal estima que este debe ser analizado en atención al efecto que la conducta punible tuvo en las víctimas, y no como una exigencia de publicidad. Al respecto, el tribunal sostuvo: «En cuanto al segundo requisito[,] esto es, que el acto se haya provocado con grave escándalo o trascendencia y que consistan en una actividad corporal del sujeto activo. En este sentido, el acto sexual observado por las jóvenes tuvo la envergadura y trascendencia suficiente para estimar que la exhibición de la parte íntima del acusado (pene), les inquietó emocionalmente afectando su indemnidad sexual, tal como describió el padre de las jóvenes […], pues debió llevarlas al Sur para que salieran de ese espacio, someterlas a tratamiento sicológico y darles medicamentos».[547]

¿Qué criterios permiten diferenciar, en definitiva, los delitos de acoso sexual y ofensa grave a las buenas costumbres? Rodríguez Collao ha propuesto dos criterios para delimitar ambas figuras delictivas: 1) mientras el delito de ofensa grave a las buenas costumbres se construye sobre la base de una conducta dirigida a un grupo indeterminado de personas, el delito de acoso sexual presupone una conducta dirigida en contra de una o más personas determinadas; y 2) mientras la figura del artículo 373 del Código Penal es un delito de lesión contra la indemnidad sexual, la figura del artículo 494 ter es un delito de peligro en contra de ese mismo bien jurídico. Esto permite justificar la mayor pena asignada al primero de estos delitos.[548]

Para finalizar, cabe subrayar que el artículo 373 también contempla una cláusula de subsidiariedad, al señalar que dicho delito se aplicará solamente a los hechos «no comprendidos expresamente en otros artí-

546 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 129-2021, considerando octavo.

547 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 129-2021, considerando noveno.

548 Rodríguez (2022), pp. 176 y 177.

culos de este Código». Lo anterior significa que el tribunal debe siempre analizar si el hecho imputado configura, además de un delito del artículo 373, algún ilícito de mayor gravedad. Si así fuere, la persona imputada deberá ser condenada únicamente en virtud del delito más grave, y no por el delito del artículo 373. Así, por ejemplo, si una persona comete un delito de violación en contra de otra en la vía pública, corresponderá condenar a dicha persona solamente por un delito de violación.

Esto fue precisamente lo que no ocurrió en la sentencia RIT 2982-2016, del Juzgado de Garantía de Rancagua, confirmada por la Corte de Apelaciones respectiva.[549] Los hechos acreditados en este caso fueron los siguientes: «El día 15 de abril del año 2016, aproximadamente a las 8:15 horas, la niña de iniciales C.D.O.C., de 13 años de edad, salió desde las dependencias del Gimnasio Fiscal ubicado en calle Uruguay de esta ciudad para dirigirse a su colegio, en circunstancias que caminaba por la referida calle y luego caminar por calle […], fue abordada por el imputado […], quien se bajó el cierre de su pantalón, sacó su pene, y comenzó a tocárselo para exhibírselo a la niña, en momentos que para captar su atención le preguntó por la hora, lo que la asustó y la movilizó para alejarse de él, siendo perseguida, y logrando luego ser auxiliada por un tercero, la que la trasladó a su colegio en un vehículo de color rojo».[550]

Tanto el Ministerio Público como el Juzgado de Garantía de Punta Arenas calificaron los hechos como un delito de ofensa grave a las buenas costumbres, previsto y sancionado en el artículo 373 del Código Penal, en circunstancias en que el hecho descrito reúne todos los elementos de un delito de exhibicionismo del inciso primero del artículo 366 quáter, figura sancionada con una mayor pena. En efecto, el imputado, al bajar el cierre de su pantalón, sacar su pene y comenzar a tocárselo para exhibírselo a la víctima, quien a la época de los hechos tenía 13 años, cumplió con todos los requisitos de la norma recién citada. En consecuencia, lo que correspondía hacer en el caso de autos era sancionar al imputado por un delito del inciso primero del artículo 366 quáter, y no por un delito del artículo 373.

549 Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 2-2017.
550 Juzgado de Garantía de Punta Arenas, RIT 2982-2016, considerando octavo.

Capítulo 4

Delitos contra la propiedad

Introducción

El Título IX del Libro II del Código Penal, denominado «Crímenes y simples delitos contra la propiedad», comprende diversos delitos, dentro de los cuales se incluyen los delitos de robo, hurto, abigeato, receptación, usurpación, defraudación, estafa y otros engaños, incendio y daños.

En el presente capítulo se analizarán los delitos de hurto, robo, receptación y usurpación.

Hurto

El artículo 432 define el delito de hurto junto con el de robo en los siguientes términos: «El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto».

El análisis del artículo 432 permite concluir que los delitos de apropiación por medios materiales (hurto y robo) poseen una estructura común, tanto respecto a la conducta prohibida, al menos en su aspecto esencial, como en lo que respecta al objeto material sobre el cual esta recae.[551] Lo anterior significa que todo lo que se señalará a propósito del delito de hurto rige también respecto de los delitos de robo, siendo el primero la hipótesis básica de los delitos contra la propiedad mediante apoderamiento por medios materiales.[552]

Sobre la base del texto del artículo 432, el delito de hurto podría definirse simplemente como la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro.

551 Oliver (2022), p. 220.
552 Garrido (2008), pp. 157 y 158.

La sanción para el delito de hurto se encuentra regulada en el artículo 446, norma que considera el valor de la cosa hurtada.

Sujeto activo y sujeto pasivo

El sujeto activo puede ser cualquier persona, con excepción del dueño de la cosa, respecto de quien solo podría configurarse la figura especial denominada hurto de posesión, prevista y sancionada en el artículo 471 número 1.[553]

Tampoco puede ser autor del delito de hurto el acreedor que sustrae cosas de su deudor para hacerse pago de una deuda, pues este caso configuraría, eventualmente, la falta contemplada en el artículo 494 número 20.[554]

El sujeto pasivo, por su parte, puede ser cualquier persona que tenga una relación jurídicamente protegida con la cosa.[555]

Conducta prohibida

Conforme al artículo 432, la conducta prohibida en el delito de hurto consiste en apropiarse, con ánimo de lucro, de una cosa mueble ajena.

Ciertamente, el autor del delito no adquiere el derecho de propiedad de la cosa que sustrae, pues el delito de hurto no constituye un modo de adquirir el dominio.[556] Si bien el dueño del bien conserva la titularidad del derecho de propiedad, lo que sucede es que el delincuente, de hecho, se arroga las facultades de uso, goce y disposición.[557]

Por estas razones, la doctrina mayoritaria entiende que la conducta prohibida en el delito de hurto consiste en apoderarse de una cosa mediante su sustracción, con ánimo de señor y dueño.[558]

Esta sustracción requiere la ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa.[559] Por consiguiente, no basta con la mera ruptura de la esfera de custodia ajena para que exista un delito de hurto consumado, si en el caso concreto no se constituyó una

553 Matus y Ramírez (2021: 515).
554 Ídem.
555 Matus y Ramírez (2021), p. 516.
556 Oliver (2022), p. 221.
557 Etcheberry (1998b), p. 296.
558 Matus y Ramírez (2021), pp. 520 y 521; Garrido (2008), pp. 159 y 160.
559 Oliver (2013), pp. 70 y 71.

nueva custodia sobre la cosa. Así ocurre en el ejemplo de una persona que, con la intención de hurtar un animal, abre la puerta de su jaula sin conseguir atraparlo y este escapa rápidamente. En dicho caso, no existirá un delito de hurto consumado.[560]

La esfera de custodia es un concepto normativo, que « se puede precisar relacionándola con la posibilidad de disposición de la cosa de parte del dueño».[561] En este sentido, se suele afirmar que la esfera de custodia comprende el ámbito dentro del cual el dueño de una cosa puede ejercer control sobre ella y ejercer las facultades que derivan del dominio, no siendo necesario que se esté en contacto físico con la cosa.[562] Este espacio puede establecerse de manera simbólica, como sucede con la arena que la empresa constructora deposita a un costado de la vía pública donde levanta un edificio, o con la maleta que el viajero deja en la mesa de un restaurante mientras adquiere algo para comer en el establecimiento.[563]

Es posible que distintas esferas de custodia se superpongan unas a otras, o que existan como esferas de custodia concéntricas, en que la desposesión no importe necesariamente el traslado o retiro de una cosa del lugar físico donde se encuentre, sino solo la constitución de otra esfera de resguardo a la que la víctima no tenga acceso, como sería el caso de un escondite secreto, y ello a pesar de que la cosa se encuentre todavía dentro de un lugar donde supuestamente el dueño ejerce dominio.[564]

Para los efectos del delito de hurto resulta indiferente la forma en que se realice la sustracción, la cual podrá ser por medio de la simple aprehensión manual de la cosa o a través de la utilización de herramientas. Así ocurriría, por ejemplo, si el autor del delito utilizara drones o animales amaestrados.[565]

Sin la voluntad de su dueño

El artículo 432 exige que la apropiación de la cosa se realice sin la voluntad de su dueño. Es suficiente que el dueño de la cosa no haya dado su consentimiento para la apropiación del tercero. No es necesario, por

560 Garrido (2008), pp. 159 y 160.
561 Garrido (2008), p. 160.
562 Garrido (2008), p. 160; Matus y Ramírez (2021), p. 521.
563 Garrido (2008), p. 160.
564 Matus y Ramírez (2021), p. 521.
565 Garrido (2008), pp. 160 y 161.

consiguiente, que la víctima tome conocimiento de la sustracción en el momento en que esta se lleva a cabo y menos aún que se haya opuesto.[566]

Dado que el delito de hurto exige que la conducta sancionada se realice sin la voluntad de la persona que tiene la cosa, el consentimiento de esta constituye, en este caso, una causal de atipicidad.[567] El consentimiento no solamente lo puede otorgar el propietario de la cosa, sino también quien tiene «sobre ella poder de disposición material frente al que la recibe, como el arrendatario, el usufructuario o el simple tenedor de ella, sin perjuicio de la posible comisión de otro delito diverso por parte del que entrega la cosa».[568]

Para que el consentimiento de la víctima constituya efectivamente una causal de atipicidad, sin embargo, el consentimiento debe emanar de una persona capaz y existir antes o en el momento del apoderamiento.[569]

Esta capacidad no se refiere a aquella exigida por el derecho civil, sino a aquella que se requiere en las circunstancias concretas para que el consentimiento se considere voluntario y válido. Así, por ejemplo, se señala que una niña puede disponer de sus cosas, como el lápiz con que escribe en la escuela o las pequeñas sumas de dinero que eventualmente sus padres le entregan para sus gastos cotidianos, pero no tiene la capacidad para disponer de su bicicleta o celular. Por consiguiente, el consentimiento de una persona puede ser válido con relación a algunos bienes, mas no respecto de otros.[570]

El consentimiento puede ser expreso o tácito, ambos son igualmente válidos.[571] Un consentimiento viciado por engaño excluye también el delito de hurto, sin perjuicio de que, en dicha situación, el hecho pueda ser sancionado a título de estafa[572] o robo, esto último en los casos excepcionales en que la ley ha tipificado el engaño como una forma de comisión del delito de robo.[573]

---

566 Garrido (2008), p. 168.
567 Matus y Ramírez (2021), pp. 522 y 523; Garrido (2008), p. 168; Oliver (2013), pp. 78 y 79.
568 Matus y Ramírez (2021), pp. 522 y 523. En el mismo sentido, Oliver (2013), p. 80.
569 Garrido (2008), p. 169.
570 Garrido (2008), pp. 168 y 169.
571 Garrido (2008), p. 169; Oliver (2022), pp. 224 y 225.
572 Garrido (2008), p. 169.
573 Matus y Ramírez (2021), pp. 522 y 523.

Hurto de uso

El denominado hurto de uso se define como la sustracción de una cosa mueble ajena sin ánimo de apropiación, para servirse temporalmente de ella y restituirla inmediatamente después de su uso.[574]

La característica de esta clase de hurto es la ausencia del ánimo de señor y dueño: la persona responsable se apodera de una cosa mediante sustracción para usarla y luego restituirla a su dueño.[575] Por ejemplo, luego de enterarse de una paralización del transporte público que durará un día, una persona toma una bicicleta ajena para ir a su lugar de trabajo, con la intención de devolverla al término de la jornada.

Dado que el artículo 432 sanciona la apropiación de una cosa ajena, conducta típica que incorpora, dentro de sus elementos, el ánimo de señor y dueño, la doctrina nacional sostiene que los casos de hurto de uso no son punibles en Chile, al menos no a título de hurto.[576]

Para que el hurto de uso no sea punible, la doctrina requiere que «el uso sea inmediatamente posterior a la sustracción (que la cosa sustraída no sea guardada para una ocasión futura), que este sea solo temporal (que la cosa se utilice por un breve tiempo), que no implique la destrucción de la cosa (de lo contrario, habría un delito de daños) y que tras el uso la cosa sea inmediatamente devuelta a su titular (que la cosa usada no sea guardada para utilizarla nuevamente)».[577]

Así como es posible hablar de un hurto de uso, también lo es referirse a un «robo de uso». La diferencia entre ambas hipótesis radica en que, en el caso de robo de uso, la persona responsable, a fin de sustraer una cosa mueble ajena sin ánimo de apropiación, y con la finalidad de servirse temporalmente de ella y restituirla inmediatamente después de su uso, emplea violencia o intimidación en las personas, o fuerza en las cosas. Por las mismas razones señaladas con anterioridad, es posible concluir que el robo de uso no se sanciona a título de robo en Chile, sin perjuicio de los delitos a que den lugar el ejercicio de violencia o intimidación en las personas, o de fuerza en las cosas.[578]

574 Labatut (2007), p. 196; Matus y Ramírez (2021), p. 533.
575 Garrido (2008), p. 172.
576 Etcheberry (1998b), p. 306; Labatut (2007), pp. 196 y 197; Matus y Ramírez (2021), pp. 533 y 534; Oliver (2022), p. 222; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1955-1997 y rol 2088-1998.
577 Oliver (2011), p. 365. En el mismo sentido, Labatut (2007), pp. 196 y 197; Oliver (2022), p. 222.
578 Oliver (2011), pp. 364 y 365; Oliver (2013), pp. 73 y 74.

Un sector de la doctrina niega la posibilidad de que pueda existir un «robo de uso», argumentando que el empleo de violencia, intimidación o fuerza en las cosas son reveladoras del ánimo de señor y dueño con que obra la persona en cuestión.[579]

Como correctamente se ha señalado,[580] el actual texto del artículo 268 sexies, introducido por la Ley 20.844, confirma que sí es posible apreciar un robo de uso. En efecto, el inciso primero de este artículo sanciona, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, a quienes «retuvieren o tomaren el control de un vehículo de transporte público de pasajeros» mediante violencia o intimidación, sin perjuicio de las penas que correspondan por los otros delitos cometidos con ocasión del hecho, caso en el cual todas las penas se impondrán conjuntamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 74.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 268 sexies dispone que, si el hecho consistiere en la apropiación del vehículo, no tendrá lugar lo previsto en el inciso precedente y, en su lugar, se impondrán las penas correspondientes a los delitos de robo de los artículos 433 y 436, según correspondiere, con exclusión de su grado mínimo.

Como se puede apreciar, el inciso primero del artículo 268 sexies regula la situación en que una persona toma control de un vehículo de transporte público de pasajeros sin ánimo de señor y dueño, razón por la cual dicho caso no se sanciona a título de robo, por no existir apropiación. Distinta es la situación en que sí existe dicho ánimo, caso que sí se sanciona a título de robo, conforme lo dispone el inciso segundo del mismo artículo.[581]

En sentencia rol 14771-2020, la Corte Suprema aceptó la existencia teórica del hurto y robo de uso como hecho impune, siempre que en el caso concreto se acredite fehacientemente un «ánimo diverso al de señor y dueño, como el de restituir el objeto sustraído a su legítimo poseedor o dueño». En concreto, la Corte Suprema sostuvo: «Que, finalmente, la causal subsidiaria de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, se funda, en un primer orden, en haberse calificado los hechos como delito de robo con intimidación, en circunstancias [en] que más bien se estaría ante la figura atípica de hurto de uso, reclamo que deberá

579 Labatut (2007), p. 196; Politoff *et al.* (2005), p. 308.
580 Matus y Ramírez (2021), p. 534.
581 Matus y Ramírez (2021), p. 534.

ser rechazado porque un ánimo diverso al de señor y dueño, como el de restituir el objeto sustraído a su legítimo poseedor o dueño, no fue demostrado en el juicio –en el considerando 9° letra b) se tiene por 'fehacientemente justificada' que la intimidación estaba 'destinada a apropiarse de su especie con ánimo de lucro y sin la voluntad de su dueño' y que no se contó 'con antecedente probatorio alguno para sustentar que la intención de quienes amenazaron a la víctima y luego sustrajeron el furgón haya sido solamente aprovechar el uso del vehículo'–, lo que importa que el recurso se basa en circunstancias fácticas no demostradas que obstan que su alegación pueda ser acogida».[582]

Objeto material del delito

El delito de hurto solamente puede recaer sobre una cosa corporal, mueble, ajena y susceptible de apreciación pecuniaria.

Antes de analizar cada uno de estos elementos, cabe subrayar que ellos deben ser acreditados en el respectivo tipo penal, no siendo suficiente realizar, en una eventual sentencia condenatoria, una referencia genérica a la cosa o las cosas sustraídas.[583]

Cosa corporal

En primer lugar, la cosa sustraída debe ser corporal.[584] El inciso segundo del artículo 565 del Código Civil define las cosas corporales como aquellas que «tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro». Quedan marginadas de apropiación las cosas incorporales, como los créditos y los derechos.[585]

Como consecuencia de este requisito, la doctrina mayoritaria excluye del objeto material del delito de hurto la energía y los gases, a menos que estén envasados, de manera que el calor, el frío, la luz no son cosas susceptibles de ser hurtadas.[586]

De acuerdo con la opinión mayoritaria, la electricidad tampoco es susceptible de ser hurtada, dada su naturaleza incorporal. Sin embargo, dado que es posible consumirla ilícitamente, y como de hecho así suce-

582 Corte Suprema de Chile, rol 14771-2020, considerando décimo quinto.
583 Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 552-2022.
584 Oliver (2023b), p. 199; Garrido (2008), p. 161.
585 Oliver (2013), p. 94.
586 Garrido (2008), p. 162; Etcheberry (1998b), p. 299.

de, se ha establecido un delito especial de sustracción de electricidad, previsto y sancionado en el artículo 137 del DFL número 1, de 13 de septiembre del año 1982, del Ministerio de Minería.[587]

El agua, según la opinión mayoritaria, no puede ser hurtada, salvo que se encuentre en envases o depósitos.[588] En el ordenamiento jurídico chileno esto es más evidente, pues el artículo 459 número 1 sanciona la sustracción de agua como delito de usurpación, castigando a quienes sacaren «aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes, sean superficiales o subterráneas; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de estas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera».

Cosa mueble

Además de corporal, la cosa sustraída debe ser mueble. Existe acuerdo en que el concepto civil de cosa mueble no es aplicable en su integridad al derecho penal.[589]

El concepto de cosa mueble en los delitos contra la propiedad se extiende a todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro, incluso si ella sufriere detrimento. Así, por ejemplo, la puerta de una casa, los ladrillos que integran un muro, los árboles de un bosque, así como las instalaciones de redes de servicio, son todas cosas muebles, «en cuanto es posible arrancarlos del lugar donde están y trasladarlos; en consecuencia pueden ser hurtados, en igual forma que un automóvil, un pájaro o un libro».[590] La noción de inmueble queda, en la práctica, reducida al casco terrestre, aquello que no puede trasladarse de ninguna manera.[591]

Cosa ajena

El artículo 432 exige que la cosa sustraída, además de ser corporal y mueble, no pertenezca al autor del delito de hurto, sino a otra persona.[592]

587 Garrido (2008), p. 162. Una opinión distinta sostiene Oliver (2023), pp. 199 y ss., para quien la electricidad sí puede ser objeto de apropiación a título de hurto.
588 Etcheberry (1998b), p. 300; Matus y Ramírez (2021), p. 517.
589 Etcheberry (1998b), pp. 299 y 300; Garrido (2008), p. 164; Oliver (2022), p. 230.
590 Garrido (2008), p. 164.
591 Oliver (2023b), p. 203.
592 Oliver (2013), p. 100.

Resulta irrelevante que el autor del delito conozca la identidad del dueño de la cosa, o que esta pertenezca a una o varias personas.[593]

El requisito de ajenidad excluye la aplicación del delito de hurto en una serie de situaciones. Así, por ejemplo, no pueden ser objeto del delito de hurto las cosas comunes a todas las personas, que el Código Civil menciona en su artículo 585: «Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, como la alta mar, no son susceptibles de dominio, y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiárselas».[594]

Tampoco procederá aplicar el delito de hurto cuando la cosa sustraída carezca de dueño y pueda ser adquirida por ocupación, de acuerdo con la regulación contenida en los artículos 606 y siguientes del Código Civil.[595]

Del mismo modo, no corresponderá apreciar un delito de hurto respecto de las cosas abandonadas, que son las que el dueño ha dejado para que cualquier persona que desee pueda apropiárselas.[596] Las cosas abandonadas no deben ser confundidas con las cosas extraviadas o perdidas, que sí son ajenas y cuya apropiación puede dar lugar al delito de hurto de hallazgo, previsto y sancionado en el artículo 448.[597]

Los bienes nacionales de uso público sí pueden ser objeto material de hurto, pues su dueña es la nación toda (artículo 589 del Código Civil).[598]

El socio que se apropia de cosas que pertenecen a la sociedad comete sin duda este delito, a menos que sea el socio administrador, caso en el cual no se deberá discutir la configuración de un delito de hurto,[599] sino de uno de administración desleal o apropiación indebida, según corresponda.

Si el dueño de una cosa la sustrae de quien la posee legítimamente, no se configurará el delito de hurto, sino la figura denominada como hurto de posesión, prevista y sancionada en el artículo 471 número 1, norma que sanciona al «dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de este o de un tercero».[600]

593 Matus y Ramírez (2021), p. 518; Oliver (2013), p. 101.
594 Garrido (2008), p. 165; Etcheberry (1998b), p. 301.
595 Matus y Ramírez (2021), p. 518; Etcheberry (1998b), p. 301.
596 Matus y Ramírez (2021), p. 518.
597 Oliver (2023b), p. 205; Matus y Ramírez (2021), p. 518.
598 Etcheberry (1998b), p. 301; Oliver (2023b), p. 205.
599 Matus y Ramírez (2021), p. 518.
600 Matus y Ramírez (2021), pp. 531 y 532; Garrido (2008), p. 174.

El artículo 471 número 1 no habla de apropiarse, ya que el autor del delito es el propio dueño de la cosa. La víctima en este caso es quien la detentaba legítimamente, esto es, en virtud de una convención con el propietario, de sentencia judicial o de la ley. Este delito exige que se ocasione algún perjuicio para el tenedor de la cosa o para un tercero, el cual, sin embargo, no influye en la determinación de la pena.[601]

Que la cosa tenga valor económico

Si bien el artículo 432 no lo señala explícitamente, debe considerarse como requisito indispensable que la cosa tenga algún valor económico, excluyéndose el puramente afectivo.[602]

La exigencia de este requisito deriva del hecho de que el artículo 446 gradúa la penalidad del hurto atendiendo al monto de la cosa hurtada, de modo tal que, si esta no tiene valor alguno, no se podrá aplicar ninguna pena.[603]

Anteriormente se señaló que los créditos y derechos no son susceptibles de ser objeto de este delito. Sin embargo, sí lo son los documentos o títulos en que conste su existencia, al tener estos el carácter de cosa corporal. A fin de determinar el valor de los títulos, habrá que distinguir entre aquellos que son al portador y los que no lo son. Si son al portador, el valor de lo sustraído será determinado por el valor que representen. Por el contrario, respecto de los títulos que no tengan esa calidad, y que solamente sean cobrables por su titular, el valor de lo hurtado será el que materialmente tenga el título. Lo decisivo en estos casos es si el valor que representa el título es o no adquirido por el delincuente junto con su apoderamiento.[604]

En el proceso penal, el valor del bien sustraído debe acreditarse, es imperativo que se proceda al establecimiento de ese valor y debe entenderse que es el económico. Lo anterior es sin perjuicio de la presunción prevista en el inciso final del artículo 390 del Código Procesal Penal, conforme a la cual, si se cometiere un delito de hurto falta del artículo 494 bis del Código Penal en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el precio de

601 Etcheberry (1998b), pp. 441 y 442.
602 Oliver (2013), p. 105.
603 Etcheberry (1998b), p. 307.
604 Garrido (2008), p. 163; Oliver (2013), p. 108.

venta, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente.

Faz subjetiva del tipo penal

Respecto de la conducta de apropiación, el delito de hurto requiere dolo directo. Con relación al valor de la cosa sustraída, su ajenidad y la falta de voluntad de la víctima, se admite la concurrencia de dolo eventual.[605] Por consiguiente, si una persona sustrae una cosa sobre cuya propiedad ajena no tiene certeza, pero acepta dicha posibilidad en su voluntad, sí comete un delito de hurto.

El artículo 432 requiere un elemento subjetivo especial distinto del dolo,[606] a saber, que quien se apropie de la cosa objeto del delito lo haga con ánimo de lucro, elemento que puede ser entendido como la motivación de obtener una ganancia o provecho de algo.[607]

Se trata de una especial motivación que es necesario que esté presente en el agente al momento de realizar la conducta.[608] No se exige que el autor del delito efectivamente consiga su propósito de lucro, sino que basta con que la persona haya actuado con dicho ánimo, beneficio que puede ser para sí mismo o para un tercero.[609]

El ánimo de lucrar no queda marginado por los fines de beneficencia que pueda tener el autor del delito, como lo sería donar la cosa sustraída a una tercera persona que la necesite.[610]

La sanción para el delito de hurto

La sanción base para el delito de hurto se encuentra establecida en el artículo 446, la cual se gradúa con base en el valor de la cosa sustraída. En lo que respecta a la pena privativa de libertad, el artículo citado dispone que el delito de hurto se castigará con presidio menor en su grado mínimo si el valor de la cosa sustraída excediere de media UTM. Si el valor de la cosa sustraída excediere de 4 UTM, la pena será presidio menor en su grado medio. En caso de que la cuantía de la cosa sustraída exce-

605 Matus y Ramírez (2021), p. 523; Oliver (2013), pp. 113 y 114.
606 Mayer (2014b), p. 291.
607 Mayer (2014b), p. 289.
608 Oliver (2013), p. 82; Mayer (2014b), p. 290.
609 Etcheberry (1998b), pp. 305 y 306.
610 Garrido (2008), p. 171.

diera de 40 UTM, la pena a imponer será presidio menor en sus grados medio a máximo. Por último, si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas UTM, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta UTM.

El artículo 447 prevé cuatro situaciones en que se habilita al tribunal a aumentar la pena por el delito de hurto en un grado. Estas cuatro situaciones son: 1) si el hurto se cometiere por dependiente, criado o sirviente asalariado, bien sea en la casa en que sirve, o bien en aquella a que lo hubiere llevado su amo o patrón; 2) cuando se cometiere por obrero, oficial o aprendiz en la casa, taller o almacén de su maestro o de la persona para quien trabaja, o por individuo que trabaja habitualmente en la casa donde hubiere hurtado; 3) si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda; y 4) cuando se cometiere por patrón o comandante de buque, lanchero, conductor o bodeguero de tren, guarda-almacenes, carruajero, carretero o arriero en cosas que se hayan puesto en su buque, carro, bodega, etc.

Es importante destacar que el artículo 447 confiere una facultad al tribunal, pues este puede decidir aumentar o no la pena por el delito de hurto en un grado, no siendo esto obligatorio. Por consiguiente, el tribunal deberá siempre considerar si, de acuerdo con las circunstancias concretas, resulta apropiado o no aumentar la pena, en caso de configurarse alguna hipótesis del artículo 447.

Por último, se debe tener presente que el artículo 489 contempla una excusa legal absolutoria en favor de determinadas personas que se encuentran ligadas personalmente por los delitos de hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren. Estas personas son los parientes consanguíneos en toda la línea recta y hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral, los parientes afines en toda la línea recta, los cónyuges y los convivientes civiles.

Esta excusa legal absolutoria no es aplicable a los extraños que participaren del delito, ni tampoco entre cónyuges cuando se trate de los delitos de daños indicados en el párrafo anterior.

Tampoco se aplicará esta excusa cuando la víctima sea una persona mayor de sesenta años.

Hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos y apropiación de sus suministros

Conforme al inciso primero del artículo 447 bis, el «hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo». Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia del servicio, el inciso segundo del artículo 447 bis dispone que la pena se aplicará en su grado máximo.

Este delito sanciona la apropiación de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, agua y servicios análogos.[611]

La pena en este caso no se vincula con el valor de las cosas sustraídas, como sucede en la hipótesis general del hurto simple, sino que se trata de una sanción única: presidio menor en sus grados medio a máximo, que es la misma que aquella del delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación.

Hurto del acreedor y realización arbitraria del propio derecho

El artículo 494 número 20 sanciona, a título de falta y con una pena únicamente pecuniaria, al que «con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella».

La violencia a que se refiere el artículo 494 número 20 abarca tanto la ejercida contra las personas como la fuerza sobre las cosas.[612] En un caso resuelto por la Corte Suprema en julio de 2001, «se condenó a título de realización arbitraria del propio derecho a una persona que ingresó con escalamiento a la casa de su antiguo empleador para sustraer cosas con que pagarse salarios insolutos, revocando la sentencia que condenaba el hecho como robo con fuerza del art. 440 N° 1».[613]

611 Garrido (2008), p. 183.
612 Matus y Ramírez (2021), p. 532.
613 Ídem.

El objeto material del delito es cualquier cosa perteneciente al deudor, y no necesariamente la específica cosa debida. Esto por cuanto el artículo 494 número 20 no se refiere al apoderamiento de «la cosa que se debe», sino de «una cosa», sin especificar su naturaleza. Por lo demás, el pago de la deuda puede hacerse directamente con lo que se debe o a través de bienes cuyo valor sea equivalente, conforme lo dispone el artículo 2465 del Código Civil.[614] Lo relevante no es, entonces, la naturaleza de la cosa de la que el acreedor se apodera, sino que su valor sea equivalente al de la deuda que se trate de cobrar.

Con todo, la deuda en cuestión, y que el acreedor intenta saldar mediante la apropiación, debe ser líquida, encontrarse vencida y ser actualmente exigible. Si tales requisitos no se cumplen, no se estará ante un delito del artículo 494 número 20, sino ante uno de hurto o robo, según corresponda.[615]

Sobre la base del delito del artículo 494 número 20, la doctrina mayoritaria concluye que no corresponde sancionar a título de hurto o estafa al acreedor que se apropia de cosas pertenecientes a su deudor para hacerse pago. Si el acreedor ejerciere violencia, tampoco correspondería sancionarlo a dicho acreedor a título de hurto o estafa, sino conforme al delito del artículo 494 número 20.[616]

Hurto falta

Conforme al inciso primero del artículo 494 bis, los autores «de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual». De acuerdo con el inciso segundo del mismo artículo, si el delito de hurto falta se encontrare en grado de frustración, la sanción a aplicar será una multa de 1 a 4 UTM.

La única diferencia entre el delito de hurto falta y el delito de hurto simple es el valor de la cosa sustraída: el delito de hurto falta se aplica cuando la cosa sustraída vale menos de media UTM. Si se sobrepasa

614 Matus y Ramírez (2021), p. 532. En contra de esta postura, Oliver (2013), p. 90.

615 Matus y Ramírez (2021), p. 533.

616 Etcheberry (1998b), p. 404; Matus y Ramírez (2021), p. 532; Oliver (2013), p. 90; Garrido (2008), pp. 171 y 172.

dicho valor, se estará ante un delito de hurto simple, debiéndose aplicar las penas señaladas en el artículo 446.

El inciso cuarto del artículo 494 bis regula el caso de la reincidencia, señalando que, en «caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincidido dos o más veces se triplicará la multa aplicada».

Robo con fuerza en las cosas

Sobre la base de la definición contenida en el artículo 432, es posible señalar que comete el delito de robo con fuerza en las cosas quien se apropia de cosa mueble ajena, sin voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y utilizando fuerza en las cosas. Se debe tener presente, sin embargo, que no toda fuerza en las cosas convierte una apropiación en robo, sino que solo aquella que la propia ley ha indicado al momento de regular este delito.[617]

La fuerza en las cosas en el delito de robo no tiene por objeto tomar la cosa misma que se pretende sustraer, sino que su finalidad es vencer o superar los medios de protección de esa cosa. En otros términos, la fuerza en las cosas sancionada en este robo está dirigida a violentar los dispositivos de resguardo del bien ajeno con el fin de apoderarse del mismo.[618] Así, por ejemplo, quien toma y carga un objeto pesado que se encontraba en la vía pública comete un delito de hurto, y no de robo con fuerza en las cosas, pues la modalidad de comisión en este caso concreto no configura ninguna de las hipótesis de fuerza en las cosas que describe la ley. Por el contrario, sí constituye fuerza en las cosas entrar a un lugar cerrado fracturando una ventana, ya que esta es el medio de protección de los bienes que se guardan al interior de ese sitio, los cuales interesan al autor del delito.

Es importante entender que no existe un concepto general de fuerza en las cosas, sino que el legislador ha descrito algunas modalidades comisivas que merecen dicha calificación. Por esta razón, el estudio de este delito se traduce en el análisis de aquellas figuras específicas que el legislador ha descrito bajo este título.

617 Oliver (2013), p. 201; Oliver (2022), p. 268.
618 Garrido (2008), pp. 231 y 232; Etcheberry (1998b), p. 316.

A continuación, se analizarán los delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias (artículo 440); robo con fuerza en lugar no habitado (artículo 442); y robo con fuerza en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación (artículo 443).

Lugares de comisión del robo con fuerza en las cosas

Antes de examinar las modalidades de fuerza en las cosas en las distintas formas de robo, analizaremos uno de los aspectos más problemáticos de la regulación de este delito, el relativo a su lugar de comisión.

«*Lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias*»

El artículo 440 sanciona el robo con fuerza en las cosas en un «lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias».

Lugar habitado es aquel recinto cerrado o que tenga resguardos o reparos materiales,[619] que una o más personas destinan actualmente para su habitación, y en el que alguno de sus moradores se encuentra presente al momento en que se lleva a cabo el delito de robo con fuerza en las cosas.[620] Si bien este lugar será usualmente una casa o un departamento, ello no es necesario, ya que este concepto comprende cualquier recinto que una persona haya destinado y ocupe como morada (una carpa en un bosque, una casa rodante, etc.).[621]

Lugar destinado a la habitación es aquel que cumple con las condiciones indicadas en el párrafo precedente, pero ninguno de sus moradores habituales se encuentra en el lugar en el momento en que el robo se comete.[622] Tomando en consideración las definiciones precedentes, cabe afirmar que un inmueble que haya sido construido para fines habitacionales, pero que ninguna persona está utilizando como morada, no calificará como un lugar habitado ni destinado a la habitación, sino que, por el contrario, se tratará de un lugar no habitado, según se señalará más adelante. Lo importante es entender que la calificación de un

619 Matus y Ramírez (2021), p. 552.

620 Garrido (2008), p. 234; Matus y Ramírez (2021), pp. 553 y 554; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5011-2020, considerando quinto.

621 Garrido (2008), p. 234.

622 Garrido (2008), p. 235; Matus y Ramírez (2021), p. 554; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5011-2020, considerando quinto.

determinado lugar no depende del fin para el cual fue construido. Una persona puede perfectamente vivir dentro de una bodega, caso en el cual este lugar será uno habitado, mientras que una casa que ha sido terminada recientemente y está en venta no constituirá un lugar habitado, pues ninguna persona vive allí todavía.

Finalmente, las dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación son aquellos recintos subordinados al lugar habitado, en comunicación interior con este y con el cual forman un solo todo, tales como patios, jardines, garajes, y demás sitios similares. Por consiguiente, sus características son subordinación, contigüidad, comunicación y la idea de conjunto.[623] No constituyen dependencias aquellos recintos que se encuentren dentro del mismo edificio principal, ya que, si así ocurriere, se trataría de una parte del lugar habitado o destinado a la habitación.[624]

En sentencia rol 110-2018, la Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó que un jardín de un domicilio particular debía ser calificado como una dependencia.[625] A este respecto, la Corte recordó que la «jurisprudencia estima que para considerar una construcción como dependencia de lugar habitado es necesario que exista contigüidad, es decir, yuxtaposición y no simple proximidad, comunicación interna con el lugar principal y unidad con este, en el sentido funcional, la dependencia debe llevar alguna función subordinada a las actividades que se desarrollan en el recinto principal, concluyéndose que una dependencia de lugar habitado es de aquellos recintos contiguos y comunicados, subordinados al principal, con el que necesariamente forman una unidad, siendo un espacio sobre el que se ejerce también el derecho de dominio, posesión o tenencia por el titular de la casa principal, estando la dependencia destinada a una función complementaria bajo la esfera de resguardo. De acuerdo a lo expuesto es posible advertir que, por lo general, patios, jardines, garajes, entre otros espacios, son considerados dependencias de lugar de lugar habitado o destinado a la habitación».[626]

623 Garrido (2008), p. 234; Matus y Ramírez (2021), pp. 553 y 554; Labatut (2007), p. 159.

624 Etcheberry (1998b), p. 323.

625 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 110-2017, considerandos quinto y sexto.

626 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 110-2017, considerando tercero.

En sentencias rol 706-2019[627] y 5011-2020,[628] la Corte de Apelaciones de Santiago también calificó un jardín de un domicilio como una dependencia, confirmando las respectivas condenas de las personas imputadas por un delito de robo con fuerza del artículo 440.

La misma postura sostuvo la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia rol 2290-2021, la cual expuso: «Que, en consecuencia, si nos atenemos a los mismos conceptos que formula el autor invocado por la defensa, la dependencia de un lugar es, en todo caso, un recinto cerrado, susceptible de escalamiento, que está en comunicación interna con el lugar principal y que se destina a alguna función complementaria de este último. El patio de la casa habitación ubicada en […] Valparaíso, adonde ingresó el condenado saltando el cierre perimetral de su parte posterior, reúne todas estas características, y fue en esa dependencia desde la cual sustrajo nueve kilos de paltas al extraerlas del árbol que allí está plantado. El argumento en que la defensa basa su recurso, cual es que la sustracción se produjo en el árbol y que este no es una dependencia, no resiste mayor análisis, porque olvida que el árbol se encontraba al interior del patio, espacio físico perfectamente delimitado y cerrado, tanto así que el acusado tuvo que acceder al mismo mediante escalamiento, sustrajo las paltas desde ese lugar».[629]

La calificación de las casas de vacaciones o segundas viviendas ha sido objeto de discusión. A este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que la cuestión debe decidirse sobre criterios valorativos, pues es preciso evaluar hasta qué punto cabe temer, en las distintas clases de lugares, la posibilidad de un encuentro entre el autor del delito y personas que habiten en dichas moradas, cuya vida o integridad corporal podría estar en peligro. Por consiguiente, las segundas viviendas que estén directamente comunicadas con los centros urbanos durante todo el año, y a las que sus moradores puedan acceder fácilmente, debieran ser calificadas como lugares destinados a la habitación.[630]

En sentencia rol 21798-2018, la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre la correcta calificación jurídica del siguiente hecho: «El día 6 de septiembre del año 2017, alrededor de las 19:00 horas, el acusado […]

627 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 706-2019, considerandos quinto y sexto.
628 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5011-2020, considerando quinto.
629 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2290-2021, considerando quinto.
630 Matus y Ramírez (2021), p. 554.

en compañía de otros individuos, con ánimo de lucro y contra la voluntad de su dueño, ingresaron al inmueble ubicado en […] El Quisco, de propiedad de […], para lo cual forzaron la protección metálica de una ventana del costado norte, ingresando a la casa habitación […], desde donde sustrajeron diversas especies, a saber: maquetas de veleros; cuadros; un espejo; un cilindro de gas; una radio portátil y una pala, siendo detenidos por carabineros».[631]

Respecto de la calificación de este lugar, que se trataba de una segunda vivienda, la Corte Suprema sostuvo que «existe robo con fuerza en las cosas, en lugar destinado a la habitación, si el agente ingresó a un domicilio, que, no obstante su destino como segunda vivienda, debe entenderse como un lugar destinado a la habitación, pues en cualquier momento dicho inmueble puede ser objeto de morada, más aún tratándose de una casa de veraneo que, si bien es cierto suelen permanecer vacías por períodos de tiempo relativamente prolongados, la posibilidad de un encuentro entre el hechor y terceros cuya vida o integridad corporal está sujeta al peligro de un ataque por parte de aquel, se ha vuelto progresivamente mayor por el desarrollo de las vías de transporte y de las costumbres, que han permitido que los lugares de veraneo ya no sean solo ocupados en temporadas determinadas sino en diversas épocas y no solo por sus propietarios sino además por personas vinculadas a ellos y con una frecuencia cada vez mayor».[632] En virtud de estas consideraciones, la Corte Suprema concluye que el lugar en examen fue correctamente calificado por el tribunal de instancia como un lugar destinado a la habitación.

Este razonamiento ha sido reiterado por la propia Corte Suprema en sus sentencias rol 15391-2019[633] y rol 139835-2020[634], así como por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia rol 55-2021.[635]

«Lugar no habitado»

El artículo 442 sanciona el robo con fuerza en las cosas en un «lugar no habitado». Un lugar no habitado es un edificio, construcción o sitio deli-

631 Corte Suprema de Chile, rol 21798-2018, considerando segundo.
632 Corte Suprema de Chile, rol 21798-2018, considerando octavo.
633 Corte Suprema de Chile, rol 15391-2019, considerando noveno.
634 Corte Suprema de Chile, rol 139835-2020, considerando duodécimo.
635 Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 55-2021, considerando noveno.

mitado del exterior por paredes, techos o cierros exteriores que ninguna persona está destinando actualmente como morada, sea que al constituirlo o demarcarlo se haya pensado en dedicarlo a la habitación, como una casa en construcción o remodelación, o un departamento recién construido y que nadie todavía habita, o que haya sido construido para otros fines, como un galpón o una bodega.[636]

Para efectos de calificar un lugar como no habitado, carece de relevancia que haya personas presentes en este al momento de cometerse el delito. Así, por ejemplo, si una persona ingresa a robar al segundo piso de un teatro, dicho recinto será calificado como un lugar no habitado, con independencia de que, al momento del robo, en el primer piso se estuviere llevando a cabo una presentación artística.

«Bienes nacionales de uso público, en sitio no destinado a la habitación o en el interior de vehículos motorizados»

El artículo 443 sanciona el robo con fuerza en las cosas en «bienes nacionales de uso público, en sitio no destinado a la habitación o en el interior de vehículos motorizados».

De acuerdo con el artículo 589 del Código Civil, los bienes nacionales de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a toda la nación y puede ser ejercido libremente por todos sus habitantes, tales como calles, plazas, puentes, caminos y playas.

Por su parte, los sitios no destinados a la habitación son aquellos predios rurales y urbanos no cerrados ni delimitados por cierres o muros. Por consiguiente, la diferencia entre sitio no destinado a la habitación y lugar no habitado consiste en que estos últimos son recintos protegidos, con resguardos que impiden su libre acceso, en tanto que el sitio carece de esa protección, al no tener muros ni techos, característica que se desprende, además, del hecho de que el mismo artículo los consideró junto con las calles, las plazas y los puentes.[637]

Por último, cabe mencionar que la Ley 21.170 introdujo en el artículo 443 la expresión «o en el interior de vehículos motorizados». De esta manera, se incorporaron tales vehículos como un lugar donde esta clase de robo con fuerza en las cosas se perpetra.

636 Matus y Ramírez (2021), p. 542; Garrido (2008), pp. 243 y 244.
637 Garrido (2008), p. 247; Matus y Ramírez (2021), p. 543.

En los casos de robo con fuerza del artículo 443, la apropiación de la cosa no se comete dentro de un lugar determinado, sino sobre una extensión de terreno carente de resguardos que impidan la entrada no autorizada. De allí que la fuerza legalmente definida para cometer el robo en estos lugares no sea la necesaria para entrar a ellos, sino únicamente la empleada para quebrantar o burlar los medios de fijación o protección de las cosas.[638]

Robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias

El artículo 440 dispone:

> El culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere el delito:
> 1.º Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas.
> 2.º Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.
> 3.º Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

Para que se configure el delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 440, además de tratarse de un lugar habitado, destinado a la habitación o de sus dependencias, el agente debe cometer el delito a través de alguna de las modalidades comisivas indicadas en los tres números de este artículo.

Cabe subrayar que el delito del artículo 440 exige que el autor del delito emplee alguna de las modalidades de comisión allí indicadas para entrar al lugar habitado, destinado a la habitación o a sus dependencias. De acuerdo con la opinión mayoritaria, solamente se podrá entender que una persona ha entrado a un lugar cuando haya ingresado todo su cuerpo o la mayor parte de él.[639]

638 Matus y Ramírez (2021), p. 543.
639 Etcheberry (1998b), p. 323.

Como consecuencia de lo anterior, si estas modalidades de comisión no se emplean para entrar al lugar, sino para un fin distinto, como lo sería el abrir algún cajón que se encuentre dentro del lugar, o incluso para escapar de este, no se configurará este delito.[640] Así, por ejemplo, si una persona, con la intención de cometer un delito de robo, ingresa a una casa a través de la puerta principal, la cual su morador ha dejado desafortunadamente abierta, y luego, al escuchar que se ha activado la alarma, decide escapar a través de la chimenea, no se configurará un delito del artículo 440, pues la persona no ha entrado al lugar empleando ninguna de las formas de fuerza descritas en la norma citada.[641]

Al mismo tiempo, si una persona no ha ingresado la mayor parte de su cuerpo a través de la vía no destinada al efecto, no se podrá entender que ella ha entrado al lugar. Tal sería el caso de una persona que introduce alguna herramienta o solamente su brazo a través de la ventana de un inmueble y sustrae un valioso objeto desde su interior.[642]

«Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas» (artículo 440 número 1)

El legislador ha unificado, bajo una misma denominación, dos modalidades que en estricto rigor son distintas: por un lado, el escalamiento propiamente tal y, por otro lado, la fractura.[643]

El escalamiento en sentido estricto consiste en emplear, para entrar al lugar habitado, una vía que no ha sido destinada por sus moradores para ese efecto.[644] El concepto de «vía no destinada al efecto» dependerá del destino efectivo que a tales vías les den los moradores del lugar. Comúnmente, en una morada la vía ordinaria de acceso será una puerta, pero puede ocurrir que, en ciertos casos, ello no sea así, y que otras vías sean aquellas destinadas a ingresar al lugar, como podría ser la situación de una embarcación o un edificio en construcción.[645]

En la segunda parte del número 1 del artículo 440, el legislador ha incorporado la fractura. Esta consiste en hacer orificios en los muros,

640 Garrido (2008), p. 238.
641 Oliver (2013), p. 223; Garrido (2008), p. 237.
642 Garrido (2008), p. 238.
643 Etcheberry (1998b), p. 323; Garrido (2008), p. 236.
644 Garrido (2008), p. 237.
645 Etcheberry (1998b), p. 324.

techos y cualquier defensa del lugar, en tal forma que por ellos se pueda introducir al interior, o con rompimiento de paredes o techos, que comprende cualquier modo de destruir los mismos, sea violentamente o removiéndolos, o fracturando puertas o ventanas, que es romper parte de ellas o removerlas, sea violentamente o por medios más diestros, como desatornillarlas o desacoplarlas de sus soportes.[646]

Como se señaló, la modalidad de fractura de artículo 440 número 1 constituye fuerza en las cosas solamente si se emplea para ingresar al lugar del robo. Por esta razón, el artículo 440 no comprende la fractura de cosas que se encuentren al interior del lugar.[647]

«Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo» (artículo 440 número 2)

En este número se mencionan tres tipos de instrumentos que se emplearían para entrar en el lugar habitado: llaves, ganzúas y otros instrumentos análogos. Todos estos artefactos están destinados a burlar un específico medio de protección, no mediante la aplicación directa de fuerza material o su destrucción, sino a través de la utilización de los referidos instrumentos.[648]

Este específico mecanismo de protección es la cerradura, término que debe entenderse como cualquier mecanismo «fijado a las puertas, ventanas, tapias o paredes, que impide que ellas se abran a menos que se use un instrumento especialmente destinado para ello, que debe ser un objeto complementario a la cerradura, pero distinto y separado de ella, que recibe el nombre de llave».[649]

El primer instrumento que menciona es la llave, objeto cuyo fin específico es abrir y cerrar una cerradura. Dentro del concepto llave se comprenden las tarjetas electrónicas que permiten abrir cierros tecnológicos,[650] pues lo relevante acá no es la forma que tenga la llave, o el material del que esté hecha, sino la función que el instrumento presta: si dicho objeto ha sido diseñado para abrir y cerrar la cerradura sin dañar-

646 Garrido (2008), p. 238.
647 Etcheberry (1998b), p. 325; Garrido (2008), p. 238.
648 Matus y Ramírez (2021), p. 547; Garrido (2008), p. 239.
649 Etcheberry (1998b), pp. 325 y 326.
650 Garrido (2008), p. 239; Oliver (2013), p. 234.

la, activando su natural mecanismo, se tratará de una llave. Por el contrario, si una persona utiliza un objeto que destruye la cerradura, como un martillo o un soplete, y consigue abrir la puerta, no se tratará de una llave.[651] En este ejemplo, la hipótesis comisiva será aquella prevista en el número 1 del artículo 440.

El Código distingue entre llave verdadera y llave falsa. La primera es aquella que corresponde al mecanismo de la cerradura de que se trata y se encuentra destinada por los habitantes del lugar a dicho efecto. Por consiguiente, habrá tantas llaves verdaderas como las autorizadas por los habitantes, de modo tal que, por ejemplo, si en un departamento viven cuatro personas y todas ellas tienen una llave de acceso, existirán cuatro llaves verdaderas.[652] En consecuencia, debe considerarse como llave falsa cualquiera que no corresponda a la cerradura de que se trata o que, si corresponde a ella, no está destinada a dicho efecto por los habitantes del lugar en el momento de su uso, ya que en ambos casos se burla la defensa o resguardo sin contar con el consentimiento del titular.[653] Entre otros casos, el concepto de llave falsa comprende las llaves supernumerarias, es decir, aquellas que exceden el número permitido por los moradores del lugar, quienes desconocen su existencia, así como también las llaves duplicadas sin consentimiento, las llaves extraviadas, y la llave retenida por una persona que estaba primitivamente autorizada y que usa después que le fue revocado ese permiso (por ejemplo, una persona arrendataria que, luego de abandonar el inmueble y poner término al contrato de arrendamiento, conserva una de las dos llaves que le había sido entregada, afirmando haberla perdido, y luego la utiliza para ingresar al inmueble y sustraer cosas).[654]

La llave verdadera que hubiere sido sustraída ha sido mencionada separadamente en el artículo 440 número 2, razón por la cual cabe concluir que ella no califica como llave falsa.[655]

Si una persona que tiene una llave verdadera la utiliza para ingresar al lugar y sustraer cosas, dicha persona no cometerá un delito de robo con fuerza en las cosas, sino un delito de hurto.[656] Tal sería el caso, por

651 Garrido (2008), p. 239.
652 Ídem.
653 Oliver (2022), p. 278.
654 Garrido (2008), p. 239; Oliver (2022), p. 278; Etcheberry (1998b), p. 326.
655 Oliver (2022), p. 278.
656 Garrido (2008), p. 240.

ejemplo, de una persona empleada en un banco que utiliza su llave de servicio para ingresar a la oficina y sustraer objetos valiosos. Por el contrario, si una persona que tiene una llave verdadera, sin autorización del dueño, la facilita a una tercera persona, quien la utiliza para ingresar al lugar y sustraer cosas, allí sí existirá un delito de robo con fuerza en las cosas, pues dicha persona ha entrado al lugar del robo utilizando una llave falsa, toda vez que ella no se encontraba autorizada por el dueño para poseer ni utilizar dicha llave, excediendo, por consiguiente, el uso que este había autorizado.[657] Continuando con el mismo ejemplo planteado en este párrafo, así ocurriría si la persona que trabajaba en el banco le entrega su llave de servicio a su pareja, quien ingresa a la oficina durante la noche y sustrae objetos valiosos.

El segundo instrumento que menciona el artículo 440 número 2 son las ganzúas. Esta palabra hace referencia a un «alambre fuerte y doblado en una punta, a modo de garfio, que a falta de llave puede correr los pestillos de las cerraduras». La ganzúa permite suplir la falta de una llave para abrir la cerradura de una puerta o ventana con el objetivo de entrar al lugar habitado.[658]

La última modalidad que menciona el número 2 del artículo 440 es la de entrar al lugar del robo utilizando «otros instrumentos semejantes». Se trata de cualquier otro objeto o instrumento que sirva para abrir una cerradura. No es necesario que la semejanza esté en su forma, sino en su función: que permita abrir una cerradura.[659] Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que abre una cerradura antigua introduciendo una tarjeta delgada en el pequeño espacio existente dentro del mecanismo de la cerradura.

Para una parte de la doctrina, las llaves maestras y las llaves que corresponden a otras cerraduras estarían incorporadas en esta última modalidad, pues no constituirían llaves falsas.[660] Otra parte de la doctrina, en cambio, estima que dichas llaves sí califican como llaves falsas.[661]

Cabe recordar, por último, que los medios señalados en el artículo 440 número 2 deben utilizarse para entrar al lugar habitado, destinado

657 Matus y Ramírez (2021), p. 549.
658 Garrido (2008), p. 240; Oliver (2022), p. 278.
659 Oliver (2022), p. 278.
660 Garrido (2008), p. 240.
661 Oliver (2022), p. 278; Etcheberry (1998b), p. 328; Matus y Ramírez (2021), p. 548.

a la habitación o a una dependencia. Por consiguiente, si una vez ya al interior del lugar, al cual ha ingresado a través de la puerta principal que lamentablemente ha quedado entreabierta, el delincuente utiliza una llave falsa para abrir un armario o un escritorio, o para escapar a través de una puerta, no se configurará esta modalidad de fuerza en las cosas.[662]

«Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad» (artículo 440 número 3)

La tercera modalidad de fuerza en las cosas prevista en el artículo 440 consiste en entrar al lugar del robo «mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o de simulación de autoridad».

Se puede apreciar que se trata de hipótesis en las cuales la fuerza física está enteramente ausente, y los reparos de la cosa se vencen gracias al engaño.[663]

Una vez más, todos los recursos señalados deben tener por objetivo entrar al lugar del robo, de modo tal que, si se emplean con otro objetivo, como facilitar la salida del lugar, no constituirán la fuerza en las cosas requerida por el tipo penal.[664]

SEDUCCIÓN DE DOMÉSTICO

En esta hipótesis, el autor del delito engaña a un empleado o empleada doméstica con el objetivo de que lo deje entrar al lugar y así apropiarse de alguna cosa que allí encuentre.[665] Esta circunstancia comprende cualquier tipo de engaño y no existe ninguna limitación a este respecto.

Cabe subrayar que el Código ha limitado esta circunstancia a las personas que prestan servicios domésticos en el lugar al que se pretende entrar a robar, como los mayordomos, jardineros / jardineras, cocineros / cocineras y otras funciones análogas.[666] Por consiguiente, esta circunstancia no comprende a las personas que moran en el lugar ni a todas aquellas personas que no califiquen como empleados o empleadas domésticas.

662 Etcheberry (1998b), p. 329.
663 Etcheberry (1998b), p. 329; Garrido (2008), p. 241.
664 Garrido (2008), p. 241.
665 Etcheberry (1998b), p. 329.
666 Garrido (2008), p. 241.

Dado que se requiere que el empleado doméstico haya sido engañado, esta circunstancia no se configurará si este permite que una tercera persona ingrese al lugar en virtud de una relación personal con esta y sin ser engañado.[667] Así, por ejemplo, si un empleado doméstico permite que su pareja ingrese a la mansión donde trabaja para que esta espere media hora hasta que termine su jornada de trabajo, no se configurará esta circunstancia comisiva si la pareja, durante dicho periodo y estando ya dentro del lugar, sustrae algunas cosas de valor, ya que no ingresó a la mansión producto de un engaño.

Por la misma razón, si el empleado doméstico, actuando en conjunto con otra persona, decide sustraer cosas desde el lugar donde el primero trabaja, tampoco se configurará esta circunstancia, pues no ha existido engaño alguno.[668]

NOMBRE SUPUESTO

Es esta hipótesis, el autor del delito debe invocar una identidad falsa que le permita ingresar al lugar de que se trate. Por esta razón, no basta solamente con dar un nombre falso si nada hay en este que le pueda permitir la entrada.[669]

No se requiere que el autor indique un nombre o apellido determinado, sino que basta con la atribución de una identidad falsa, como ocurre cuando se señala ser el médico de la familia, la persona a cargo de la reparación eléctrica o el primo de algún morador.[670]

Cabe señalar que esta circunstancia comisiva no se encuentra limitada, a diferencia de la anterior, a los empleados domésticos, por lo que cualquier persona que se encuentre en el lugar puede ser destinataria de este tipo de engaño.

En sentencia RIT 104-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua condenó a dos imputados por un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 440 número 3, por haber entrado al lugar del robo bajo nombres supuestos. Los hechos acreditados en el juicio fueron los siguientes: «Con fecha 15 de junio del año 2020, los imputados […] al-

667 Etcheberry (1998b), p. 329.
668 Matus y Ramírez (2021), pp. 556 y 557.
669 Etcheberry (1998b), p. 330; Garrido (2008), p. 242.
670 Etcheberry (1998b), p. 330; Matus y Ramírez (2021), p. 557; Garrido (2008), p. 242.

rededor de las 10:30 horas llegaron hasta el […] domicilio de propiedad de la víctima de iniciales […] y es ahí donde los imputados […], provistos de una credencial falsificada correspondiente a CGE y haciéndose pasar por funcionarios de dicha empresa de electricidad, toda vez que portaban chaquetas y pantalones con el logo de la empresa, solicitaron ingresar hacia el domicilio de la víctima, con la finalidad de revisar las conexiones de cables, es así como la víctima y ante la apariencia de los funcionarios quienes portaban las credenciales de la Empresa de la Compañía de Electricidad, los deja entrar y es ahí cuando los imputados aprovechándose de dicha situación, sustraen las siguientes especies: una *tablet* y además dinero en efectivo ascendente a la suma de $1.020.000, retirándose del domicilio».[671]

El tribunal calificó estos hechos como « un delito de robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado, previsto y sancionado en el artículo 440 N° 3, en relación al 432, ambos del Código Penal, por cuanto se estableció que dos individuos se apropiaron de diversas cosas muebles ajenas, sin la voluntad de su dueña […] y con ánimo de lucro, que se traduce en haberse apropiado de las especies ya señaladas presumiblemente para obtener un beneficio económico de través de su posterior uso o comercialización, además del dinero. La sustracción se produjo en el interior de las dependencias de un inmueble que servía de lugar de habitación a la víctima, quien se encontraba en [el] lugar en ese momento, y para obtener dicha apropiación, los acusados ingresaron utilizando la mención de ser trabajadores de la Compañía General de Electricidad, ofreciendo arreglar el medidor de electricidad, logrando convencer a la afectada de dejarlos ingresar a su domicilio, lo cual configura la hipótesis de fuerza en las cosas prevista en el numeral tercero del mencionado artículo 440 del Código Penal, esto es, el ingreso a favor de nombres supuestos».[672]

SIMULACIÓN DE AUTORIDAD

Finalmente, el artículo 440 número 3 prevé la simulación de autoridad, circunstancia que tampoco se encuentra limitada a los empleados domésticos, por lo que cualquier persona que se encuentre en el lugar puede ser engañada.

671 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 104-2021, considerando décimo tercero.

672 Ídem.

En esta hipótesis, no basta con que el autor del delito invoque alguna autoridad cualquiera, sino que debe tratarse de alguna autoridad que tenga el derecho de demandar el ingreso al lugar o, por lo menos, que le otorgue un título plausible para solicitar tal admisión.[673]

Una parte de la doctrina sostiene que, dado que el artículo 440 número 3 exige una simulación, la conducta debe consistir en algo más que la mera afirmación de que se es autoridad. Esta debe estar reforzada por apariencias externas, como algún documento, uniforme, imagen institucional, etc.[674]

Este requisito es rechazado por otra parte de la doctrina, la cual señala que simular «no impone el uso de una puesta en escena, sino únicamente 'representar algo, fingiendo o imitando lo que no es', lo cual puede hacerse mediante la actuación del agente y el empleo de palabras engañosas».[675]

Esta modalidad no se configurará si quien ingresa al lugar es efectivamente una autoridad, pues no puede haber simulación de autoridad si el agente efectivamente posee esta calidad. Por consiguiente, un funcionario público que, teniendo facultades para ello, demanda el ingreso a un lugar habitado y procede a sustraer cosas de valor desde su interior no comete un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 440 número 3.[676]

Robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado

El artículo 442 dispone:

> El robo en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:
> 1.º Escalamiento.
> 2.º Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.
> 3.º Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.

673 Etcheberry (1998b), p. 330; Garrido (2008), p. 242.
674 Etcheberry (1998b), p. 330; Garrido (2008), p. 242.
675 Matus y Ramírez (2021), p. 558; Oliver (2013), p. 237.
676 Oliver (2013), pp. 237 y 238.

Para que se configure el delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 442, además de tratarse de un lugar no habitado, el agente debe cometer el delito a través de alguna de las modalidades comisivas señaladas en el mismo artículo.

Escalamiento (artículo 442 número 1)

Sin agregar más el texto legal, debe entenderse que el concepto de escalamiento es el mismo que aquel del artículo 440 número 1, comprendiéndose tanto el escalamiento en sentido estricto como la fractura, siempre que se refieran a la entrada en el lugar del robo.[677]

«Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados» (artículo 442 número 2)

El robo con fuerza del artículo 442 prevé una circunstancia comisiva no incorporada en el robo del artículo 440, a saber, la fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, que se encuentren dentro del lugar no habitado. Esta fractura se denomina interior o interna, porque no recae sobre los resguardos exteriores del lugar, sino sobre los resguardos particulares de las cosas mismas objeto del robo.[678]

En consecuencia, la rotura o fractura de cajones, estantes, cajas de seguridad, puertas de una habitación u oficina, etc., constituye fuerza en las cosas para efectos de este delito.[679] Así, por ejemplo, si una persona ha ingresado a un lugar no habitado a través de la puerta principal, la cual había sido dejada entreabierta, y, una vez dentro, procede a romper un cajón que contiene joyas, dicha persona sí comete un delito de robo del artículo 442, a pesar de que ingresó al lugar del robo sin emplear fuerza en las cosas.

«Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados» (artículo 442 número 3)

Esta tercera hipótesis es similar a la analizada en relación con el robo en lugar habitado, salvo por una diferencia: en el caso del artículo 440

677 Etcheberry (1998b), p. 330.
678 Etcheberry (1998b), p. 331.
679 Garrido (2008), p. 245; Etcheberry (1998b), p. 331.

número 2, los instrumentos mencionados debían ser utilizados únicamente para entrar al lugar del robo. El artículo 442 número 3, en cambio, admite que los instrumentos sean utilizados para, además de entrar al lugar del robo, «abrir los muebles cerrados». En consecuencia, en el caso del robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado, los muebles no solo pueden ser objeto de fractura, conforme a la circunstancia del artículo 442 número 2, sino también de apertura ilegítima.[680]

Robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público, en sitio no destinado a la habitación o en el interior de vehículos motorizados

De acuerdo con el inciso primero del artículo 443, con «la misma pena señalada en el artículo anterior se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, en sitio no destinado a la habitación o en el interior de vehículos motorizados, si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes o si se procede, mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección o si se utilizan medios de tracción».

Para que se configure esta figura de robo con fuerza en las cosas, la sustracción debe realizarse en un bien nacional de uso público, en algún sitio no destinado a la habitación o desde el interior de un vehículo motorizado. En este delito, dado que las cosas que el autor planea sustraer se encuentran al alcance de cualquier persona, atendido el lugar donde se encuentran, la fuerza a que se refiere el artículo 443 se aplica directamente sobre la cosa objeto del robo, los medios que la protegen o el inmueble al que se encuentra adherida.[681]

Además, el agente debe cometer el delito a través de alguna de las modalidades comisivas señaladas en el propio artículo 443: haciendo uso de llaves falsas o verdaderas que se hayan sustraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes; procediendo mediante fractura de puertas, vidrios, cierros, candados u otros dispositivos de protección, o utilizando medios de tracción.

680 Etcheberry (1998b), p. 331.
681 Matus y Ramírez (2021), p. 550.

Los medios de tracción son aquellos que permiten arrastrar una cosa para llevársela. Tal sería el caso de una persona que, con la intención de apropiarse de un vehículo motorizado que se encuentra estacionado en la vía pública, procede a remolcarlo con una grúa y llevárselo.

Una parte de la doctrina ha planteado limitar la expresión «medio de tracción» a aquellos medios que aumentan la fuerza física del sujeto activo.[682] Otra parte de la doctrina, sin embargo, señala que dicha restricción no se encontraría respaldada por el texto de la ley, por cuanto una cuerda que permite arrastrar un objeto constituye efectivamente un medio de tracción, toda vez que «tracción» denota la acción de arrastrar y, para hacerlo, cualquier medio ajeno al cuerpo mismo es suficiente, ya sea una cuerda, una cadena o un tractor.[683]

El artículo 443 contempla dos circunstancias agravantes, en sus incisos segundo y cuarto. En primer lugar, el inciso segundo prevé: «Si el delito a que se refiere el inciso precedente recayere sobre un vehículo motorizado, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo».

En este caso, la persona responsable sustrae directamente el vehículo motorizado o alguna parte de este.[684] Si el autor del delito sustrajere cosas que no formen parte del vehículo motorizado, pero que se encuentran al interior de este, como alguna maleta, cartera o celular, no se configurará esta circunstancia agravante, toda vez que dicha situación se encuentra actualmente regulada en el inciso primero del artículo en estudio.

Respecto de la apropiación de vehículos motorizados, el inciso tercero del artículo 443 incorpora una circunstancia comisiva adicional, al disponer que se considerará robo, y se castigará con la pena del inciso segundo, «la apropiación de un vehículo motorizado mediante la generación de cualquier maniobra distractora cuyo objeto sea que la víctima abandone el vehículo, fuera de los casos a los que se refiere el artículo 436».

Por último, el inciso cuarto del artículo 443 dispone: «Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en el inciso primero, se produce la interrupción o interferencia del suministro de un servicio público o domiciliario, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, la pena se aplicará en su grado máximo».

682 Matus y Ramírez (2021), p. 550; Etcheberry (1998b), p. 332.
683 Garrido (2008), p. 249; Oliver (2013), p. 249.
684 Oliver (2013), p. 251.

Robo con fuerza en las cosas de cajeros automáticos

El artículo 443 bis dispone: «El robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o del dinero y valores contenidos en ellos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Para los efectos del presente artículo se entenderá que hay fuerza en las cosas si se ha procedido con alguno de los medios señalados en el artículo 440, N° 1° y 2°; si se ha fracturado, destruido o dañado el cajero automático o dispensador o sus dispositivos de protección o sujeción mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos; o si se utilizan medios de tracción».

La segunda parte del artículo 443 bis incorpora, como modalidad de fuerza en las cosas, los casos en que el autor del delito fractura, destruye o daña el cajero automático o dispensador, o sus dispositivos de protección o sujeción, mediante el uso de instrumentos contundentes o cortantes de cualquier tipo, incluyendo el empleo de medios químicos, o si utiliza medios de tracción. Estas formas de fuerza parecen corresponder a los medios de ejecución que se observan con mayor frecuencia en la comisión de este delito.[685]

Fabricación, distribución o posesión de instrumentos destinados conocidamente para cometer el delito de robo

El artículo 445 sanciona, con presidio menor en su grado mínimo, a quien «fabricare, expendiere o tuviere en su poder llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos destinados conocidamente para efectuar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su fabricación, expendición, adquisición o conservación».

El artículo 445 prevé un tipo penal autónomo de peligro abstracto[686] que sanciona la fabricación, distribución o posesión de instrumentos que, atendida su naturaleza, sean conocidamente utilizados para cometer el delito de robo, indicándose, a modo de ejemplo, las llaves falsas y las ganzúas, cuyo alcance y sentido se ha explicado con anterioridad. Si la persona imputada diese explicaciones suficientes sobre la fabricación, expendición o posesión de tales objetos, no se impondrá pena alguna.

685 Oliver (2022), p. 286.
686 Garrido (2008), p. 249; Matus y Ramírez (2021), pp. 589 y 590.

La expresión «conocidamente» debe entenderse como una exigencia de regularidad, en el sentido de que el instrumento que posea la persona imputada debe ser de aquellos que tengan una elevada posibilidad de ser utilizados para cometer el delito de robo. Por esta razón, no cualquier instrumento configurará este delito, con prescindencia de la posibilidad abstracta de que, en algún caso, el instrumento en cuestión pueda utilizarse para cometer un delito de robo.[687]

En sentencia rol 51-2015, la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió el recurso de nulidad interpuesto por una persona condenada por el delito del artículo 445, anulando la sentencia, dictando una de reemplazo y absolviendo al imputado. En este caso, el imputado había sido arrestado por la policía por haber portado un destornillador en el estacionamiento de un restaurante y negarse a ofrecer alguna explicación al respecto. La Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo que, con relación al elemento destornillador, «se debe dejar establecido que en la disposición legal del artículo 445 del Código Penal, no se menciona entre los elementos que se dan como ejemplo de servir para cometer un ilícito de robo. Por otra parte, es un elemento totalmente de utilidad casera, que se ocupa para realizar labores domésticas».[688] Luego añadió: «Que en todo caso, lo único acreditado es que el imputado tenía en su poder esta herramienta, pero de ello no puede colegirse que se pretendería cometer un delito con él y que dicho artefacto, que no es de los mencionados en el artículo 445 del Código Penal, como llaves falsas y ganzúas, pueda ser considerado como uno de los instrumentos que tuvo el legislador en mente al dar por configurado este tipo penal».[689]

Si una misma persona posee los instrumentos a que hace referencia el artículo 445 y los utiliza para cometer un delito de robo, se deberá apreciar un concurso aparente entre ambos ilícitos, caso en el cual el delito de robo absorbería el delito de tenencia.[690] Así, quien fabrica una ganzúa y entra a un lugar habitado a robar comete únicamente el respectivo delito de robo con fuerza en las cosas. Pero si esta misma persona se desiste del delito de robo y sale de dicho lugar portando la ganzúa, siendo arrestado en ese momento por la policía, resurge la punibilidad

687 Lema (2018), pp. 686 y 687.
688 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 51-2015, considerando sexto.
689 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 51-2015, considerando octavo.
690 Oliver (2013), p. 272; Garrido (2008), p. 252.

por el delito del artículo 445, el que no podrá ya ser absorbido por una tentativa desistida impune.[691]

Dado que el artículo 445 no precisa a qué clase de robo se refiere, esta materia ha sido objeto de discusión. La doctrina mayoritaria sostiene que el artículo 445 hace referencia únicamente al delito de robo con fuerza en las cosas, excluyéndose, por consiguiente, el robo con violencia o intimidación en las personas, conclusión que se desprendería de la ubicación del precepto, que está contenido dentro del párrafo que trata el robo con fuerza en las cosas,[692] así como de su propia redacción, pues todos los ejemplos contenidos en el artículo 445 dicen relación con el delito de robo con fuerza.

La jurisprudencia mayoritaria pareciera estar de acuerdo con la postura de la doctrina. En sentencia rol 576-2013, la Corte de Apelaciones de Santiago anuló una sentencia que había condenado al imputado por un delito del artículo 445, dictando, en su reemplazo, una sentencia absolutoria. En este caso, el imputado había sido sorprendido portando una pistola de fogueo. Respecto del delito del artículo 445, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que este «se encuentra comprendido en el Código Penal dentro del párrafo N° 3 del robo con fuerza en las cosas y, razón por la cual al estimar que el arma de fogueo que le fuera encontrada al imputado resulta adecuada para cometer el señalado ilícito, resulta que se ha castigado mediante una errónea aplicación del derecho, puesto que el referido instrumento habría podido servir para la comisión del delito de robo con intimidación, tipo penal contemplado en el artículo 436 del señalado código e inserto en el párrafo dos del robo con violencia o intimidación en las personas».[693]

La misma postura adoptó la Corte de Apelaciones de Santiago en las sentencias rol 2792-2017[694] y rol 1176-2023,[695] así como el 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia RIT 74-2018, tres casos que también involucraban pistolas de fogueo y aire comprimido.

En sentencia rol 3141-2021, el imputado fue sorprendido portando «un chuzo, una mochila, un par de guantes de seguridad, una sierra de metal y un jockey», sin que al momento de su detención ofreciera razón

691 Matus y Ramírez (2021), p. 590.
692 Oliver (2022), p. 289; Oliver (2013), pp. 271 y 272.
693 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 576-2013, considerando tercero.
694 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2792-2017.
695 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1176-2023.

suficiente para poseer dichas cosas. Respecto del delito del artículo 445, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que no podía estimarse que ellos fueran instrumentos «asimilables a elementos que conocidamente sean utilizados para realizar el delito de robo, mediante la modalidad de apropiación del empleo fuerza en las cosas y así conforme a tal núcleo, accionar para lograr la apropiación de las cosas ajenas, con ánimo de señor y dueño».[696] Por esta razón, la Corte de Apelaciones anuló la sentencia de instancia, que había condenado al imputado por un delito del artículo 445, y dictó, en su reemplazo, una sentencia absolutoria.

Robo con violencia o intimidación

Considerando lo dispuesto en el artículo 432, es posible afirmar que un delito de robo con violencia o intimidación hace referencia a quien se apropia de cosa mueble ajena, sin voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y usando de violencia o intimidación en las personas.[697]

Este delito exige que la apropiación de la cosa mueble ajena se realice a través del ejercicio de violencia o intimidación en las personas. Lo fundamental es que entre la violencia o intimidación y la apropiación exista una relación funcional, de medio a fin: las primeras se emplean para conseguir la apropiación de la cosa mueble ajena.[698] De no existir dicha relación funcional, el ejercicio de violencia o intimidación y la apropiación de cosa mueble ajena no podrán ser sancionadas a título de robo con violencia o intimidación, sino que deberán ser sancionadas separadamente. Así, por ejemplo, si una persona golpea a otra porque esta la acaba de insultar y luego, al caer la víctima al suelo, ve que también cae un valioso teléfono celular, momento en que decide apropiárselo, este autor no deberá ser sancionado a título de robo, pues la violencia no tenía como objetivo materializar la apropiación, sino que deberá ser condenado por un delito de lesiones en concurso con uno de hurto.[699]

Conforme a lo dispuesto en el artículo 433, la violencia o la intimidación pueden ejercerse «antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad».

696 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3141-2022, considerando segundo.
697 Oliver (2013), p. 273; 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 168-2023, considerando cuarto.
698 Oliver (2022), p. 297; Etcheberry (1998b), p. 336.
699 Garrido (2008), p. 205.

Se ha sostenido que los términos de la ley son tautológicos, pues este delito de robo no puede cometerse sin usar violencia o intimidación, de manera que la expresión «antes, durante o después del robo» debe entenderse como «antes, durante o después de la apropiación».[700]

De lo anterior se desprende, además, que la violencia o intimidación pueden dirigirse en contra del titular de la cosa sustraída o en contra de terceras personas que se encuentren presentes, tales como, por ejemplo, los clientes de la institución financiera donde se pretende cometer el delito de robo, o familiares de la persona dueña de la cosa que se intenta sustraer, y que podrían intentar repeler el ataque.[701]

El artículo 439 proporciona un concepto amplio de violencia o intimidación; esta norma dispone: «Para los efectos del presente párrafo se estimarán por violencia o intimidación en las personas los malos tratamientos de obra, las amenazas ya para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición a que se quiten, o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega. Hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público. Por su parte, hará también intimidación el que para apropiarse u obtener la entrega o manifestación de un vehículo motorizado o de las cosas ubicadas dentro del mismo, fracture sus vidrios, encontrándose personas en su interior; o amenace la integridad de niños que se encuentren al interior del vehículo, sin perjuicio de la prueba que se pudiere presentar en contrario».

La definición transcrita ha extendido el concepto de violencia a hipótesis de engaño, al disponer que constituirá «también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público».

Esta forma de violencia está dirigida a engañar a la víctima para que proceda a entregar la cosa o para que manifieste dónde se encuentra.[702] Alegar orden falsa de alguna autoridad consiste en simular la existencia de una orden verbal o escrita de algún funcionario público para hacerse

700 Matus y Ramírez (2021), p. 560; 5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 168-2023, considerando cuarto.

701 Garrido (2008), pp. 199 y 200.

702 Garrido (2008), p. 197.

de alguna cosa mueble.[703] Por ejemplo, si el autor del delito muestra un documento falsificado que contiene una orden judicial que lo autoriza para exigirle a la víctima entregar sus joyas. La ley agrega la hipótesis de «dar la orden por sí, fingiéndose ministro de justicia o funcionario público», la cual se caracteriza por que el autor del delito se hace pasar por juez o empleado judicial, o por otro empleado público, con facultades para ordenar la incautación o retiro de cosas.[704]

La última parte del artículo 439 dispone que «hará también intimidación el que para apropiarse u obtener la entrega o manifestación de un vehículo motorizado o de las cosas ubicadas dentro del mismo, fracture sus vidrios, encontrándose personas en su interior; o amenace la integridad de niños que se encuentren al interior del vehículo, sin perjuicio de la prueba que se pudiere presentar en contrario».

Con relación a las amenazas como modalidad de intimidación en el delito de robo, la doctrina mayoritaria exige, al igual que en el delito de violación del artículo 361, que se trate de una amenaza seria y real de ocasionar a otro un mal inmediato en su integridad física como modo de obtener la apropiación o entrega de las cosas, aunque no se exprese verbalmente.[705]

Por último, cabe señalar que no es necesario que los medios que se utilizan para intimidar a la víctima sean verdaderamente idóneos para causar el mal que esta teme. La única idoneidad que debe tomarse en cuenta es la que dice relación con la incidencia en la posibilidad de autodeterminación de la víctima. Por consiguiente, en un caso en que una persona amenaza a otra con matarla con el arma que lleva dentro de sus vestimentas, en circunstancias en que, en realidad, esta persona no porta ningún objeto, no existe ninguna razón para descartar un delito de robo con intimidación.

A continuación, se analizarán los delitos de robo simple (artículo 436, inciso primero) y robo calificado (artículo 433).

Robo con violencia o intimidación simple

El inciso primero del artículo 436 dispone: «Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, los robos ejecutados con violencia o

703 Oliver (2022), p. 293.
704 Oliver (2022), pp. 293 y 294.
705 Matus y Ramírez (2021), p. 563. En similar sentido, Garrido (2008), pp. 198 y 199.

intimidación en las personas serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a máximo, cualquiera que sea el valor de las especies substraídas».

La disposición es explícita en señalar que el delito de robo simple tiene un carácter subsidiario, que admite todas las hipótesis de apropiación realizadas por medio de violencia o intimidación, salvo aquellas que queden comprendidas en los tipos penales sancionados en los artículos 433 (robo calificado) y 434 (piratería).[706]

Esta hipótesis exige únicamente que el autor, a fin de apropiarse de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño ejerza violencia o intimidación en contra de alguna persona. Por consiguiente, no se requiere que el autor realice alguna conducta adicional ni tampoco que cause lesiones en la víctima.[707]

Robo con violencia o intimidación calificado

El delito de robo calificado con violencia o intimidación está sancionado en el artículo 433, norma que dispone:

> El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:
> 1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación.
> 2°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1°.
> 3°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el número 2° del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito.

706 Oliver (2022), p. 299.
707 Oliver (2022), p. 300.

Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación

Se considerarán aquí las dos hipótesis por separado: robo con homicidio y robo con violación.

Robo con homicidio

El delito de robo con homicidio no es un delito calificado por el resultado, pues la muerte de la víctima debe haberse causado de manera dolosa, ya sea con dolo directo o eventual. Se excluye, por consiguiente, la muerte causada de manera imprudente, caso en el cual corresponderá apreciar un concurso de delitos entre robo y homicidio imprudente.[708]

El homicidio puede cometerse en contra de la persona víctima de la apropiación o en contra de otra distinta, como ocurriría si se mata a un tercero que intenta defender a la víctima. En ambos casos corresponderá apreciar un delito de robo con homicidio.[709]

Existe una discusión sobre si los delitos de parricidio y homicidio calificado estarían incorporados en el delito de robo calificado. Una parte de la doctrina sostiene que la *ratio legis* del artículo 433 no parece haber pretendido comprender el parricidio y el homicidio calificado como posibles hipótesis del robo con homicidio, sino limitarlo al homicidio simple. Dado que la finalidad del artículo 433 es agravar la responsabilidad del autor más allá del homicidio mismo y del robo, resulta claro, para esta postura, que el parricidio y el homicidio calificado, atendidas sus elevadas penas, no deberían estar incorporados en el delito de robo calificado, pues ello podría eventualmente terminar por favorecer al autor del delito, lo cual carecería de sentido. Por consiguiente, si con motivo u ocasión de un delito de robo se cometiere un delito de parricidio u homicidio calificado, el autor debería ser sancionado por un concurso de delitos, conforme al artículo 74 o 75, según corresponda.[710]

Otra parte de la doctrina, en cambio, postula que el delito de homicidio calificado sí debiese ser subsumido en el delito de robo califica-

708 Matus y Ramírez (2021), p. 567; Oliver (2022), p. 304; Vivanco (2009), p. 32.

709 Rodríguez (2009), p. 140; Oliver (2022), p. 307; Vivanco (2009), pp. 46 y 47.

710 Garrido (2008), p. 210.

do, argumentando que el artículo 456 bis hace aplicable, a los delitos de robo simple y calificado, las agravantes de alevosía y premeditación, dos de las circunstancias comisivas del homicidio calificado. Con relación al delito de parricidio, esta postura sostiene que no podría considerarse subsumido en el delito de robo calificado, en consideración a su alta penalidad, que es la misma que aquella con la que se sanciona el delito de robo calificado. Por consiguiente, en un caso de robo con parricidio, corresponderá apreciar un concurso de delitos entre ambos, conforme al artículo 74 o 75, según corresponda.[711]

Finalmente, existen quienes sostienen que el delito de robo calificado, atendida su alta penalidad, puede «absorber por aplicación de las reglas de la subsidiariedad tácita la gravedad de todas las formas especiales de homicidio (parricidio, femicidio y homicidio calificado). Al mismo tiempo, permite considerar como agravantes las eventuales circunstancias concurrentes de parentesco, alevosía, premio, veneno, ensañamiento, premeditación conocida y discriminación, según sea el caso, como se reconoce en el art. 456 bis».[712]

El artículo 433 número 1 requiere que el autor cometa el delito de homicidio con motivo u ocasión del robo. «Con motivo» implica que debe existir una relación de medio a fin entre la muerte que se provoca y la apropiación que persigue el autor del delito, quien debe considerar la privación de la vida de la víctima una forma de llevar a efecto la apropiación de la cosa mueble ajena.[713] En otras palabras, y como suele afirmarse, «con motivo» significa «matar para robar».[714]

Se ha sostenido que esta forma de entender la expresión «con motivo» permitiría ampliar el ámbito temporal del delito de robo con homicidio, pues sería posible comprender «muertes llevadas a cabo con la finalidad de robar, pero realizadas con antelación a la acción misma de apoderamiento, aunque con cierta proximidad a esta última (matar al guardia el día anterior al robo, para asegurar la acción de sustracción)».[715]

La expresión «con ocasión», por su parte, ya ha sido analizada a propósito del delito de violación con homicidio del artículo 372 bis. En dicha oportunidad, se señaló que la expresión «con ocasión» debiese ser

711 Etcheberry (1998b), pp. 340 y 341); Oliver (2022), pp. 304-306.
712 Matus y Ramírez (2021), pp. 569-570.
713 Garrido (2008), p. 207; Etcheberry (1998b), pp. 341 y 342.
714 Rodríguez (2009), p. 139.
715 Garrido (2008), p. 207.

interpretada en el sentido de que ambos delitos se cometan en un mismo contexto espacio-temporal. En este caso, el segundo delito no se ejecuta para cometer el delito de robo, sino mientras este se realiza.[716]

¿Qué tratamiento corresponde dar al robo que ocasiona múltiples muertes? Cuando una persona comete un delito de robo y causa más de una muerte, el delito de robo con homicidio se puede entender configurado con una de esas muertes más la apropiación. En consecuencia, las demás muertes que la persona ha ocasionado constituirán delitos de homicidio independientes, los cuales serán sancionados en concurso con el delito de robo con homicidio. Así, por ejemplo, si una persona comete un delito de robo y, con ocasión de este, mata a dos personas, el tribunal deberá condenar a esta persona por un delito de robo con homicidio en concurso con un delito de homicidio. Esta postura se basa en la finalidad histórica del delito de robo con homicidio, que es sancionar con mayor severidad un hecho que se estima particularmente reprochable: matar con motivo u ocasión de la apropiación de bienes muebles. El objetivo de unificar ambos hechos persigue imponer una sanción más grave que aquella que correspondería imponer si el robo y el homicidio se sancionaran separadamente. Por consiguiente, un único deceso constituye el presupuesto del tipo penal, de modo tal que, si se provocan otras muertes, estas se deberán sancionar de manera independiente como un concurso de delitos. De lo contrario, si la persona responsable fuere condenada únicamente por un delito de robo calificado, a pesar de haber ocasionado múltiples muertes, se produciría el absurdo de que la pena a aplicar sería menor a aquella que correspondería imponer si todos los delitos fueran sancionados separadamente, derrotando la razón histórica y el sentido del delito de robo calificado.[717]

Finalmente, respecto a la posibilidad de aplicar las normas generales sobre *iter criminis* con relación al delito de robo con homicidio, la situación es la misma que aquella descrita a propósito del delito de violación con homicidio del artículo 372 bis, a la cual, por consiguiente, cabe remitirse.

716 Garrido (2008), p. 208.

717 Garrido (2008), pp. 209 y 210; Matus y Ramírez (2021), p. 570. En contra de esta posición, argumentando, en cambio, que en estos casos se debe condenar al autor por un único delito de robo con homicidio, pudiendo considerar el número de muertes únicamente al momento de determinar judicialmente la pena, conforme al artículo 69, Labatut (2007), p. 207; Etcheberry (1998b), p. 341; Vivanco (2007), pp. 73 y 74; Oliver (2022), pp. 305 y 306.

Robo con violación

A pesar de que el artículo 433 número 1 sanciona a quien, con motivo u ocasión del robo, cometiere además violación, resulta impensable un caso en que el autor del delito viola a la víctima con motivo del robo. Por esta razón, esta hipótesis calificada se configurará solamente cuando el autor cometiere el delito de violación con ocasión del robo.[718]

En relación con el alcance que debemos atribuir al término «violación», utilizado por el artículo 433 número 1, este comprende tanto el delito del artículo 361 como el del artículo 362.[719]

La víctima de la violación puede ser una persona distinta a la víctima de la apropiación.[720] Así, por ejemplo, si una persona ingresa a un domicilio e intimida a dos personas, sustrayendo cosas de la primera y cometiendo un delito de violación en contra de la segunda, dicha persona deberá ser condenada por un delito de robo con violación del artículo 433 número 1.

Si con ocasión de un robo se cometieren varios delitos de violación, la solución será la misma que aquella que se comentó con motivo del delito de robo con homicidio.

Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1

Las lesiones mencionadas en el artículo 433 número 2 son, respectivamente, la castración, la mutilación propiamente tal y las lesiones gravísimas.

No existe ninguna discusión sobre los delitos que configuran este tipo de robo calificado, pues la ley ha mencionado con precisión las disposiciones legales que tipifican las formas de lesiones corporales que, cuando se cometen con motivo u ocasión de robo, configuran el delito del artículo 433 número 2.[721]

718 Etcheberry (1998b), p. 343; Rodríguez (2007), p. 87; Garrido (2008), p. 213.

719 Rodríguez (2007), p. 87.

720 Etcheberry (1998b), p. 344; Rodríguez (2007), p. 86; Matus y Ramírez (2021), p. 570.

721 Oliver (2022), p. 316.

Cabe recordar que los delitos de castración y mutilación requieren, para su configuración, dolo directo, a diferencia de las lesiones gravísimas, que admiten todo tipo de dolo.[722]

Si los resultados a que hace referencia el artículo 433 número 2 se causaren de manera imprudente, no se configurará un delito de robo calificado, sino que se deberá sancionar, a la persona responsable, por un concurso entre el delito de robo y el de lesiones imprudentes.[723]

Como último punto, corresponde señalar que no existe obstáculo en aceptar que la víctima de las lesiones y la del robo puedan ser personas distintas.[724]

Con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el número 2° del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito

Aquí se analizarán las figuras de robo con lesiones simplemente graves y de robo con retención de personas.

Robo con lesiones simplemente graves

En este caso, las lesiones simplemente graves deben cometerse de manera dolosa, excluyéndose la imprudencia. Por consiguiente, si las lesiones se causaren de manera imprudente, no se configurará un delito de robo calificado, sino que se deberá sancionar, a la persona responsable, por un concurso entre el delito de robo y el de lesiones imprudentes.[725]

Si bien el artículo 433 número 2 no exige que las lesiones simplemente graves se cometan con motivo u ocasión de robo, esta exigencia debe entenderse implícita.[726]

Considerando la regulación del robo calificado, es posible concluir que el delito de robo simple tiene la aptitud suficiente para absorber las lesiones menos graves y leves que se cometan con motivo o con ocasión de su ejecución, caso en el cual no se configurará ni un robo calificado ni un concurso de delitos, sino que corresponderá apreciar un concurso

722 Matus y Ramírez (2021), p. 571.
723 Etcheberry (1998b), p. 344.
724 Oliver (2022), p. 317.
725 Etcheberry (1998b), p. 345; Garrido (2008), p. 218.
726 Oliver (2022), p. 319.

aparente entre el robo simple y las lesiones menos graves o leves, el cual se resolverá en favor del delito de robo.

Una vez más, la víctima de las lesiones y la del robo pueden ser personas distintas.[727]

Robo con retención de personas

Constituye robo calificado aquel que se comete con retención de personas bajo rescate o por un lapso mayor al que resultare necesario para la comisión del delito.

Acá también se debe entender implícita la exigencia de que la retención se realice con motivo u ocasión del robo.[728]

La retención de una persona implica la privación de su libertad ambulatoria.[729]

El término «rescate» comprende cualquier beneficio de naturaleza pecuniaria, de modo tal que no es necesario que consista en una suma de dinero.[730] Así, por ejemplo, si los autores de un delito de robo con retención solicitan un vehículo para escapar del lugar de comisión del delito, se configurará esta figura calificada.

No es necesario que la persona a quien se solicite el rescate sea una tercera persona, pues puede ser la misma víctima.[731]

La calificación del robo por estar la víctima retenida por un «lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito» responde a la idea de que el delito de robo con violencia o intimidación supone siempre una privación de libertad, por mínima que esta sea. Si dicha retención no supera el tiempo necesario para cometer el delito de robo, se estará solamente ante un delito de robo simple. Solamente si la retención excede de ese tiempo necesario, lo que debe analizarse en el caso concreto, se configurará esta forma de robo calificado.[732]

El número de personas retenidas, a diferencia de lo que ocurre en las hipótesis anteriores de robo calificado, no es relevante para determinar el número de delitos cometidos: siempre existirá un delito

727 Ídem.
728 Oliver (2022), p. 321.
729 Matus y Ramírez (2021), p. 572; Oliver (2022), p. 320.
730 Garrido (2008), p. 217; Oliver (2022), p. 320.
731 Oliver (2022), p. 320.
732 Oliver (2022), p. 321.

de robo calificado del artículo 433 número 3, aunque existan varias personas retenidas.[733]

No es necesario que la voluntad de privar de libertad por un lapso mayor al necesario para la comisión del delito o de hacerlo bajo rescate esté presente desde el inicio de la ejecución del delito, ya que puede surgir con posterioridad.[734]

Robo por sorpresa

En esta sección se abordarán las figuras de robo por sorpresa de los incisos segundo y tercero del artículo 436.

Robo por sorpresa del inciso segundo del artículo 436

El inciso segundo del artículo 436 dispone: «Se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, la apropiación de dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo, cuando se proceda por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión».

Esta hipótesis de robo por sorpresa exige que el agente se apropie de un determinado objeto material y que dicha apropiación tenga lugar a través de específicas modalidades de comisión.[735]

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 436, el autor de este delito debe sustraer «dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo». Existen varias formas en que una persona puede llevar consigo una cosa: puede tenerla puesta, como un collar o un sombrero; puede tenerla guardada en sus vestimentas, como una billetera; puede llevarla colgada en alguna parte de su cuerpo, como una cartera, o puede estar transportándola en sus manos, como un teléfono.[736] No es imprescindible, sin embargo, que la persona esté en contacto con la cosa, pues se comprenden también aquellas cosas que se encuentran a su disposición, en condiciones de que en cualquier momento las vuelva a tomar, como sería el caso en que una persona, mientras abrocha sus zapatos, deja su

733 Ídem.
734 Ídem.
735 Garrido (2008), p. 219.
736 Oliver (2022), p. 328.

maletín en el suelo junto a ella.[737] Lo relevante es que la víctima haya estado transportando el objeto del que el autor se apropia.

Además de exigir un determinado objeto material, la conducta de apropiación de la cosa ajena, para que quede subsumida en el delito de robo por sorpresa, debe llevarse a cabo a través de alguna de las tres modalidades previstas en el inciso segundo del artículo 436: por sorpresa, aparentando riña en lugares de concurrencia, o haciendo otras maniobras destinadas a causar agolpamiento o confusión.

Por sorpresa

Consiste en obrar sobre la víctima cuando está desprevenida, de manera que no logre reaccionar con la rapidez que la situación amerita. Así ocurre, por ejemplo, cuando el autor le arrebata, a un hombre que distraídamente leía un aviso publicitario en la calle, su celular de las manos y se da a la fuga.[738]

No es necesario que el autor haya creado la posición de desaprensión de la víctima, sino que basta con que esta haya sido aprovechada para cometer el delito.[739]

Si bien esta modalidad de comisión requiere el ejercicio de cierta fuerza física, esta no llega a constituir violencia en los términos del delito de robo del inciso primero del artículo 436.[740] Lo anterior por cuanto la fuerza no se ejerce sobre el cuerpo de la víctima, como ocurre cuando una persona golpea a la víctima en la cara para robarle su celular, sino que la energía física se ejerce sobre el objeto cuya apropiación se pretende. Así ocurre, por ejemplo, cuando una persona, a fin de robar un collar de perlas que la víctima porta en su cuello, lo toma y lo arrebata bruscamente, causando incluso lesiones de carácter leve. En este caso, se estará ante un delito de robo por sorpresa, y no de robo con violencia.[741] Sin embargo, cuando al intento de apropiación «siguen actos que denotan un adicional peligro para la vida, integridad y seguridad personal de la víctima, como cuando tras su fracaso se exige bajo amenaza la entrega o manifestación de una cosa a la víctima que ya no está sorprendida o,

737 Garrido (2008), p. 220.
738 Ídem.
739 Oliver (2022), p. 329.
740 Garrido (2008), p. 223.
741 Matus y Ramírez (2021), p. 574.

siendo exitoso en un primer momento, se impide con violencia o amenazas la posterior resistencia a que se quiten, el hecho se transforma en robo violento».[742]

Aparentando riñas en lugares de concurrencia

La segunda modalidad del robo por sorpresa es apropiarse de cosas muebles que la víctima porta consigo «aparentando riñas en lugares de concurrencia».

En esta hipótesis, el autor del delito simula una riña en un lugar donde es posible que otras personas la observen o le presten atención, circunstancia que otro delincuente, concertado con el primero, aprovecha para sustraer clandestinamente cosas que el público lleva consigo. Por consiguiente, esta modalidad supone la participación de varias personas.[743]

Por riña se entiende una pelea en que intervienen dos o más personas, la cual, en este caso, debe ser simulada. Si el autor se limita a sustraer especies de las personas que observan una riña real, no comete un delito de robo, sino uno de hurto.[744]

Haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión

Esta tercera constituye una cláusula general, que permite comprender la anterior y otras hipótesis similares.

Aquí también el debilitamiento de la defensa de la víctima se produce debido a una situación de confusión. Debe ser la propia persona responsable quien realice la maniobra distractora, por lo que, si solamente se aprovecha de una situación de confusión preexistente para sustraer cosas ajenas a personas que se encuentren presentes, no cometerá un delito de robo por sorpresa, sino uno de hurto.[745]

Al igual que en la modalidad anterior, no es necesario que el ofendido se percate de la apropiación, la cual puede ser clandestina.[746]

742 Ídem.
743 Garrido (2008), p. 221.
744 Garrido (2008), p. 221; Oliver (2022), p. 329.
745 Oliver (2022), p. 330; Garrido (2008), p. 222.
746 Oliver (2022), p. 330; Garrido (2008), p. 222.

Robo por sorpresa del inciso tercero del artículo 436

Finalmente, el inciso tercero del mismo artículo dispone: «También será considerado robo, y se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo, la apropiación de vehículos motorizados, siempre que se valga de la sorpresa, de la distracción de la víctima o se genere por parte del autor cualquier maniobra distractora cuyo objeto sea que la víctima abandone el vehículo para facilitar su apropiación, en ambos casos, en el momento en que esta se apreste a ingresar o hacer abandono de un lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, o su lugar de trabajo, salvo en aquellos casos en que medie violencia o intimidación, en los que se aplicará lo dispuesto en el inciso primero».

Hasta antes de la incorporación de este nuevo inciso tercero por la Ley 21.170, estos casos se sancionaban a título de hurto, pues no era posible aplicar los delitos de robo con violencia o intimidación, robo por sorpresa ni robo con fuerza en las cosas: al apropiarse el autor del vehículo motorizado de la víctima por medio de sorpresa u otras maniobras distractoras que consiguieran que ella abandonara su vehículo, no se ejercía violencia ni intimidación, ni tampoco fuerza en las cosas. Si bien el autor había conseguido la apropiación por medio de sorpresa o empleando maniobras distractoras, difícilmente podía afirmarse que el vehículo motorizado podía calificar como «dinero u otras especies que los ofendidos lleven consigo».

Un ejemplo de este delito es el siguiente: al momento en que la víctima llega a su domicilio en su vehículo motorizado, se percata de que una persona yace en el suelo herida y grita por ayuda. La víctima rápidamente se baja de su vehículo y procede a asistir a la persona herida, dejando la puerta del vehículo abierta, sin darse cuenta. En ese momento, otra persona, previamente concertada con aquella que estaba en el suelo, se sube al vehículo y escapa con este del lugar. En el mismo instante, la persona que estaba en el suelo supuestamente herida se levanta y escapa del lugar corriendo, pues su herida no era tal, sino que había sido todo un plan para conseguir que la víctima abandonara su vehículo.

Extorsión

La Ley 21.555 reemplazó el texto del artículo 438 por el siguiente, actualmente vigente: «El que para obtener un provecho patrimonial para sí o

para un tercero constriña a otro con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, o a ejecutar, omitir o tolerar cualquier otra acción que importe una disposición patrimonial en perjuicio suyo o de un tercero, será castigado con las penas respectivamente señaladas en este párrafo para el culpable de robo».

Con anterioridad a la Ley 21.555, el artículo 438 sancionaba únicamente a quien «para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero».

Como se puede apreciar, la Ley 21.555 mantuvo la hipótesis de suscripción, otorgamiento o entrega de instrumentos que importen una obligación estimable en dinero, pero incorporó, además, la modalidad de «ejecutar, omitir o tolerar cualquier otra acción que importe una disposición patrimonial en perjuicio suyo o de un tercero». La incorporación de esta nueva hipótesis delictiva amplió el campo de aplicación del delito de extorsión, el cual, hasta antes de la modificación legal, era sumamente restringido.

Se ha señalado que la extorsión sería una figura intermedia entre las amenazas condicionales, el robo con violencia o intimidación y la estafa. Como señala Pérez Manzano: «La extorsión tiene en común con los delitos de apoderamiento el elemento subjetivo ánimo de lucro y el uso de la violencia o intimidación, mientras que a la estafa le une la necesidad de que el sujeto pasivo de la acción realice u omita un acto o negocio jurídico con efectos patrimoniales. Pero también está muy vinculada esta figura a las amenazas condicionales en la medida en que el objetivo económico se intenta conseguir a través de un acto de coacción de la voluntad del sujeto pasivo».[747]

El artículo 438 exige que el sujeto activo emplee violencia o intimidación para conseguir su propósito delictivo. Dado que el artículo 438 se encuentra en el mismo párrafo que el artículo 439, cabe subrayar que la definición legal de violencia o intimidación contenida en esta última norma también resulta aplicable al delito de extorsión.

Además del empleo de violencia o intimidación, el delito de extorsión requiere que el agente obre con el propósito de «obtener un provecho patrimonial».

747 Pérez (1998), p. 421. En el mismo sentido, Robles y Pastor (2021), pp. 287 y 288.

«Suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero»

En esta hipótesis, la persona responsable obliga a la víctima, mediante violencia o intimidación, a suscribir, otorgar o entregar un documento.

Suscribir un instrumento significa firmarlo, mientras que otorgarlo implica redactarlo o extenderlo.[748]

El objeto material de la conducta debe ser un «instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero», como un cheque, un pagaré, una letra de cambio, un contrato, etc.[749] Por consiguiente, la entrega de un documento que no importe una obligación estimable en dinero, como una carta personal o un autógrafo, no constituirán extorsión.[750]

«Ejecutar, omitir o tolerar cualquier otra acción que importe una disposición patrimonial en perjuicio suyo o de un tercero»

La segunda parte del artículo 438 fue incorporada por la Ley 21.555, un cuerpo normativo que se enmarca en una serie de modificaciones legales cuya finalidad ha sido intensificar los mecanismos de represión en contra de la criminalidad organizada.

En cuanto a la conducta prohibida, esta consiste en obligar a la víctima, mediante violencia o intimidación, a ejecutar, omitir o tolerar cualquier acción que importe una disposición patrimonial en perjuicio de sí misma o de una tercera persona.

¿Cuál es la diferencia entre esta segunda modalidad de extorsión y el delito de robo con violencia o intimidación? Como se señaló, el delito de extorsión comparte algunas características con el delito de robo con violencia o intimidación, lo cual hace que la diferencia entre ambas figuras sea muchas veces difícil de apreciar. Lo anterior por cuanto también en el delito de robo con violencia o intimidación el autor puede obligar a la víctima, mediante violencia o intimidación, a realizar una disposición patrimonial: imagínese el caso en que una persona amenaza a otra con matarla a menos que esta le entregue su costoso teléfono. Allí el autor le

748 Oliver (2022), p. 324.
749 Ídem.
750 Garrido (2008), p. 226.

ha exigido a la víctima, mediante intimidación, realizar una disposición patrimonial, consistente en entregar una valiosa cosa mueble.

En primer lugar, cabe indicar que el objeto material en esta hipótesis de extorsión es más amplio que el del robo. Anteriormente se indicó que el objeto material del delito de robo es el mismo que en el caso del hurto: una cosa corporal, mueble, ajena, con un valor económico. En esta nueva hipótesis de extorsión, el autor debe obligar a la víctima a realizar cualquier disposición patrimonial, concepto amplio, que comprende todo tipo de cosas, corporales e incorporales, siempre que ellas tengan un contenido patrimonial.[751]

En segundo lugar, esta nueva modalidad de extorsión, a diferencia del delito de robo, no exige que el mal con que se conmina a la víctima a obedecer los designios del autor sea «inmediato». Como se señaló, la doctrina mayoritaria requiere, en relación con las amenazas como modalidad de intimidación en el delito de robo, que se trate de una amenaza seria y real de ocasionar a la víctima un mal inmediato en su integridad física. El delito de extorsión prescinde de este requisito de inmediatez, comprendiendo ahora casos, por ejemplo, en que una persona amenaza a otra con matarla si ella no paga una determinada suma de dinero dentro de 48 horas. Hasta antes de la Ley 21.555, conforme a la opinión mayoritaria, dicho caso no podía constituir robo con intimidación, ya que el mal con que se había amenazado a la víctima no era inmediato, debiéndose sancionar al autor en dicho caso por un delito de amenazas condicionales del artículo 296. Con la incorporación de esta nueva modalidad de extorsión, es posible ahora sancionar a esta persona por un delito del artículo 438, norma que tiene asignada una pena mayor a la del delito de amenazas.

Disposiciones comunes a los delitos de hurto y robo (artículos 449, 450 y 453)

Los artículos 449 y siguientes del Código Penal prevén una serie de disposiciones comunes a los delitos de hurto y robo. A continuación, se analizarán las tres principales normas: la regla sobre relaciones concursales del artículo 453; la regla especial sobre punibilidad del *iter criminis* del artículo 450; y el sistema especial de determinación de pena del artículo 449.

751 Pérez (1998), p. 422; Gallego (2019), p. 549; Jordá (2021), p. 49.

Regla sobre relaciones concursales

El artículo 453 dispone: «Cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias a que se señala pena diversa según los párrafos precedentes, se aplicará la de las circunstancias que en aquel caso particular la merezcan más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado».

La norma legal transcrita regula la situación en que un mismo hecho configura distintos delitos de hurto y robo. Tal es el caso, por ejemplo, de una persona que ingresa a un lugar habitado mediante escalamiento y, una vez dentro, procede a golpear varias veces a la persona que allí vive, causándole lesiones simplemente graves del artículo 397 número 2, a fin de apropiarse de una valiosa joya. En este ejemplo, como se puede ver, se cumplen los elementos de un delito de hurto, robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, robo con violencia y robo calificado.

El artículo 453 ordena aplicar la pena que corresponda a la calificación más grave y el tribunal tiene la potestad de aumentarla en un grado. En el ejemplo planteado, el tribunal debería condenar a la persona responsable por un delito de robo calificado del artículo 433 número 3 y luego decidir si aumentar dicha pena o no en un grado, atendidas las circunstancias del caso.

Regla especial sobre punibilidad del *iter criminis*

Conforme al inciso primero del artículo 450, los delitos «a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa».

La misma regla se aplicará, de acuerdo con el inciso segundo del mismo artículo, a «los delitos sancionados en los Párrafos 3, 4, 4 bis y 4 ter de este Título cuando se cometieren con las circunstancias señaladas en el inciso primero de los artículos 449 ter o 449 quáter».

Los delitos mencionados en el inciso primero del artículo 450 son robo con violencia o intimidación en las personas, ya sea simple o calificado, robo por sorpresa, piratería, extorsión, y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias.

Es importante destacar que esta es únicamente una regla de penalidad, cuyo efecto es solamente equiparar la penalidad del delito tentado al con-

sumado.[752] Por consiguiente, las etapas anteriores a la consumación no han sido eliminadas, como a veces ha planteado una parte de la doctrina.[753]

Entender el artículo 450 únicamente como una regla penológica tiene importantes consecuencias prácticas y la principal de ellas es la posibilidad de reconocer un desistimiento en favor del autor. En efecto, cuando una persona dé principio a la ejecución de un delito de robo, le corresponderá desde ya la pena que la ley prevé para el delito consumado, en virtud del artículo 450. Sin embargo, si dicha persona desistiere voluntariamente de la ejecución del delito, no corresponderá imponer pena alguna, salvo en los casos de tentativa calificada. Si se entendiera que el artículo 450 ha eliminado las etapas previas a la consumación en los delitos que allí se indican, no sería posible reconocer la institución del desistimiento.

Esta es, por lo demás, la postura de la Corte Suprema, expuesta en sentencia rol 7476-2013. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo: «Que en cuanto a la causal deducida como principal, la norma que se discute, el artículo 450 inciso 1º del Código Penal, no previene conductas, y su función solo se relaciona con la aplicación de la pena, lo que se dispone en relación con la puesta en peligro del bien jurídico protegido. En consecuencia, no se vulnera con ella el principio de la tipicidad. Por esa misma razón, tampoco constituye una presunción de culpabilidad, porque aquella tiene aplicación solo una vez que ha sido establecido tanto el hecho como la participación de un sujeto a través de los medios de prueba respectivos, afectando solo la entidad de la sanción a imponerse. Asimismo, no es posible aceptar que se vulnere el principio de igualdad –cuyo argumento tampoco aparece suficientemente desarrollado en el libelo en análisis–, porque si bien el legislador ha equiparado la puesta en peligro en los casos de delitos como el de autos, sean consumados, frustrados o tentados, lo cierto es que subsiste la ponderación de las circunstancias individuales de cada caso al tiempo de resolver la pena que se debe imponer, por encontrarse previsto un marco de mayor extensión para su determinación particular, de modo que el motivo de nulidad invocado no se ha producido».[754]

752 Van Weezel (2001), p. 194; Matus y Ramírez (2021), p. 595.

753 A modo de ejemplo, ver Garrido (2008), p. 265.

754 Corte Suprema de Chile, rol 7476-2013, considerando quinto. En el mismo sentido, sentencia rol 17714-2016, considerando décimo octavo.

Sistema especial de determinación de pena

El artículo 449 dispone:

> Para determinar la pena de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 ter, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:
>
> 1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.
>
> 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado.

El número 1 del artículo 449 establece un régimen especial de determinación judicial de la pena para los delitos de hurto y robo, con excepción de aquellos delitos que expresamente se indican. De acuerdo con este régimen especial, el tribunal no aplicará lo dispuesto en los artículos 65 a 69 del Código Penal, sino que determinará la pena a aplicar dentro del grado o grados señalados por la ley, fijando su cuantía exacta en atención al número y entidad de circunstancias modificatorias de responsabilidad penal que concurran, y a la menor o mayor extensión del mal causado.

Sin perjuicio de lo anterior, en el número 2 del artículo 449 se ha establecido una regla excepcional, que dispone que, en caso de que concurra la circunstancia agravante de reincidencia propia, el tribunal no podrá imponer el mínimum o el grado mínimo de la pena asignada por la ley al delito, dependiendo de si esta consta de uno o dos grados. En estos casos, el tribunal debe aplicar primero a la regla del número 2, y luego determinar la pena conforme a lo dispuesto en el número 1.[755]

La aplicación del artículo 449 ha planteado diversas cuestiones problemáticas. La primera de ellas se relaciona con la posibilidad de que

755 Besio (2023), p. 190.

la agravante de reincidencia pueda ser compensada racionalmente con alguna circunstancia atenuante de responsabilidad penal.

La respuesta a esta interrogante es negativa,[756] en virtud de las siguientes razones: en primer lugar, la agravante de reincidencia, para los efectos del artículo 449, constituye una agravante de efectos extraordinarios, toda vez que sus consecuencias penológicas se han visto intensificadas por la misma norma citada.[757] Luego, la doctrina está de acuerdo con que únicamente se pueden compensar racionalmente entre sí circunstancias de efectos ordinarios, mas no aquellas de efectos extraordinarios. Estas no se podrían compensar ni siquiera con circunstancias de la misma naturaleza.[758] Por último, existe un argumento de texto que impediría compensar racionalmente la agravante de reincidencia: la técnica de compensación racional se encuentra precisamente en aquellas normas que, por mandato expreso del artículo 449, el tribunal no puede aplicar, es decir, en los artículos 65 a 68. Por consiguiente, al aplicar el artículo 449, no existiría base legal para compensar racionalmente las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.[759]

Una segunda discusión que ha suscitado la aplicación del artículo 449 es su relación con el grado de ejecución del delito y la calidad en que se interviene en él. Se ha sostenido que las reglas previstas en el artículo 449 solamente serían aplicables si se interviene como autor y el delito alcanza la consumación. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol 2400-2017, sostuvo que el artículo 449 «solo resulta aplicable a los autores de delito consumado».[760]

Correctamente, la doctrina ha rechazado esta postura, señalando que no existe ninguna razón, ni histórica ni sistemática, para limitar la aplicación de las reglas previstas en el artículo 449 a los autores de delito consumado.[761] En palabras de Oliver: «En consecuencia, para saber si son aplicables las reglas del art. 449, no es importante distinguir la forma de intervención en el hecho ni la etapa de desarrollo alcanzado. Se aplican a autores, cómplices y encubridores de delitos consumados,

756 Escobar (2018), pp. 382 y ss.; Besio (2023), pp. 196 y ss.; Oliver (2021), pp. 143 y ss.
757 Escobar (2018), p. 384.
758 Van Weezel (1997), p. 499; Etcheberry (1998a), pp. 189 y 190.
759 Escobar (2018), p. 385.
760 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2400-2017, considerando séptimo.
761 Oliver (2021), p. 141.

frustrados y tentados. Lo único relevante es que se trate de alguno de los delitos mencionados en su encabezado».[762]

La jurisprudencia mayoritaria también ha rechazado que el artículo 449 solamente se aplique a los autores de delito consumado. Así, por ejemplo, en sentencia rol 1946-2019, la Corte de Apelaciones de Valparaíso sostuvo: «Que la interpretación efectuada por la defensa, carece de sustento legal, puesto que la norma precedentemente transcrita, que establece un marco penal rígido para los delitos contra la propiedad que la misma norma indica, no hace distinción alguna entre delitos consumados o cometidos en grado de desarrollo imperfecto, ni suprime, ni modifica de manera alguna el artículo 450 del mismo cuerpo legal, que establece que los delitos a que se refiere al Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. Se trata en consecuencia, de una norma especial de determinación de las penas, que no dice relación con el grado de desarrollo del delito, puesto que tal situación encuentra solución en el artículo 450 del mismo código».[763]

La misma postura han adoptado la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia rol 158-2017,[764] y la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en sentencia rol 375-2016.[765]

Receptación

A continuación, se analizará la figura base de receptación y sus tres figuras agravadas.

Figura base de receptación

El delito de receptación se encuentra previsto en el artículo 456 bis A, cuyo inciso primero dispone: «El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato o sustracción de madera, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1°, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier for-

762 Oliver (2021), p. 142.
763 Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1946-2019, considerando cuarto. En el mismo sentido, sentencia rol 2269-2019, considerando quinto.
764 Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 158-2017.
765 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 376-2016, considerando sexto.

ma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de cinco a cien unidades tributarias mensuales».

La conducta prohibida consiste en tener, transportar, comprar, vender, transformar o comercializar en cualquier forma alguna cosa mueble cuyo origen tenga lugar en la comisión de alguno de los delitos indicados en el mismo artículo 456 bis A.[766] La conducta sancionada debe vincularse directamente con la cosa mueble que haya sido objeto de alguno de los delitos mencionados, y no con el producto de su venta o comercialización.[767]

A fin de condenar a alguna persona por el delito de receptación, se debe acreditar que ella haya efectivamente tenido, transportado, comprado, vendido, transformado o comercializado alguna cosa mueble de origen ilícito. En sentencia RIT 3-2020, el 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago absolvió a una persona imputada por un delito de receptación con base en que no se había acreditado la tenencia material, por parte de la imputada, de la cosa robada. En este caso, la policía había arrestado a la imputada al interior de una «casa okupa», toda vez que allí había tres vehículos robados. Durante el juicio se acreditó que el inmueble era « una casa okupa, que corresponde a un movimiento social que usurpa terrenos desocupados y viviendas vacías temporal o permanentemente, con el fin de utilizarlos como vivienda y lugares de reunión social, políticos, etc., lo que fue ratificado por el testigo de la defensa […] quien trabajaba frente al domicilio en cuestión, quien señaló que había permanente movimiento de personas y vehículos, especialmente en la noche. Por su parte, el sargento […] al percatarse cómo se encontraba el *living* del inmueble, con colchones apilados, botellas de alcohol, papelillos sin droga, pudo deducir que era un lugar en que se juntaba la gente».[768] En consecuencia, el tribunal estimó que no se había acreditado que la imputada detentara la posesión material de los vehículos, al tratarse de un lugar donde diversas personas pernoctaban y vivían, entrando y saliendo libremente.[769]

766 Oliver (2022), pp. 349-350; Garrido (2008), p. 278.
767 Garrido (2008), p. 279; Oliver (2022), p. 350.
768 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2020, considerando quinto.
769 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2020, considerando séptimo.

El sujeto activo, el autor de este delito, puede ser cualquier persona, menos la misma persona que haya sido autora del delito base de hurto, robo, abigeato, sustracción de madera, receptación o apropiación indebida, ya que a su respecto se tratará de un acto de agotamiento o autoencubrimiento impune.[770] Así, por ejemplo, en sentencia rol 1229-2016, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo: «Resulta evidente, de la descripción de la figura efectuada por el legislador, que el autor de la receptación debe ser necesariamente un sujeto activo distinto del autor del hurto, robo, abigeato, receptación o apropiación indebida, pues si fuera el mismo indudablemente habría de ser condenado a ese título, pues su conducta se adecuaría de manera más perfecta a alguna de estas infracciones. En el caso de la especie, si bien imperfectamente –como toda la descripción del hecho–, se adjudica al requerido la sustracción de las especies y es por ello que no puede atribuírsele también ser receptador de las mismas. Una y otra calidad resultan legalmente incompatibles tratándose obviamente de la misma cosa».[771]

El objeto material del delito de receptación ha sufrido diversas alteraciones para aumentar el ámbito de aplicación de la norma, que no solo alcanza a los objetos robados o hurtados o producto de un abigeato, sino también a los objetos de apropiación indebida y receptación y a los objetos en que tales cosas se han transformado. Esta extensión de los objetos parece permitir ahora la llamada receptación en cadena, esto es, la receptación de objetos de receptación (típicamente, la venta minorista de objetos robados que un receptador «mayorista» ha recibido previamente), e incluso la receptación sustitutiva, como en el caso de la apropiación indebida cuando recae sobre dinero, y en los restantes casos, cuando las cosas se han transformado en partes o piezas de otras (como suele suceder al desguazarse vehículos sustraídos). Es discutible, sin embargo, que dicha transformación se refiera al dinero que se obtiene de la venta de las cosas objeto del delito.[772]

En cuanto a la faz subjetiva del tipo penal, el artículo 456 bis A requiere que el autor del delito ejecute la conducta prohibida conociendo el origen de las cosas muebles o no pudiendo menos que conocerlo. La doctrina distingue entre el conocimiento exigido con relación a la con-

770 Matus y Ramírez (2021), p. 585.
771 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1229-2016, considerando cuarto.
772 Matus y Ramírez (2021), pp. 585 y 586.

ducta misma y el conocimiento exigible sobre el origen ilícito de la cosa mueble. Respecto de lo primero, debido a que varias de las modalidades de comportamiento se vinculan con la idea de lucro, generalmente se sostiene que respecto de la conducta misma se requiere dolo directo.[773] Con relación al conocimiento sobre el origen ilícito de la cosa en cuestión, dado que el artículo 456 bis A ha empleado la expresión «conociendo o no pudiendo menos que conocer su origen», basta con que la persona responsable haya obrado con dolo eventual.[774] Por consiguiente, si el agente ni siquiera se ha representado dicho origen ilícito porque, por ejemplo, ha comprado las cosas a un precio de mercado en un local formal, entonces no habrá delito.[775] Cabe señalar, en todo caso, que el objeto de conocimiento no es el específico delito del cual provienen las cosas objeto de la receptación, sino que, por el contrario, el objeto de conocimiento es el origen ilícito de las cosas.[776]

Figuras agravadas de receptación

En este apartado se estudiarán la receptación de vehículos motorizados, la regla especial sobre reincidencia y la regla especial respecto del valor elevado de las cosas receptadas.

Receptación de vehículos motorizados

El inciso tercero del artículo 456 bis A dispone: «Cuando el objeto de la receptación sean vehículos motorizados o cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo y multa equivalente al valor de la tasación fiscal del vehículo o la pena de presidio menor en su grado máximo, y multa de cinco a veinte unidades tributarias mensuales, respectivamente. La sentencia condenatoria por delitos de este inciso dispondrá el comiso de los instrumentos, herramientas o medios empleados para cometerlos o para transformar

773 Oliver (2022), p. 350; Matus y Ramírez (2021), p. 587.
774 Matus y Ramírez (2021), p. 587; Oliver (2022), p. 351; 2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 322 -2021, considerando duodécimo.
775 Matus y Ramírez (2021), p. 587.
776 Matus y Ramírez (2021), p. 587; Oliver (2022), p. 351; 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 309-2023, considerando décimo tercero.

o transportar los elementos sustraídos. Si dichos elementos son almacenados, ocultados o transformados en algún establecimiento de comercio con conocimiento del dueño o administrador, se podrá decretar, además, la clausura definitiva de dicho establecimiento, oficiándose a la autoridad competente».

Por su parte, el inciso cuarto del artículo 456 bis A dispone: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, se aplicará el máximum de la pena privativa de libertad allí señalada y multa equivalente al doble de la tasación fiscal, al autor de receptación de vehículos motorizados que conociere o no pudiere menos que conocer que en la apropiación de este se ejerció sobre su legítimo tenedor alguna de las conductas descritas en el artículo 439. Lo dispuesto en este inciso no será aplicable a quien, por el mismo hecho, le correspondiere participación responsable por cualquiera de las hipótesis del delito de robo previstas en el artículo 433 y en el inciso primero del artículo 436».

Regla especial sobre reincidencia

De acuerdo con el inciso quinto del artículo 456 bis A, en caso de que el autor del delito de receptación sea reincidente, se impondrá el grado máximo de la pena establecida en el inciso primero. En los casos de reiteración o reincidencia en la receptación de los objetos señalados en el inciso tercero, la pena allí indicada se aumentará en un grado.

Regla especial respecto del elevado valor de las cosas

Finalmente, el inciso séptimo del artículo 456 bis A dispone que, si el valor de lo receptado excediere de 400 UTM, se impondrá el grado máximo de la pena o el máximun de la pena que corresponda en cada caso.

Capítulo 5

Delitos de estafa y otras defraudaciones

Introducción

Los delitos que serán analizados están tipificados en el Párrafo 8 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, denominado «Estafas y otros engaños». Allí se ubican diversos comportamientos delictivos que afectan al patrimonio, entre los que se destacan la estafa, la apropiación indebida y la administración desleal.

Si bien existe acuerdo en que los delitos mencionados en el párrafo anterior afectan el patrimonio, no existe acuerdo respecto de qué debe entenderse por patrimonio.[777] A este respecto, existen tres principales conceptos de patrimonio: concepto jurídico, concepto económico y concepto mixto de patrimonio.

El concepto jurídico de patrimonio entiende que este corresponde a la suma de los derechos y obligaciones de orden patrimonial de los cuales una persona es titular,[778] derechos y obligaciones que son determinados por las regulaciones extrapenales. Consecuentemente, el concepto de perjuicio deriva de la aplicación de la teoría del incumplimiento de las obligaciones. Al concebir el patrimonio como un conjunto de derechos determinados y no como una universalidad, el concepto jurídico de patrimonio excluye la posibilidad de compensar la pérdida de una porción patrimonial determinada por el ingreso de otro elemento patrimonial de igual o mayor valor, puesto que, en dicho caso, el patrimonio en su concreta constitución se habrá visto de todas formas afectado.[779]

El concepto jurídico de patrimonio ha sido criticado, y con razón, tanto por su estrechez como por su amplitud, pues, de un lado, excluye de la tutela punitiva a intereses de significación patrimonial que no tienen el estatus de derechos subjetivos, como la posesión o las expectati-

777 Mayer (2022), p. 392.
778 Hernández (2003), p. 171.
779 Schlack (2008), pp. 263-265; Hernández (2003), p. 171.

vas, y, por otro lado, comprende cosas sobre las que existe un derecho subjetivo, pero carecen de valor económico,[780] como el caso en que una persona recibe un vehículo de color azul, en circunstancias en que tenía derecho, según el contrato de compraventa, a recibir uno de color rojo. En dicha situación, dado que una persona no ha recibido lo que en derecho le correspondía, de acuerdo con la concepción jurídica de patrimonio, se debiera apreciar la existencia de un perjuicio patrimonial.[781]

El concepto económico de patrimonio, por su parte, concibe el patrimonio como una universalidad de valor económico, conformada por el conjunto de bienes, derechos u otros valores económicos respecto de los cuales una persona tiene un poder fáctico de disposición.[782] A diferencia de la tesis jurídica, el concepto económico de patrimonio sí comprende intereses con significación patrimonial que no constituyen derechos subjetivos, como la reputación o la fuerza de trabajo, e incluso negocios ilícitos.[783]

Este concepto de patrimonio, a diferencia del anterior, sí acepta el principio de compensación, ya que, al concebir el patrimonio como una universalidad, lo importante es su valor contable global después de la operación de que se trate, de modo tal que, si esta universalidad mantiene o aumenta su valor, no existirá perjuicio, con prescindencia de que la persona no haya recibido lo que en derecho le correspondía.[784] En otras palabras, lo relevante es si el valor económico del patrimonio se redujo o no. Así, por ejemplo, si una persona ha pagado 100 a cambio de un vehículo de color rojo, pero, en lugar de ello, recibe una joya que vale 105, no existirá perjuicio patrimonial, pues el valor del patrimonio, después de la operación, no ha disminuido.

En la determinación de la variación de valor del patrimonio se sigue un criterio fáctico-económico, y no jurídico, contexto en el cual pueden cumplir un rol orientador decisivo las prácticas de la contabilidad. Conforme a este criterio fáctico-económico, existirá un perjuicio cuando una tercera persona haya constituido un poder de disposición efectivo sobre alguna porción patrimonial que, por consiguiente, ya no dependa de la voluntad de la víctima. Como consecuencia de lo anterior, no obsta

780 Mayer (2022), p. 393; Hernández (2003), pp. 172 y 173.
781 Hernández (2003), p. 173; Schlack (2008), pp. 263-265.
782 Mayer (2022), p. 393.
783 Mayer (2022), p. 393; Schlack (2008), p. 271.
784 Hernández (2003), p. 173.

a la existencia de un perjuicio económico el hecho de que el afectado tenga medios jurídicos para impugnar el poder de disposición constituido por el autor del delito. Por consiguiente, existirá ya un perjuicio patrimonial con la suscripción y entrega de un cheque, aunque este aún no se haya cobrado, por cuanto un patrimonio con un pasivo mayor objetivamente vale menos.[785]

El concepto económico de patrimonio también ha sido objeto de críticas, fundamentalmente porque puede conducir a graves contradicciones al interior del sistema jurídico, al brindar protección a situaciones que son reprobadas por el derecho, como sería el caso de una persona que, producto de un engaño, entrega una cantidad de droga a cambio de una caja llena de manzanas, o el ladrón que, producto de un engaño, entrega la cosa que ha hurtado el día anterior a otra persona.[786]

Debido a las críticas formuladas en contra de las concepciones jurídica y económica de patrimonio, han aparecido tesis mixtas, entre las cuales es posible advertir diversas variantes. Sin perjuicio de lo anterior, las tesis mixtas pueden resumirse en los siguientes términos: por una parte, «están quienes estiman que el patrimonio es el conjunto de entidades con valor económico respecto de las cuales se tiene un vínculo jurídicamente reconocido; por otra parte, están quienes consideran que el patrimonio es el conjunto de entidades con valor económico respecto de las cuales se tiene un vínculo que no está expresamente rechazado por el ordenamiento jurídico. Como podrá observarse, las versiones indicadas de la teoría mixta comparten que los bienes provenientes de actividades delictivas, como el tráfico de drogas, no integran el patrimonio y, por ende, no pueden recibir tutela punitiva».[787]

¿Qué concepto de patrimonio adopta el Código Penal chileno? Una parte de la doctrina ha planteado que el Código Penal nacional adoptaría un concepto económico de patrimonio, conclusión que encontraría fundamento en los artículos 469 número 5 y 470 número 7. La primera de estas normas sanciona a quienes «cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponda», mientras que la segunda castiga a quienes «en el juego se valieren de fraude para asegurar

785 Ídem.
786 Mayer (2022), pp. 393 y 394; Mayer (2018), p. 31; Hernández (2003), p. 174.
787 Mayer (2022), p. 394; Schlack (2008), pp. 278 y ss.

la suerte». Como se puede apreciar, estos artículos sancionan, a título de estafa, dos hipótesis en que el negocio en cuestión es ilícito y, por lo tanto, reprobado por el derecho, solución que sería incompatible con la adopción de un concepto jurídico o mixto de patrimonio.[788]

La adopción de un concepto económico de patrimonio tiene como consecuencia que la sola frustración de los fines de la víctima no puede constituir perjuicio patrimonial. En los casos de frustración de los fines de la víctima, esta recibe bienes que, si bien valen el precio pagado y este corresponde al de mercado, son inservibles para el objetivo para el cual la víctima los ha adquirido.

Un ejemplo de esta clase de situaciones es el siguiente: «una señora compra a un vendedor que va de casa en casa una enciclopedia escolar en varios tomos para sus hijos en edad escolar. La han convencido los folletos finamente editados que le entrega el vendedor, donde supuestamente se reproducen páginas de la obra. Al recibir el producto, sin embargo, advierte que la enciclopedia se encuentra en un idioma extranjero que ni la señora ni sus hijos dominan. Ahora bien, el precio pagado por la señora corresponde plenamente al valor normal de mercado de la enciclopedia, e incluso está por debajo del que habitualmente se cobra, de suerte que desde el punto de vista del concepto económico de patrimonio no habría perjuicio, aunque para la señora el producto es completamente inutilizable».[789]

El delito de aplicación pública diferente, previsto en el artículo 236, descartaría la posibilidad de que la sola frustración de los fines de la víctima constituya perjuicio patrimonial. El artículo 236 dispone: «El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento».

La conducta prohibida por el artículo 236 consiste en dar a los caudales o efectos públicos un uso distinto del que está previsto en las normas presupuestarias, instancia en que se expresan los fines que se desean alcanzar con los fondos públicos. La diferencia entre el delito de aplica-

788 Hernández (2003), p. 176.
789 Hernández (2003), p. 182.

ción pública diferente y los delitos de los artículos 233 y 235 consistiría en que, mientras en este último caso los caudales son destinados a fines privados, en el primer caso los fondos son destinados a fines públicos, pero distintos de aquellos previstos en la planificación presupuestaria.[790]

Pues bien, si la sola frustración de los fines de la víctima constituyera perjuicio patrimonial, la existencia del delito de aplicación pública diferente no tendría ningún sentido. En efecto, «siendo la ley de presupuestos y la normativa de ejecución presupuestaria la fijación y expresión inequívoca de los fines del Estado en materia económica, el incumplimiento consciente y arbitrario de la misma, con la consiguiente frustración de dichos fines[,] debería importar derechamente perjuicio patrimonial para el Estado, constitutivo de malversación o fraude. sin necesidad de un tipo penal especial. La existencia de dicho tipo penal especial solo se puede explicar como el reconocimiento de que para la ley chilena la simple frustración de los fines económicos del Estado no constituye perjuicio patrimonial para el mismo, razón por la cual se ha hecho necesario tipificar separadamente esos casos. Y en la medida en que esto se ha previsto exclusivamente para el ámbito del patrimonio estatal, no puede sino concluirse que se trata del castigo excepcional de una conducta en general atípica. Esto es, que en el ámbito de los patrimonios privados simplemente constituye una conducta jurídico-penalmente irrelevante».[791]

¿Qué sucede con las prestaciones unilaterales a título gratuito obtenidas mediante engaño? Uno de los casos que mayor discusión han originado en materia es el de las prestaciones unilaterales a título gratuito obtenidas mediante engaño. Dado que en estas situaciones no existe contraprestación alguna, debiese ser obligatorio apreciar la existencia de un perjuicio, ya que quien dona algo no recibe nada a cambio. Imagínese el caso de una persona que finge no tener dinero suficiente para comer y pide dinero a la salida de una iglesia.

A fin de evitar que toda disposición patrimonial en ese contexto signifique un perjuicio, la opinión mayoritaria postula que, en tales casos, existirá un perjuicio patrimonial solamente cuando, además de la disminución del valor económico del patrimonio, se hayan visto frustrados los

790 Hernández (2008), p. 210.
791 Hernández (2008), p. 210. La misma opinión adopta Mayer (2018), p. 28.

fines objetivos del correspondiente tipo de prestación.[792] Así, por ejemplo, dado que en las donaciones caritativas el fin es ayudar a alguien que lo necesita, si el fin perseguido por el donante era el de aparecer como una persona generosa, no existirá en este caso un perjuicio patrimonial, por cuanto el objetivo de la prestación no se ha visto frustrado.[793]

Estafa

La doctrina mayoritaria define el delito de estafa como un engaño que produce un error, a consecuencia del cual la víctima realiza una disposición patrimonial perjudicial.[794] Estos cuatro elementos, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, deben encontrarse vinculados por una relación causal.[795]

Así, en sentencia rol 2284-2005, la Corte Suprema sostuvo que «el delito de estafa es una apropiación por medios inmateriales que se fundamenta en un ardid, una ventaja realizada para provocar la distorsión de la realidad en la apreciación sensorial de la víctima. El despliegue escénico realizado por el sujeto activo está destinado a producir un error en el perjudicado, quien[,] movido por su equivocada apreciación de la realidad, orienta que se disponga de su patrimonio, situación que en definitiva le acarrearía un detrimento pecuniario. Así, son elementos del injusto en estudio el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio, debiendo existir entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca».[796]

La Ley 21.595 recogió la definición del delito de estafa que había elaborado la doctrina y la incorporó en el artículo 467, norma que actualmente dispone: «El que para obtener provecho patrimonial para sí o para un tercero mediante engaño provocare un error en otro, haciéndolo incurrir en una disposición patrimonial consistente en ejecutar, omitir o tolerar alguna acción en perjuicio suyo o de un tercero será sancionado […]».

A continuación, se analizarán separadamente los elementos del delito de estafa.

792 Mayer (2018), p. 28.
793 Hernández (2003), p. 186.
794 Hernández (2003), p. 150; Mayer (2022), p. 402.
795 Mayer (2018), p. 37.
796 Corte Suprema de Chile, rol 2284-2005, considerando décimo. En el mismo sentido, sentencia rol 1933-2007, considerando décimo tercero.

Engaño

El engaño constituye la conducta típica en el delito de estafa.[797] Engañar a otra persona significa comunicarle una idea que no se condice con la realidad, o inducirla a tener por cierto algo que no lo es.[798]

El engaño transforma a la estafa en un delito de comunicación. En efecto, la estafa, quizás como ningún otro delito, «se basa en la existencia de una interacción comunicativa en la que se produce un intercambio de información entre dos individuos: el agente y el disponente del patrimonio. Ello implica no solo la emisión de un mensaje comunicativo –cuestión por lo demás común a todo delito que deba ser cometido a través de un acto de habla–, sino también una reacción de parte del destinatario del mensaje, como consecuencia de su recepción e interpretación de la información proporcionada».[799]

¿Cuál debe ser el objeto de referencia del engaño? Dado que todo acto de habla se refiere a un hecho, esto es, a algo que sucede en el mundo exterior o interior del individuo, «plantear que el engaño típico debe referirse a un hecho no pasa de ser una trivialidad, puesto que todo acto de habla ha de tener 'algo' como objeto de referencia. Lo interesante es determinar, dentro de todos los posibles hechos a los que puede referirse una afirmación, aquellos que tienen relevancia en relación con el comportamiento típico».[800]

El engaño debe versar sobre hechos típicamente relevantes. Los hechos relevantes, por su parte, serán determinados por la específica relación negocial que se verifique entre el autor y la persona que realiza la disposición patrimonial. Por consiguiente, una misma circunstancia puede ser completamente irrelevante en un caso determinado, pero en otro puede adquirir notable importancia para el específico negocio.[801] Por ejemplo, la calidad de hija de una persona será relevante a propósito de una posesión efectiva, o al momento de negociar cosas pertenecientes a una masa hereditaria, pero puede ser irrelevante en el contexto de una compraventa cualquiera.

797 Etcheberry (1998b), p. 392.
798 Garrido (2008), p. 332; Corte de Apelaciones de Arica, rol 161-2020, considerando tercero.
799 Mayer (2014c), p. 1025.
800 Mayer (2014c), p. 1027.
801 Ídem.

Además de estar relacionado con hechos típicamente relevantes, el engaño debe referirse a hechos que sean susceptibles de un juicio de verdad o falsedad.[802] Por consiguiente, el engaño no podrá referirse a meros pronósticos («renueve su casa e instale protección adicional en contra de la lluvia, pues el próximo año lloverá en exceso») o meros juicios de valor u opiniones, como sostener que una pintura es la «mejor que se ha realizado hasta ahora», que a un caballo determinado «no le gana nadie», que probablemente un juez fallará en el sentido que sostiene el abogado, etc.

¿Debe el engaño cumplir con algún requisito de idoneidad? La postura tradicional en Chile sostiene que el engaño debe ser más que una simple mentira, requiriéndose una puesta en escena. En otras palabras, es necesario que se trate de una mentira a la que el autor dota de una apariencia externa de veracidad.[803] En particular, se argumenta que «no existe de un modo genérico una obligación de decir la verdad que ligue jurídicamente a los ciudadanos en todos sus actos y negocios. Aceptar la posibilidad de sancionar como fraude penal cualquiera mentira en que otro haya creído, equivaldría a extender desmesuradamente el campo del fraude penal (prácticamente no quedarían fraudes civiles), y a invitar a la negligencia de los contratantes, que no necesitarían preocuparse de verificar las condiciones de sus negocios, sabiendo que en caso de haber mentido la contraparte gozarían de la máxima protección legal: la pena. Ello estaría en pugna con las disposiciones de la propia ley civil y comercial, que para prestar su protección a un contratante le exigen un cierto grado de diligencia y cuidado para no dejarse inducir en error».[804]

En sentencia rol 1124-2001, la Corte Suprema sostuvo que «el engaño a que se refiere el tipo mencionado no implica únicamente la existencia de una mendacidad, sino que exige, además, la concurrencia de un ardid, esto es, de una maquinación destinada a revestir de verosimilitud a las falsedades que se afirman, de suerte que la víctima caiga en el error precisamente porque se le ha deformado la realidad y no, simplemente, por falta de acuciosidad y diligencia en la verificación relativa a la veracidad de lo que se le afirma. Este criterio, por lo demás, corresponde al

802 Etcheberry (1998b), p. 396; Matus y Ramírez (2021), pp. 627 y 628.
803 Etcheberry (1998b), pp. 392 y ss.; Garrido (2008), pp. 334 y ss.; Carrara (1959), p. 429; Künsemüller (2017), pp. 54 y 55.
804 Etcheberry (1998b), p. 394.

de la posición absolutamente dominante en la doctrina tanto nacional como comparada [...]».[805]

La postura tradicional ha sido criticada cada vez con mayor fuerza por un sector de la doctrina, el cual argumenta que la exigencia de una puesta en escena no estaría prevista en la ley. Por consiguiente, se sostiene que no corresponde descartar, en términos absolutos, que una simple mentira pueda constituir un engaño para efectos del delito de estafa. Lo relevante será analizar el caso concreto, toda vez que existen hipótesis en que una simple mentira bastará para inducir a error a la víctima.[806] De esta manera, la teoría de la simple mentira amplía las conductas que pueden ser consideradas como engaño típico para efectos de la estafa, a diferencia de lo que ocurre con las tesis restrictivas del engaño.[807]

Después de todo, «ni una sola letra de la ley sugiere que el engaño típico deba ser algo más que una mentira, ni mucho menos que deba alcanzar un cierto grado de sofisticación. Más bien al contrario, la sola lectura de las supuestas formas calificadas de engaño del art. 468 CP sugiere que se trata de hipótesis bastante elementales y poco elaboradas, como es, por ejemplo, el fingimiento de nombre».[808]

Una parte de la jurisprudencia ha adoptado este moderno enfoque. Así, por ejemplo, en sentencia rol 244-2006, la Corte de Apelaciones de La Serena afirmó que «el engaño, también, debe ser analizado en relación a la cultura y conocimiento del sujeto pasivo, situación de hecho que debe ser vista en cada caso en concreto, toda vez que la conducta del delincuente puede influir en forma decisiva en la voluntad de la víctima en algunos casos, según su preparación, estudio o capacidad intelectual; de modo que la simple mentira puede ser medio suficiente para cometer la estafa, mentira que, en todo caso, debe valorarse con un criterio relativo, porque lo vulgar y pueril, también, puede ser eficaz para engañar a una persona que carezca de suficientes conocimientos. En este sentido, Giuseppe Maggiore ha sostenido que la simple mentira puede ser medio suficiente para cometer el delito de estafa [...]».[809]

805 Corte Suprema de Chile, rol 1124-2001, considerando tercero.
806 Piña (2006), pp. 52 y ss.; Fernández (2005), pp. 185 y ss.; Matus y Ramírez (2021), pp. 622 y 623.
807 Mayer (2014c), p. 1023; Mayer (2018), p. 44.
808 Hernández (2003), p. 161.
809 Corte de Apelaciones de La Serena, rol 244-2006, considerando noveno.

En el mismo sentido, en sentencia rol 850-2017, la Corte de Apelaciones de San Miguel sostuvo que, a lo menos en el caso del delito de estafa del artículo 473, «a diferencia de otras figuras específicas del tipo, no se requiere de un ardid, maquinación o maniobras, sino que bastaría 'cualquier engaño' no expresado en los tipos específicos de las estafas y defraudaciones. Y en la misma motivación se da por establecido que la víctima fue engañada dolosamente por la imputada, compartiendo esta corte el argumento del *a quo*, en cuanto a que no se requiere para que se produzca la figura de la estafa residual, de un ardid o maquinación, sino que basta un engaño doloso, tal como se ha tenido por acreditado en dicho razonamiento, lo que supone una correcta calificación jurídica de los hechos y que el recurso de nulidad tampoco pueda prosperar a su respecto».[810]

En conclusión, podría definirse el engaño, para efectos del delito de estafa, como una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes. En palabras de Mayer: «Este constituye un concepto más bien neutro, que no implica necesariamente una puesta en escena, pero que tampoco carga con la connotación moral que tiene la noción de (simple) mentira».[811]

¿Es posible un engaño por omisión? El engaño en la estafa puede clasificarse en engaño activo y omisivo. El engaño activo es una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes, mientras que el engaño omisivo implica la ausencia de una afirmación verdadera debida, a pesar de que era posible y exigible. En otras palabras, en el caso de engaño activo, se realiza una afirmación falsa, mientras que, en el caso de engaño omisivo, no se realiza una afirmación verdadera debida.[812]

El engaño activo en la estafa puede subclasificarse en engaño expreso y concluyente. Ambas modalidades pueden ejecutarse mediante el lenguaje escrito, oral o gestual. El engaño activo expreso supone la realización de una afirmación falsa en términos directos o explícitos.[813] Por ejemplo, comete engaño expreso el vendedor de antigüedades que, tras ser consultado por el autor de una pintura, responde «Caspar David Friedrich», en circunstancias en que ella había sido producida por su amigo pintor, una persona distinta del famoso artista.

810 Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 850-2017, considerando sexto.
811 Mayer (2022), p. 408.
812 Mayer (2022), p. 409.
813 Ídem.

Por su parte, el engaño activo concluyente se da cuando, a pesar de no existir una declaración expresa, a un comportamiento desplegado en un determinado contexto social y comunicacional se le asigna con cierta seguridad un significado determinado, a tal punto que se le puede considerar una declaración en ese sentido.[814] Así, por ejemplo, es cierto que una persona que se sienta en una mesa en un restaurante, escoge un determinado plato de comida de la carta y luego se niega a pagarlo no ha realizado expresamente ninguna afirmación falsa, pues nunca dijo explícitamente «tengo la voluntad y capacidad de pagar la comida que solicitaré». Sin embargo, dicha voluntad y capacidad de pago pueden deducirse de su específico comportamiento, al cual la sociedad le otorga un sentido determinado: en el contexto de un restaurante, sentarse en una mesa y pedir comida comunica a la otra persona que se tiene la voluntad y capacidad de pagar.[815]

De la misma forma, es posible plantear la verificación de un engaño concluyente cuando existe una reglamentación positiva de ciertas exigencias. Así, por ejemplo, en el ámbito de la construcción. Específicamente, si hay normas legales o reglamentarias cuyo acatamiento es vinculante para quienes desarrollan un proyecto inmobiliario, la venta de los inmuebles que lo integran implica, por definición, que se afirma concluyentemente su observancia.[816]

Por último, cabe diferenciar el engaño omisivo del engaño activo concluyente. Como se señaló, en este último caso la persona realiza un comportamiento al que se le atribuye un sentido con cierta seguridad, un significado determinado. Por el contrario, en el caso del engaño omisivo, la persona no ha comunicado ninguna declaración, sino que ha omitido realizar una declaración que, en el caso concreto, estaba obligada hacer y que habría permitido a la otra parte despejar un error. En cuanto a la posibilidad de un engaño por omisión, la opinión mayoritaria acepta dicha posibilidad, siempre que en el caso concreto exista un deber de información para el omitente, derivado de una posición de garante.[817]

En sentencia RIT 460-2021, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar condenó al imputado por, entre otros delitos, uno de estafa. Los

814 Hernández (2003), p. 164; Mayer (2018), p. 50.
815 Mayer (2018), pp. 50 y 51.
816 Mayer (2022), p. 410.
817 Hernández (2003), pp. 165 y 166; Etcheberry (1998b), p. 392; Balmaceda (2011), pp. 76 y 77.

hechos que motivaron la sentencia condenatoria fueron los siguientes: a inicios de 2016, el imputado ofreció sus servicios como abogado a la víctima, señalándole que se desempeñaba en un estudio jurídico junto a otros abogados. El imputado y la víctima acordaron que el primero intervendría como abogado en distintas causas de familia, administrativas y penales, recibiendo, a cambio de sus servicios y por parte de la víctima, diversos pagos. El imputado no realizó ninguna gestión y carecía, además, del título de abogado. Producto de estos hechos, la víctima sufrió un perjuicio patrimonial ascendente a la suma total de $12.064.000.[818]

Respecto del delito de estafa, el tribunal señaló que sus elementos son el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio sufrido en el patrimonio de un tercero. Con relación al engaño, el tribunal tuvo por acreditado este elemento, toda vez que el imputado «siempre se presentó y comportó como abogado (así lo manifestaron unívocamente los tres testigos de cargo) y así de hecho era conocido en la plaza […]». Además, los testigos declararon durante el juicio que terceras personas habían recomendado los servicios jurídicos del imputado, lo cual demuestra que este había engañado a múltiples personas.[819]

Error

La opinión tradicional en Chile concibe el error como un fenómeno psicológico, entendiéndolo como una falsa representación de la realidad.[820]

El error debe ser consecuencia directa del engaño y referirse a los mismos hechos a los que atañe la afirmación falsa.[821]

Hay una relación de causalidad entre el engaño y el error. El engaño puede provocar o mantener un error, en el sentido de que es posible que el engaño provoque un error que no existía, pero también que mantenga a la víctima en un error en el que ya se encontraba, pero del que iba a salir.[822]

---

818 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 460-2021, considerando décimo primero.

819 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 460-2021, considerando décimo cuarto.

820 Garrido (2010), pp. 336 y 337; Etcheberry (1998b), p. 396; Corte de Apelaciones de Arica, rol 161-2020, considerando tercero. En palabras de la Corte Suprema, el error consiste en una equivocada percepción de la realidad. Ver sentencia rol 1933-2007, considerando décimo tercero.

821 Mayer (2018), p. 65.

822 Mayer (2022), p. 416.

No es necesario que el engaño sea la causa exclusiva del error, sino que basta con que haya sido su causa determinante.[823]

Que el error sea definido como una falsa representación de la realidad implica que solo una persona natural puede incurrir en él. Lo anterior no significa que las personas jurídicas no puedan ser víctimas de estafa, pues ello será posible en caso de que una persona natural, producto de un engaño del que fue objeto y encontrándose en un error, disponga perjudicialmente del patrimonio de la persona jurídica a la que representa.[824]

Como consecuencia de esta concepción psicológica del error, se sostiene que no es posible sancionar a título de estafa del artículo 467 la realización de conductas fraudulentas en contra de máquinas. Lo anterior no significa, por cierto, que dichos fraudes no serán sancionados, toda vez que dichas conductas se encuentran actualmente tipificadas en el artículo 468 del Código Penal.

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 468, incorporado por la Ley 21.595, las penas previstas en el artículo 467 se aplicarán también a quien, para obtener un provecho para sí o para un tercero, cause un perjuicio patrimonial a otra persona manipulando los datos contenidos en un sistema informático o el resultado del procesamiento informático de datos a través de una intromisión indebida en la operación de este; utilizando sin la autorización del titular una o más claves confidenciales que habiliten el acceso u operación de un sistema informático, o haciendo uso no autorizado de una tarjeta de pago ajena o de los datos codificados en una tarjeta de pago que la identifiquen y habiliten como medio de pago.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso tercero del mismo artículo sanciona, con presidio menor en su grado medio y multa de 6 a 10 UTM, a quienes obtengan indebidamente los datos codificados en una tarjeta de pago que la identifiquen y habiliten como medio de pago, y también a quienes adquieran dichos datos o los pongan a disposición de otra persona a cualquier título.

Este nuevo delito de fraude informático vino a solucionar una laguna de punibilidad existente en materia de fraudes, que había sido ya identificada y denunciada por la doctrina desde hace varios años.[825]

823 Ídem.
824 Mayer (2022), p. 419.
825 Hernández (2003), p. 167; Oxman (2013).

Al momento de analizar las nuevas hipótesis delictivas de fraude informático del artículo 468, deben tenerse en consideración los delitos de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas, previstos en el artículo 7 de la Ley 20.009.

El artículo 7 de la mencionada ley establece el citado delito en los siguientes términos:

> Las conductas que a continuación se señalan constituyen delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas y se sancionarán con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y multa correspondiente al triple del monto defraudado: […]
> f) Usar maliciosamente una tarjeta de pago o clave y demás credenciales de seguridad o autenticación, bloqueadas, para realizar pagos, transacciones electrónicas o cualquier otra operación que corresponda exclusivamente al titular o usuario de ellas.
> h) Obtener maliciosamente, para sí o para un tercero, el pago total o parcial indebido, sea simulando la existencia de operaciones no autorizadas, provocándolo intencionalmente, o presentándolo ante el emisor como ocurrido por causas o en circunstancias distintas a las verdaderas.

El autor del delito del artículo 7 de la Ley 20.009 puede ser cualquier persona. La víctima del delito es el titular de la tarjeta de pago o de la cuenta desde la cual se realiza la transacción electrónica.[826]

El concepto de tarjetahabiente, que alude a quien lícitamente tiene o posee la tarjeta respectiva, puede o no corresponder con la víctima del delito. En efecto, puede ocurrir que un tarjetahabiente no sea titular de la tarjeta de pago, pero tenga, sin embargo, acceso legítimo a ella, como ocurre cuando se obtiene un plástico adicional.[827]

Cabe tener presente que el artículo 9 de la Ley 20.009 dispone que las «penas establecidas en el artículo 7 de la ley se aplicarán sin perjuicio de las eventuales sanciones que también corresponda aplicar por los delitos contemplados en la Ley Nº 19.223, o aquella que la modifique, reemplace o sustituya en materia de delitos informáticos o ciberdelincuencia». Por consiguiente, si una misma persona cometiere un delito del artículo 7 de la Ley 20.009 y un delito informático de la Ley 21.459, se deberá apreciar un concurso de delitos e imponer las penas respectivas a ambos ilícitos.

826 Mayer y Vera (2021), pp. 531-533.
827 Mayer y Vera (2021), p. 533.

Disposición patrimonial

Una disposición patrimonial es cualquier manifestación de voluntad por parte de una persona con efecto en su situación patrimonial.[828]

La disposición patrimonial puede traducirse tanto en una acción como en una omisión, toda vez que su concepto es amplio y no se encuentra circunscrito a la entrega positiva de porciones patrimoniales.[829] Así, por ejemplo, una persona que entrega una cosa o dinero realiza una disposición patrimonial, pero también lo hace quien contrae una obligación, así como quien renuncia expresamente a un crédito o concede un plazo suspensivo a su deudor, e incluso quien simplemente decide dejar de cobrar un crédito, a pesar de no haber renunciado al mismo expresamente. La naturaleza precisa del comportamiento que genera el perjuicio es irrelevante, pues la estafa no requiere que la víctima entregue a otro una cosa.[830] Por consiguiente, debe «abandonarse la visión reduccionista de la disposición patrimonial emparentada con la imagen de la víctima entregando dinero o celebrando un contrato».[831]

La disposición patrimonial por parte de la víctima constituye una exigencia estructural del delito de estafa,[832] aquel elemento que le otorga su carácter de delito de autolesión, en contraposición a los delitos de hurto y robo, que constituyen delitos de heterolesión.[833] A diferencia de lo que acontece en los delitos de hurto y robo (algunas de cuyas hipótesis también admiten el engaño como modalidad típica, como, por ejemplo, el artículo 440 número 3 o la parte final de la definición de violencia o intimidación del artículo 439), en la estafa es la propia víctima la que provoca su perjuicio económico, al realizar la disposición patrimonial. Como ha señalado un autor: «No es el agente el que 'mete la mano' en el patrimonio de la víctima, lo que es propio del hurto, sino que es la víctima engañada la que saca con su propia mano algo de su patrimonio».[834]

828 Hernández (2003), p. 170; Etcheberry (1998b), p. 398.
829 Hernández (2003), p. 170; Etcheberry (1998b), p. 398; Mayer (2022), p. 420; Mañalich (2010), p. 344; Garrido (2008), p. 341; Corte Suprema de Chile, rol 37118-2015, considerando séptimo.
830 Mayer (2022), p. 420.
831 Hernández (2003), p. 170.
832 Hernández (2003), p. 168.
833 Mayer (2014c), p. 1026; Garrido (2008), p. 340; Hernández (2010b), p. 36.
834 Hernández (2003), p. 168.

La disposición patrimonial debe ser consecuencia directa del error, el cual, a su vez, debe haber sido causado por el engaño.[835] Es el error el que lleva al disponente a realizar una disposición patrimonial que, equivocadamente, cree conveniente. Como consecuencia de lo anterior, es necesario que quien realiza la disposición patrimonial sea quien incurre en la falsa representación de la realidad.[836]

Si quien realiza la disposición patrimonial sabe que lo afirmado por el autor del delito es falso, no podrá hablarse de una disposición patrimonial determinada por un error. En tal evento, aunque la disposición patrimonial sea perjudicial, el perjuicio no puede imputarse al engaño, lo que no obsta a la existencia de una forma de ejecución imperfecta del tipo de estafa.[837]

Perjuicio patrimonial

Finalmente, el perjuicio patrimonial debe ser una consecuencia directa de la disposición patrimonial, la que, a su vez, ha sido provocada por el error, que, por su parte, ha sido generado por el engaño.

El delito de estafa es un delito de resultado que se consuma con el perjuicio económico.[838] Por consiguiente, este es un elemento del tipo de estafa y no una condición objetiva de punibilidad. Esto significa que el dolo del autor debe cubrir tanto la realización de la conducta típica (engaño) como la realización del resultado típico (perjuicio patrimonial).[839]

El concepto de perjuicio patrimonial deriva de la teoría del patrimonio, es decir, lo que se entiende por perjuicio patrimonial depende del concepto de patrimonio que se siga. Por consiguiente, para resolver cuándo existe un perjuicio patrimonial, debe haberse definido previamente qué teoría del patrimonio va a adoptarse.[840]

La disposición patrimonial y el perjuicio económico se encuentran estrechamente vinculados, toda vez que el momento en el que se lleva a cabo la primera es el momento en el que se establece la existencia del

835 Etcheberry (1998b), p. 398; Mayer (2022), p. 421.
836 Mayer (2022), p. 421.
837 Ídem.
838 Matus y Ramírez (2021), p. 635.
839 Mayer (2018), p. 77.
840 Mayer (2018), p. 78.

segundo.[841] Por consiguiente, «más que tratarse de una disposición patrimonial que conduce a un eventual perjuicio, debería hablarse más precisamente de una disposición patrimonial perjudicial, pues […] ambos elementos deben coincidir en el tiempo. Es en el momento de la disposición en que debe verificarse la existencia de perjuicio, siendo irrelevante el ulterior desarrollo de los acontecimientos».[842]

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar que la persona que realiza la disposición patrimonial puede ser distinta de aquella que sufre el perjuicio económico. Esta situación, denominada estafa triangular, será analizada en el siguiente acápite.

A fin de determinar si ha existido o no un perjuicio patrimonial, ha de efectuarse una comparación entre el valor monetario que el patrimonio tenía antes de la disposición patrimonial y el que tiene después. En este ejercicio, deben tenerse en cuenta si las eventuales disminuciones patrimoniales logran compensarse con otros ingresos.[843] Si el saldo obtenido tras dicha operación es negativo, esto es, si puede establecerse que el patrimonio experimentó una disminución de su valor monetario una vez llevada a cabo la disposición patrimonial, existirá un perjuicio patrimonial. En caso contrario, si el saldo es igual a cero o incluso positivo, no será posible apreciar un perjuicio patrimonial para efectos del delito de estafa.[844]

Debido a que el momento en que debe analizarse la existencia de un perjuicio patrimonial es el de la disposición patrimonial, los ingresos posteriores a ella resultan excluidos de dicho procedimiento.[845] Así, por ejemplo, una indemnización que el autor del delito entrega a la víctima no tendrá efecto alguno sobre los elementos del delito de estafa, sin perjuicio de que ella pueda eventualmente configurar la circunstancia atenuante del artículo 11 número 7.

Finalmente, cabe señalar que la existencia o no de un perjuicio económico debe analizarse desde una perspectiva material y no meramente formal, atendiendo las reglas de contabilidad, y sin que la existencia de acciones civiles sea un impedimento para apreciar un menoscabo económico. Considérese el siguiente caso: «Unos supuestos inversionistas

841 Mayer (2022), p. 421.
842 Hernández (2003), p. 180.
843 Mayer (2022), p. 425.
844 Mayer (2022), p. 426.
845 Ídem.

extranjeros llegan a la ciudad para echar a andar un ambicioso proyecto turístico en Puerto Saavedra. Se instalan en grandes oficinas, realizan actividades de difusión de su proyecto, con presentaciones, maquetas, folletos que dan cuenta de otros proyectos realizados en otros países, invitando a inversionistas locales a participar en el financiamiento del proyecto. Algunos empresarios de la región prestan dinero a estos inversionistas, a un año plazo. Al día siguiente de tener a su disposición el dinero, cierran las oficinas y los supuestos inversionistas desaparecen. Días después la Policía Internacional informa que se trata de falsos inversionistas, conocidos por actividades ilícitas en otros países y que actualmente se encuentran en el Caribe dándose la gran vida».[846]

¿Podría afirmarse que los empresarios locales han sufrido un perjuicio patrimonial, o sería necesario esperar un año para ver si los falsos inversionistas pagan o no su deuda? Analizado el problema desde una perspectiva material, no cabe sino concluir que los empresarios locales han sufrido ya un perjuicio económico, pues el valor de su patrimonio es, a todas luces, inferior al que era antes de realizar la disposición patrimonial, toda vez que el crédito del que son titulares, evidentemente, no posee el valor que el documento indica, al ser prácticamente incobrable. Considérese otro ejemplo: una persona constituye una empresa de papel para adquirir una serie de bienes muebles a proveedores, los cuales compra entregando cheques que nunca serán cubiertos, pues la cuenta corriente de la empresa no tiene fondos. ¿Podría afirmarse que los proveedores no han sufrido todavía un perjuicio económico, ya que no han agotado las acciones civiles que les confieren los cheques en su poder? En este caso, los proveedores sí han sufrido un perjuicio económico, dado que, nuevamente, su patrimonio es menor después de haber realizado la disposición patrimonial, al haber recibido documentos de pago incobrables.[847]

Lo anterior no significa que cada vez que un crédito sea incobrable se deberá apreciar un perjuicio patrimonial para los efectos del delito de estafa. Imagínese ahora el siguiente caso: un comerciante, teniendo una situación que le permite pagar sin contratiempos y el inequívoco propósito de hacerlo, para conseguir una serie de productos entrega a su proveedor antecedentes comerciales falsos (en sus verdaderos ante-

846 El ejemplo es planteado por Hernández (2003), p. 178.
847 Mayer (2022), p. 426.

cedentes aparecen algunos incumplimientos financieros de su época universitaria), pues sabe que, de otra forma, no obtendría las mercancías para su negocio. Si el proveedor le entrega los productos confiando en los antecedentes falsos, es indudable que habrá existido un engaño, un error y una disposición patrimonial, pero esta última no habrá sido perjudicial. Lo anterior por cuanto, dado que el comerciante tenía la capacidad e intención de pagar, el crédito que obtuvo el proveedor vale lo que el documento dice.

La anterior conclusión no puede cambiar si, un día después de haber recibido los productos, un feroz incendio arrasa con el negocio del comerciante, quien, debido a ello, se ve en la imposibilidad de pagar su deuda. El azar no puede determinar si ha existido o no una disposición patrimonial perjudicial, y ello será para bien o para mal de las personas involucradas.[848]

Estafa triangular y estafa procesal

Se entiende por estafa triangular o en triángulo aquella en que el engañado realiza una disposición que no tiene efectos perjudiciales sobre su propio patrimonio, sino sobre uno distinto.[849]

La admisibilidad de la estafa triangular surge del amplio consenso «en torno a que el tipo de estafa solo exige identidad entre engañado y disponente, pero no entre disponente y perjudicado, abriéndose en consecuencia la posibilidad de que el primero sea un tercero distinto del titular».[850] Así, por ejemplo, en sentencia rol 2284-2005, se condenó al imputado como autor de un delito de estafa en perjuicio de un supermercado, toda vez que, al momento de pagar los diversos bienes que portaba, pagó con un cheque que había previamente robado a su propietario.[851] Como se puede apreciar, en este caso el patrimonio perjudicado fue el del supermercado, en circunstancias en que la disposición patrimonial la realizó el trabajador que recibió el cheque y que autorizó al imputado abandonar el negocio con las cosas que portaba.

Para que pueda apreciarse un delito de estafa triangular, es necesario que la conducta de la persona que ha sido engañada pueda ser impu-

848 Hernández (2003), p. 181.
849 Hernández (2010a), p. 202.
850 Ídem.
851 Corte Suprema de Chile, rol 2284-2005, considerando noveno.

tada como propia a la persona cuyo patrimonio ha sufrido el perjuicio. De acuerdo con la doctrina, para que la disposición patrimonial de una persona pueda ser imputada como propia al titular del patrimonio afectado, aquella debe contar con alguna facultad para incidir en un patrimonio ajeno, facultad que puede provenir o bien de la voluntad del titular, o bien de la ley.[852]

Los casos de estafa triangular deben diferenciarse de aquellos en que el autor comete un delito de hurto por autoría mediata instrumentalizando a una persona que obra en un error de tipo excluyente del dolo. Considérese el siguiente caso: A, quien trabaja en una empresa, le dice a B que C le ha pedido retirar algunas cosas desde su oficina privada. A continuación, A le pide a B que lo ayude, dado que él debe retirar algunas cosas de su propia oficina. Por esta razón, A le solicita a B que retire las cosas desde la oficina de (C) y luego se las entregue afuera del edificio, favor que este acepta y lleva a cabo.

¿Qué delito ha cometido el autor en este caso, un delito de estafa o uno de hurto por autoría mediata? Dado que la persona que ha entregado las cosas no contaba con ninguna facultad para incidir en el patrimonio afectado, A no ha cometido un delito de estafa en contra de C, sino que ha cometido un delito de hurto por autoría mediata instrumentalizando a B, quien ha obrado en un error de tipo excluyente del dolo, pues no sabía que estaba sustrayendo cosas muebles sin la voluntad de su dueño, en este caso C.

Los casos de estafa procesal, que constituyen un tipo de estafa triangular, se caracterizan por que «el engaño se dirige contra un juez o funcionario del aparato de justicia, quien incurre en error y en dicha virtud resuelve en términos perjudiciales para el patrimonio de una de las partes o de un sujeto ajeno al procedimiento, pero a quien los resultados de este le empecen».[853] Un ejemplo de estafa procesal sería el caso de un demandante que, presentando pruebas falsas, logra que un tribunal civil condene a la persona demandada a pagarle una determinada suma de dinero.[854]

852 Hernández (2010a), pp. 204 y ss.

853 Hernández (2010a), p. 215. En similar sentido, Grisolía (1997), p. 417.

854 Esto es sin perjuicio, por supuesto, de otros delitos en contra de la administración de justicia que esta persona pueda cometer.

La doctrina nacional no ve problemas a la hora de aceptar que los casos de estafa procesal puedan sancionarse a título de estafa,[855] misma postura que actualmente sostiene la jurisprudencia.

En sentencia rol 812-2015, la Corte de Apelaciones de Rancagua confirmó una condena por estafa procesal, rechazando el recurso de nulidad presentado por la defensa de la persona condenada. Al momento de descartar cualquier errónea aplicación del derecho, la Corte de Apelaciones sostuvo: «Que lo concluido precedentemente por el Tribunal Oral en lo Penal de San Fernando, no se aparta de derecho, ni se divisa errónea aplicación del mismo, puesto que el fraude procesal a que alude el recurrente ha sido ampliamente aceptado por la doctrina chilena y no [se] ha visto inconveniente en subsumirlo en las figuras de la estafa. Así, por ejemplo, en el tipo calificado del art. 468 del Código Penal, pues, en palabras de Grisolía: 'quienes inventan un pleito para engañar al juez de modo que este libre una sentencia injusta apta para perjudicar pecuniariamente a un tercero, despliegan una comedia procesal movidos por un afán de lucro: se atribuyen un crédito supuesto; aparentan la existencia del crédito que viene a ser el valor de la pretensión demandada –correlativamente el débito supuesto del demandado– y, en todo caso, demandar lo que no existe es un engaño semejante al descrito' (Grisolía, 'La estafa procesal', pp. 419 y ss.)».[856]

En sentencia RIT 558-2019, el 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago condenó al imputado por una serie de delitos de estafa, uno de los cuales constituía un caso de estafa procesal. Los hechos que motivaron la condena por este delito fueron los siguientes: «En la causa ejecutiva rol C-218-2017, seguida ante el 21° Juzgado Civil de Santiago, se ordenó el embargo de bienes hasta por 50 mil UF de la sucesión de J.D.S., recayendo en sus acciones de las compañías CGE e Indiver S.A., gracias a un ardid en donde el título ejecutivo que se buscaba cobrar era un pagaré falso en donde J.D.S. figuraba en calidad de codeudor solidario. Engaño en que también utilizaron el nombre y supuesta calidad de heredera legítima de S.D.F., una tercera, que había conseguido dicha situación jurídica tras un falso reconocimiento de paternidad […]».

855 Etcheberry (1998b), p. 398; Hernández (2003), pp. 156 y ss.; Hernández (2010a), p. 216; Matus y Ramírez (2021), p. 639.

856 Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 812-2015, considerando cuarto.

El tribunal estimó que este hecho, que constituye un ejemplo de estafa procesal, configuraba un delito de estafa frustrada del artículo 467 del Código Penal.[857]

Relación de causalidad

Entre los diversos elementos del delito de estafa ha de existir un vínculo de causalidad[858] o, en palabras de la jurisprudencia, una «relación de causalidad directa e inequívoca».[859]

Además de lo anterior, los elementos de la estafa deben verificarse tanto causal como sucesivamente, es decir, «ha de constatarse si concurren en el siguiente orden: primero el engaño, luego el error y posteriormente la disposición patrimonial perjudicial. Por tanto, en materia de estafa ha de establecerse, en primer lugar, la existencia de un engaño, teniendo en cuenta que este es algo más que la producción objetivamente imputable de un error y que, en cambio, se identifica con una afirmación falsa sobre hechos típicamente relevantes. Supuesta la existencia de un engaño, es preciso comprobar si este fue la causa determinante –mas no necesariamente exclusiva– de la disposición patrimonial perjudicial motivada por el error. Constatado lo anterior, es posible sostener que el delito de estafa se encuentra consumado o perfecto, debiendo aplicarse la pena respectiva».[860]

Si faltare esta relación de causalidad, se podría estar ante un supuesto de tentativa o frustración del delito de estafa.[861]

Faz subjetiva

El delito de estafa solamente puede cometerse con dolo y queda excluida, por consiguiente, la negligencia.[862]

857 7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 558-2019, considerando noveno.

858 Mayer (2022), p. 427; Matus y Ramírez (2021), p. 628.

859 Corte Suprema de Chile, rol 2926-2013, considerando cuarto; rol 2368-2010, considerando noveno. En similar sentido, Corte de Apelaciones de La Serena, rol 244-2006, considerando noveno; Corte de Apelaciones de Arica, rol 161-2020, considerando tercero.

860 Mayer (2022), p. 427.

861 Mayer (2022), p. 428.

862 Mayer (2022), p. 428; Corte de Apelaciones de Arica, rol 161-2020, considerando tercero.

El dolo en el delito de estafa debe estar presente al momento en que se realiza la conducta típica, es decir, el engaño. Además, el dolo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, esto es, el engaño, el error, la disposición patrimonial, el perjuicio patrimonial y la necesaria relación de causalidad entre estos.[863]

Una parte de la doctrina sostiene que el dolo en el delito de estafa debe ser directo y que no es admisible el dolo eventual. Se argumenta que, si la estafa requiere una maquinación mendaz, orientada a que la víctima, por error, realice una disposición patrimonial perjudicial, este delito únicamente podría cometerse con dolo directo, pues sería necesaria una simulación por parte del autor, así como la intención de que concurran todos los demás elementos del delito de estafa, además de la necesaria relación causal entre ellos.[864]

Otro sector de la doctrina, en cambio, postula que el delito de estafa puede cometerse con dolo eventual, al no existir ningún argumento estructural ni de texto que se oponga a ello. Así, por ejemplo, cometería un delito de estafa con dolo eventual la persona que, representándose la posibilidad de que la información disponible sea falsa, de todas formas la entrega a su cliente para cerrar un negocio provechoso para la empresa, aceptando en su voluntad las eventuales consecuencias perjudiciales que ello pueda ocasionar en el patrimonio de este.[865] Esta postura argumenta, además, que la incorporación del tipo penal de estafa de seguro en el artículo 470 número 10 constituiría un argumento de texto «a favor de la posibilidad de que se lleve a cabo una estafa con dolo eventual. En efecto, la estafa de seguros supone realizar la conducta típica 'maliciosamente', expresión que no se contiene en las restantes hipótesis de estafa previstas a partir del artículo 467 CP, en las que, por consiguiente, bastaría una actuación con dolo eventual por parte del agente del comportamiento incriminado».[866]

Además del dolo, la actual definición del artículo 467 requiere un elemento subjetivo especial, a saber, que el autor del delito de estafa obre «para obtener provecho patrimonial para sí o para un tercero».

---

863 Mayer (2022), p. 429; Corte de Apelaciones de Arica, rol 161-2020, considerando tercero.

864 Etcheberry (1998b), p. 405; Garrido (2008), p. 351; Matus y Ramírez (2021), p. 634.

865 Hernández (2003), p. 188.

866 Mayer (2022), p. 429.

Con anterioridad a la Ley 21.595, ante el silencio de la ley, la doctrina discutía si el delito de estafa requería o no que el autor hubiere obrado con ánimo de lucro, existiendo planteamientos a favor[867] y en contra.[868] El texto vigente del artículo 467 ha resuelto la discusión en favor de dicha exigencia.

Estafa al deudor

Como se señaló anteriormente, el artículo 494 número 20 sanciona, a título de falta y con una pena únicamente pecuniaria, al que «con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella».

Tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 494 número 20, la doctrina rechaza la aplicación del delito de estafa en los casos en que un acreedor engaña a su deudor para obtener algo con que hacerse pago de una deuda. Lo anterior por cuanto, dado que el artículo citado sanciona al acreedor que se apodera con violencia de una cosa del deudor para hacerse pago de una deuda, si se sancionara a título de estafa al acreedor que obra como se señaló, se incurriría en una contradicción, por cuanto este acreedor recibiría una pena superior a aquel que obra mediante violencia, hipótesis más grave.[869]

Administración desleal

El delito de administración desleal se encuentra previsto en el artículo 470 número 11, cuyo inciso primero sanciona a quien, «teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado».

Por su parte, los incisos segundo y tercero del mismo numeral imponen penas agravadas a supuestos calificados de administración desleal, que giran en torno a la afectación de patrimonios específicos. El primer

867 Mayer (2018), pp. 90 y 91; Mayer (2022), p. 430; Hernández (2003), pp. 188 y 189; Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 180-2020, considerando sexto.
868 Garrido (2008), p. 352; Etcheberry (1998b), p. 402.
869 Etcheberry (1998b), p. 404.

caso agravado establece un castigo más drástico que el previsto para las modalidades básicas si «el hecho recayere sobre el patrimonio de una persona en relación con la cual el sujeto fuere guardador, tutor o curador, o de una persona incapaz que el sujeto tuviere a su cargo en alguna otra calidad», mientras que el segundo de ellos también agrava la penalidad en comparación con las hipótesis básicas si «el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial».[870]

Finalmente, el inciso tercero del articulo 470 número 11 dispone que, en todos los casos previstos en dicho artículo, se impondrá, además de la pena privativa de libertad que correspondiere, una pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación.

El injusto del delito de administración desleal consiste en « la irrogación de un perjuicio patrimonial a una persona (natural o jurídica) cuyo patrimonio es, en todo o en parte, administrado por el autor».[871] Debido a esta caracterización, se suele afirmar que el delito de administración desleal correspondería a un ataque «desde dentro».[872] En consecuencia, el delito de administración desleal tendría por objeto sancionar conductas tales como la del administrador de la sociedad que vende los bienes de esta a un precio irrisorio, o bien otorga créditos sin garantías a deudores insolventes, asume enormes deudas o incurre en ingentes gastos para fines superfluos y completamente innecesarios, causando con ello un perjuicio económico al patrimonio administrado.[873]

Faz objetiva del tipo penal

A continuación, se analizarán por separado los elementos de la faz objetiva del tipo penal: sujeto activo, conducta prohibida y perjuicio.

Sujeto activo

El sujeto activo del delito de administración desleal solamente puede ser quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión de un patrimonio ajeno o parte de él, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato.

870 Mayer (2022), p. 505.
871 Mañalich (2022), p. 301.
872 Hernández (2005), p. 202; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 1-2022, considerando noveno.
873 Hernández (2005), p. 202.

Estar encargado de la salvaguardia del patrimonio implica que al agente le incumbe custodiar o amparar dicho patrimonio,[874] aunque los bienes no estén bajo custodia física del encargado, como sucede típicamente con quienes tienen la facultad de disponer u ordenar disponer el uso de los recursos depositados en una cuenta corriente o en otros instrumentos, excluyendo de la tipicidad la apropiación de bienes o fondos a que se tiene acceso con ocasión del ejercicio de su cargo o por mero accidente, como sería el caso de los trabajadores respecto de los bienes a su alcance, especialmente sancionados como autores de hurto agravado, conforme al artículo 447.

Por su parte, gestionar un patrimonio ajeno equivale a asumir su administración, lo que supone llevar a cabo las actividades que, dentro del marco previsto, promueven la realización del fin social común.[875] La administración de un patrimonio puede importar, de forma más específica, un cometido de destinación a gasto o inversión, pero también otras actuaciones, como llevar contabilidad o pagar impuestos.[876]

Conducta prohibida

El artículo 470 número 11 distingue dos formas distintas en que una persona puede cometer el delito de administración desleal: 1) ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta del titular del patrimonio u obligarlo, o 2) ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.[877]

La primera variante (ejercer abusivamente facultades para disponer por cuenta de la víctima u obligarla) se conoce como «modalidad de abuso», mientras que la segunda modalidad (ejecutar u omitir cualquier acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio) se denomina usualmente «modalidad de infidelidad» o «quiebre de confianza».[878]

En la modalidad de abuso, la conducta del agente se vincula con un exceso o una extralimitación en el ejercicio de determinadas atribucio-

874 Mayer (2022), p. 513.
875 Mayer (2022), p. 514; Matus y Ramírez (2021), p. 653.
876 Mayer (2022), pp. 513 y 514.
877 Bofill *et al.* (2019), p. 69; Mayer (2022), pp. 512 y 513.
878 Bofill *et al.* (2019), p. 69; Mayer (2022), pp. 512 y 513.

nes que se le han confiado para disponer por cuenta del titular del patrimonio u obligarlo.[879] Ejercer «la facultad de disponer significa modificar el patrimonio en su estado jurídico (p. ej. con la constitución de una prenda), transferirlo (p. ej. mediante la cesión de un crédito) o alzarlo (p. ej. condonación de una deuda)», mientras que ejercer «la facultad de obligar significa cargar el patrimonio con una obligación (p. ej. tomando un crédito o reconociendo una deuda)».[880]

El actuar «abusando de las facultades» para disponer o para obligar supone que existe autorización de la ley, la autoridad o el contrato para disponer u obligar. El artículo 470 número 11 exige que tales facultades se ejerzan de manera abusiva, es decir, de manera excesiva, injusta o indebida.[881] Por consiguiente, la conducta infractora del deber consiste en un uso erróneo del poder jurídico que se tiene sobre un patrimonio ajeno, lo cual implica la celebración de actos jurídicos con efecto vinculante para el patrimonio de la víctima,[882] sobrepasando lo permitido dentro de lo posible jurídicamente.[883]

Ahora, en relación con la modalidad de quiebre de confianza, la conducta típica radica en una infracción del deber de tutela patrimonial, es decir, en que el autor del delito define otros fines o no atiende a aquellos determinados por el titular del patrimonio.[884]

La modalidad de infidelidad, a diferencia de la variante de abuso, no demanda un ejercicio abusivo de facultades que implique disponer por cuenta de la víctima u obligarla de modo jurídicamente eficaz. No obstante, tampoco se trata de la asunción de poderes meramente fácticos sobre el patrimonio del ofendido, ya que, en cualquier caso, el comportamiento debe sustentarse en la ley, una orden de la autoridad o en un acto o contrato que haga surgir los deberes de salvaguardia o gestión.[885]

En este caso, el sujeto actúa contra fines determinados por el titular del patrimonio afectado, pero no es necesario que dicha actuación se exprese en un acto de representación jurídicamente eficaz frente a un tercero, como ocurre en la hipótesis de abuso. Es decir, se puede incurrir

879 Mayer (2022), p. 517.
880 Rojas (2009), p. 159.
881 Matus y Ramírez (2021), p. 655.
882 Mayer (2022), p. 517.
883 Rojas (2009), p. 156.
884 Rojas (2009), p. 157.
885 Mayer (2022), p. 518.

en una infracción de deberes inclusive sin poseer facultades de disposición u obligación. Se trata de una hipótesis amplia, cuya delimitación dependerá de la apreciación de la infracción del deber determinado por la relación interna.[886]

Cabe subrayar que los deberes de gestión leal del patrimonio no pueden importar la absoluta neutralización de los riesgos de perjuicio patrimonial, pues toda actividad económica involucra riesgos. Lo anterior importa que, en el análisis del caso concreto, «los actos de gestión que *ex ante* se puedan considerar económicamente racionales (en el seno de una economía legal) son atípicos».[887] Entender lo contrario supondría imponer al administrador un estándar imposible de cumplir, e incluso podría tener como consecuencia la paralización del negocio de que se trate y de la actividad económica. En este contexto, el artículo 470 número 11 exige que la ejecución u omisión realizada por el administrador sea manifiestamente contraria al interés del titular del patrimonio afectado, de lo cual se desprende que el legislador asume como atípicas desviaciones del fin determinado por el administrado que no tengan ese carácter.[888]

Un ejemplo de administración desleal puede encontrarse en la sentencia RIT 1-2022, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, oportunidad en que el tribunal condenó al imputado por un delito de administración desleal del inciso tercero del artículo 470 número 1. En contra de la sentencia condenatoria, el imputado presentó un recurso de nulidad, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco. Esta anuló la sentencia condenatoria, por estimar que el tribunal había aplicado incorrectamente la hipótesis agravada de administración desleal del inciso tercero. En su lugar, la Corte de Apelaciones pronunció una sentencia de reemplazo, condenando al imputado por la figura base del inciso primero.[889] Los hechos de este caso pueden resumirse en los siguientes términos: 1. Durante 2018 y 2019, la sociedad «El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA» tenía como giro, entre otros, la explotación, administración y desarrollo del giro inmobiliario. Los únicos propietarios de la sociedad eran el querellante y el imputado, ambos con igual

886 Bofill *et al.* (2019), p. 71.
887 Pastor (2016), p. 17.
888 Bofill *et al.* (2019), pp. 71 y 72.
889 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 490-2022.

participación. Durante el periodo señalado, la administración y representación de la sociedad le correspondía en forma exclusiva al acusado. 2. A comienzos de 2018, los accionistas de la sociedad acordaron iniciar la búsqueda de un inmueble en la comuna de Pucón, con el objeto de arrendarlo a largo plazo. En mayo de 2018, la sociedad, representada por el imputado, suscribió una carta oferta dirigida a un corredor de propiedades, en la que se ofrecía formalmente la adquisición de un terreno ubicado en Pucón, por el precio de $ 1.550.000.000. 3. Luego de diversas tratativas entre las partes, el propietario del inmueble consintió venderlo. Sin embargo, el imputado no efectuó la compra en favor de la sociedad que representaba, que fue la oferente inicial del negocio y a la que el acusado representa en forma exclusiva, «El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA», sino que en favor de la sociedad «Najwa y Amira SpA», de la cual el único accionista y dueño era el acusado. 4. La sociedad «Najwa y Amira SpA» celebró un contrato de arriendo para la propiedad adquirida con una importante empresa, recibiendo ingresos suficientes para pagar el dividendo del préstamo bancario que había solicitado para comprar el bien inmueble. 5. A consecuencia de lo anterior, la sociedad «El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA» se vio privada de concretar este importante negocio en evidente perjuicio de sus intereses y en beneficio exclusivo del acusado. 6. Además, esta sociedad fue demandada ante el Juzgado de Letras de Pucón por el corredor de propiedades que había realizado gestiones de corretaje en su favor.[890]

El tribunal calificó los hechos como un delito de administración desleal bajo la modalidad de infidelidad. Al respecto, el tribunal señaló: «La administración desleal en la hipótesis de infidelidad, es un delito instantáneo en su ejecución, la acción u omisión que satisface el tipo penal es única y su realización produce la consumación del delito, en este caso la conducta que configura el delito tiene una doble faceta, porque constituye a la vez una acción y una omisión, se trata de la suscripción o firma del contrato de compra venta del inmueble ubicado en [...] la comuna de Pucón; es una acción en cuanto el acusado celebra un contrato por el cual compra y adquiere para una sociedad en la cual él es su único dueño, es decir, para sí mismo, la propiedad que ya habían ofertado antes para el negocio que habían planeado o ideado con su socio y hermano,

890 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 1-2022, considerando séptimo.

para la sociedad El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA; constituye a la vez una omisión en cuanto el acusado omite comprar y adquirir la propiedad para la sociedad El Lago Inmobiliaria y Comercial SpA».[891]

Perjuicio

El delito de administración desleal requiere, para su consumación, que la conducta del autor haya ocasionado un perjuicio económico al patrimonio administrado.

El delito de administración desleal es un delito de mero perjuicio, no siendo necesario que el autor haya obrado con ánimo de lucro.[892]

El tipo penal de administración desleal requiere que «entre el titular del patrimonio a cuya protección se encuentra obligado el autor y el titular del patrimonio que experimenta el perjuicio resultante del comportamiento de aquel exista […] una relación de identidad».[893]

Faz subjetiva del tipo penal

El delito de administración desleal solamente puede cometerse con dolo, el cual puede ser tanto directo como eventual, no existiendo limitaciones a este respecto. Por consiguiente, la negligencia se encuentra excluida.[894]

Como se señaló anteriormente, el delito de administración desleal no requiere ánimo de lucro, así como tampoco otros elementos subjetivos distintos del dolo.[895]

Apropiación indebida

El delito de apropiación indebida se encuentra previsto en el artículo 470 número 1. Conforme a esta norma, las penas privativas de libertad del artículo 467 se aplicarán también a «los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla».

891 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 1-2022, considerando noveno.
892 Mayer (2022), p. 507.
893 Mañalich (2022), p. 304.
894 Mayer (2022), pp. 528 y 529.
895 Ídem.

La doctrina entiende que el artículo 470 número 1 regularía dos delitos diferentes: por un lado, un delito de «apropiación indebida», que sería un ilícito de «apropiación de cosa mueble con abuso de confianza», y, por otro lado, un delito de «distracción indebida», que sería un delito de «distracción de cosa mueble con abuso de confianza».[896]

Además de tratarse de distintos delitos, el bien jurídico protegido también sería diferente: el delito de «apropiación indebida» atentaría en contra de la propiedad, mientras que el delito de «distracción indebida» afectaría el patrimonio.[897]

Objeto material

El objeto material de ambos delitos del artículo 470 número 1 debe ser «dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble».[898]

Por consiguiente, se excluyen, como posible objeto material de estos delitos, los bienes inmuebles, los cuales, en cambio, sí pueden serlo de otros ilícitos, como la estafa o la administración desleal.[899]

Entre las cosas muebles que pueden constituir objeto material de la apropiación indebida, las que más dificultades han suscitado son las cosas muebles fungibles recibidas como género, en particular el dinero. Lo anterior por cuanto, en dicho caso, y con independencia del título por el cual se la recibe, la cosa pasa a ser de propiedad de quien la ha recibido justamente porque, debido a su objeto (constituido por dinero en cuanto cosa genérica), el título en cuestión será siempre traslaticio de dominio, existiendo solo la obligación de devolver una cantidad equivalente a la recibida.[900]

A fin de resolver los problemas que genera la anterior situación, una parte de la doctrina ha propuesto la siguiente interpretación del artículo 470 número 1: «Coincidiendo en este punto con la interpretación de la apropiación indebida que ofrece el último sector mencionado de la doctrina española, en cuanto a que en el respectivo precepto legal cohabitan dos tipos penales diferentes, aquí también se entiende que el art. 470 N° 1 CP prohíja dos figuras delictivas. Por una parte, la apropiación

896 Mañalich (2018a), pp. 155 y ss.
897 Mayer (2022), p. 478; Mañalich (2018a), p. 163.
898 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5013-2023, considerando undécimo.
899 Mayer (2022), p. 485.
900 Mañalich (2018a), p. 164; Mayer (2022), p. 485.

indebida propiamente tal, delito contra la propiedad que solo puede recaer sobre especies o cuerpos ciertos ajenos y cuya conducta típica consiste en la apropiación entendida como disposición de tales especies o cuerpos ciertos como señor y dueño de los mismos. Por otra parte, la distracción indebida de dinero, delito contra el patrimonio que, como la denominación propuesta indica, solo puede recaer sobre dinero u otros géneros y cuya conducta típica consiste en el no pago jurídico-penalmente reprochable –conforme a los criterios que más abajo se indican, indispensables para no permanecer en el ámbito de las etiquetas– de cantidades equivalentes a las recibidas».[901]

El título de recepción de la cosa mueble apropiada o distraída

El segundo requisito común a los delitos de apropiación y distracción indebidas consiste en la exigencia de que la cosa mueble apropiada o distraída haya sido recibida «en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla».[902]

Esta exigencia permite afirmar que quien tiene la cosa mueble que constituirá el objeto material de alguno de los delitos del artículo 470 número 1 «lo hace legítimamente, pues está facultado para ello, cuestión que distingue claramente a la apropiación indebida de delitos como el hurto. Sin embargo –y aquí es donde radica una de las particularidades del ilícito en estudio–, el agente se aprovecha de dicha circunstancia, así como de la confianza que se le ha brindado».[903]

El título en virtud del cual se recibe la cosa funda un vínculo de confianza especial en lo que concierne a su conservación o uso, vínculo que se ve quebrantado producto de la conducta prohibida. Como se ha señalado, el «quebrantamiento de la confianza que subyace a la comisión del delito de apropiación indebida no implica necesariamente faltar a una confianza de carácter personal, sino que, más bien, vulnerar la confianza más o menos impersonal que surge de las relaciones jurídico-patrimoniales propias de la vida moderna».[904]

---

901 Hernández (2005), pp. 228 y 229.
902 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5013-2023, considerando undécimo.
903 Mayer (2022), p. 487.
904 Mayer (2022), p. 476.

Perjuicio

El tercer presupuesto común a los dos delitos previstos en el artículo 470 número 1 está constituido por la exigencia de que la conducta prohibida cause un perjuicio patrimonial a alguna persona.

El perjuicio económico constituye un elemento del tipo penal, cuya concurrencia determina su consumación.[905]

Conducta prohibida

Partiendo de la base de que el artículo 470 número 1 prevé dos delitos distintos, uno de apropiación indebida y otro de distracción indebida, corresponde analizar el sentido de esas conductas.

En primer lugar, el delito de apropiación indebida sanciona todo acto que importe comportarse como señor y dueño de una especie o cuerpo cierto que ha sido previamente recibido en virtud de alguno de los títulos que el mismo artículo 470 número 1 indica. Se requiere, en consecuencia, un elemento material, que en este caso implica no restituir la cosa, «sea porque el agente la retiene para sí, sea porque dispone de ella, disposición que puede consistir en su consumo o enajenación»,[906] así como un elemento psicológico, que corresponde al ánimo de señor y dueño.[907]

Así, por ejemplo, se configurará un delito de apropiación indebida en el caso en que una persona retenga una costosa pintura que le habían encargado restaurar, negándose a devolverla, o en el caso en que la enajene a un comparador de arte. Existirá también un delito de apropiación indebida cuando una persona consuma un costoso licor que se le había encargado conservar o lo destruya. Por el contrario, no existirá apropiación frente al mero retardo en su devolución, reconociendo dominio ajeno.[908]

En sentencia rol 26731-2018, la Corte Suprema confirmó una sentencia definitiva que había condenado al imputado por un delito de apropiación indebida, en virtud de los siguientes hechos: el imputado, funcionario del Ejército de Chile, concurrió en una comisión de servicio a otra ciudad, a fin de cumplir con diversas gestiones. Una vez de regreso

905 Mayer (2022), pp. 489-491.
906 Hernández (2005), p. 210.
907 Mayer (2022), p. 481.
908 Ídem.

en su ciudad, el imputado no devolvió el arma de servicio con que había efectuado dicha comisión, una pistola marca Beretta, inscrita a nombre del Ejército de Chile, y, haciendo caso omiso a instrucciones expresas en tal sentido, la mantuvo en su poder. Una noche, el imputado se dirigió en su vehículo a una botillería, donde presuntamente habría sido abordado por personas desconocidas, a las cuales amedrentó extrayendo el arma antes mencionada y efectuando un disparo en la vía pública. Posteriormente, de camino a su hogar, arrojó la referida pistola en la vía pública, la cual fue encontrada por personas que transitaban por el lugar.[909]

El tribunal de instancia estimó que se configuraban todos los elementos del delito de apropiación indebida, considerando que el imputado recibió una cosa mueble por parte del Ejército, la cual debía custodiar y devolver cuando terminara su cometido. Ello no ocurrió, pues el imputado «desobedeció completamente tales preceptivas y no solo no devolvió el arma, sino que la llevó consigo al interior del portamaletas de su vehículo, y luego[,] al verse supuestamente amenazado por terceros, hizo uso de ella en la vía pública, para luego en un acto pueril e inaudito, dispone[r] materialmente de ella, arrojándola sin más desde el vehículo en movimiento a la calzada por donde transitaba». Este razonamiento fue confirmado por la Corte Suprema.[910]

Para que alguien que recibe una cosa en virtud de un título constitutivo de un vínculo especial de confianza esté en condiciones de apropiársela, es necesario, en primer lugar, que la cosa recibida conserve su estatus de ajena a través de su recepción. En efecto, uno solamente puede apropiarse de cosas ajenas, de modo tal que, si la cosa recibida no tiene dicho carácter, sino que es propia, no será posible determinar una apropiación.[911] Como se señaló, el carácter de ajena de la cosa confiada resultará excluido si ella es de naturaleza fungible y es recibida como cosa genérica, caso en el cual quien recibe la cosa se hace dueño de ella, quedando solamente obligado a devolver una cantidad equivalente a la recibida.

Por su parte, el delito de distracción indebida debe ser entendido como un delito de irrogación de perjuicio patrimonial a través de la

909 Corte Suprema de Chile, rol 26731-2018, considerando cuarto.
910 Corte Suprema de Chile, rol 26731-2018, considerandos sexto y séptimo.
911 Mañalich (2018a), p. 171.

desviación del dinero, los efectos o las cosas muebles recibidos en virtud de un título constitutivo de un vínculo especial de confianza, en términos tales que el perjuicio en cuestión ha de quedar determinado «o bien por la frustración de la finalidad que justificaba la recepción de la cosa bajo el título respectivo, o bien por la falta de satisfacción del derecho personal correlativo a la obligación de entregarla o devolverla, según corresponda».[912]

En consecuencia, la conducta típica en este caso no puede coincidir con la simple disposición del dinero, que, más bien, se identifica con la omisión del pago de una cantidad equivalente a la recibida. ¿Cuál es, entonces, el plus de relevancia que justifica la reacción penal frente a conductas que, en principio, no constituyen más que un incumplimiento de obligaciones civiles? Como se señaló, la mera omisión del pago de una cantidad equivalente a la recibida no es suficiente, por sí misma, para legitimar una condena a título de distracción indebida, sino que «debe considerarse también la conducta previa que condujo a tal omisión, conducta que debe comprobarse defraudatoria de intereses patrimoniales ajenos respecto de los cuales se han asumido deberes de resguardo».[913]

912 Mañalich (2018a), p. 172.
913 Hernández (2005), p. 229.

Capítulo 6

Delitos contra la función pública

Malversación o peculado

El artículo 233 sanciona al «empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substrajere o consintiere que otro los substraiga». La sanción para este delito dependerá del monto sustraído: si el monto sustraído excediere de 1 UTM y no pasare de 4 UTM, la pena será presidio menor en sus grados medio a máximo. Si el monto sustraído excediere de 4 UTM y no pasare de 40 UTM, la pena será presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Si lo sustraído excediere de 40 UTM, la pena será presidio mayor en sus grados mínimo a medio. En todos los casos se impondrá, además de la pena privativa de libertad, una multa del doble de lo sustraído y la inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Por su parte, el artículo 234 prevé un delito imprudente, sancionando al «empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior». La pena en este caso es «suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos».

Sujeto activo

El sujeto activo de este delito, así como de los demás delitos funcionarios, debe ser un funcionario público. De acuerdo con el artículo 260, para «los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependien-

tes de él, aunque no sean de nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular».

Además de requerir que el autor sea un funcionario público, el artículo 233 exige que este haya estado a cargo de los caudales o efectos sustraídos.[914] Como consecuencia de lo anterior, si una persona no cuenta con alguna de estas dos cualidades, no será posible sancionarla a título de malversación. Así, por ejemplo, si una persona particular sustrae caudales públicos que, por alguna razón, se encontraban a su cargo, no cometerá el delito del artículo 233. Asimismo, si un funcionario público sustrae caudales públicos que no estaban a su cargo, tampoco podrá ser sancionado por el delito de malversación de caudales públicos.[915]

Lo anterior es sin perjuicio de la situación excepcional regulada en el artículo 238, norma que aplica la sanción de los delitos de los artículos 233 a 238 a toda persona, empleado público o particular, que por cualquier concepto se halle encargada de fondos municipales o pertenecientes a una institución pública de instrucción o beneficencia. En este caso, lo relevante es la naturaleza y finalidad de los fondos.[916]

Conforme a la opinión mayoritaria, los delitos especiales se distinguen entre delitos especiales propios e impropios. Los primeros son aquellos en que la condición especial exigida por la ley funda el injusto y no existe una figura residual aplicable a aquellas personas que ejecuten la conducta incriminada sin cumplir con el requisito especial. Este es el caso, por ejemplo, del delito de prevaricación, previsto y sancionado en el artículo 223. Por el contrario, los delitos especiales impropios son aquellos en que la calidad personal exigida por el respectivo tipo penal solamente produce el efecto de agravar el juicio de reproche, de modo tal que la conducta realizada por aquellas personas que no posean dicha calidad especial sigue siendo punible mediante otro título, bajo una figura común.[917] Este es el caso, por ejemplo, del delito de parricidio, contemplado en el artículo 390. Sin perjuicio de que algunos autores

914 Corte Suprema de Chile, rol 38490-2017, considerando sexto (sentencia de reemplazo); Balmaceda (2014), p. 103.

915 Ossandón (2019), p. 126; Bunster (1948), p. 33; Acosta (1986), p. 427; Escobar y Castillo (2023), p. 494; Corte Suprema, rol 5733-2004, considerando sexto (sentencia de reemplazo).

916 Matus y Ramírez (2021), p. 302.

917 Balmaceda (2012), p. 49.

han criticado el uso de la expresión «delito especial impropio»,[918] la distinción ha sido consistentemente reconocida por la Corte Suprema.[919]

En el caso del delito de malversación de caudales públicos, la opinión mayoritaria señala que se trataría de un delito especial impropio.[920] En efecto, tal como ha reconocido la Corte Suprema, el resultado de no considerar la especial calidad exigida por el artículo 233 no es la absolución de quien ha sustraído los caudales públicos, sino el reencuadre del hecho punible en un delito común contra la propiedad o el patrimonio, usualmente hurto o apropiación indebida, dependiendo de si el autor tenía o no los caudales públicos dentro de su esfera de custodia.[921]

La específica forma en que debe interpretarse la exigencia de que el funcionario público haya tenido los caudales o efectos a su cargo ha sido objeto de polémica;[922] se ha discutido si ha de exigirse una tenencia institucionalmente reconocida o si, en cambio, basta con una tenencia meramente coyuntural. Cabe aclarar, no obstante, que existe consenso en que las expresiones «depósito», «consignación» y «secuestro», utilizadas por el artículo 233, no han sido empleadas en el sentido técnico que el Código Civil les confiere, sino que, por el contrario, la lectura de dichos títulos ha de efectuarse en sentido amplio.[923]

Despejado dicho obstáculo, cabe preguntarse cómo debe ser entendida la expresión «teniendo a su cargo». Variadas son las formulaciones que ha elaborado la doctrina para definir la idea subyacente a esta expresión.[924]

Una parte de la doctrina ha entendido la expresión «teniendo a su cargo» como una relación especial de custodia derivada de la función pública, que haría las veces, en este delito, de la expresión «abusando de su oficio» u otras semejantes que se emplean en otros delitos funcionarios y que les confieren precisamente la calidad de tales.[925] Que los

---

918 En este sentido, ver Mañalich (2012), p. 358.

919 Corte Suprema de Chile, rol 3799-2013, considerando quinto; rol 59856-2022, considerando noveno; rol 122925-2022, considerando noveno.

920 Balmaceda (2012), p. 50.

921 Corte Suprema de Chile, rol 3799-2013, considerando quinto. En este mismo sentido, sentencia rol 122925-2022, considerando noveno.

922 Ossandón (2019), p. 115.

923 Piña (2012), p. 183; Ossandón (2019), p. 116.

924 Un resumen de las distintas posturas puede encontrarse en Morales (2008), pp. 61 y ss.

925 Etcheberry (1998c), p. 238. De hecho, el autor agrega que «si el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de

bienes hayan sido confiados al cuidado o a la procura del agente activo supone que este tenga un poder sobre ellos, no siendo suficiente una relación adventicia u ocasional ni mucho menos un vínculo ilegal.[926]

Sin perjuicio de lo anterior, otra parte de la doctrina, recogida en algunas sentencias de la Corte Suprema, sostiene que no es necesario que el empleado público tenga la tenencia de los caudales «en razón» de su cargo por alguna disposición legal o reglamentaria, sino que basta con que el funcionario tenga los caudales con ocasión de su cargo.[927]

En la sentencia rol 38490-2017, la Corte Suprema abordó explícitamente este requisito. Si bien en este fallo la Corte Suprema sostuvo que no compartía la exigencia propuesta en doctrina, de que los bienes públicos estén vinculados al funcionario por una especial relación de custodia fundada en las respectivas disposiciones legales o reglamentarias, luego afirmó que dicho requisito no puede estar desprovisto de todo significado. Por el contrario, «el elemento normativo del tipo penal[,] consistente en que los caudales o efectos públicos sustraídos estén a cargo del funcionario público, requiere que estén a su cuidado, disposición o responsabilidad».[928]

Por consiguiente, es posible afirmar que, a pesar de que la Corte Suprema adscribe a una postura amplia, el elemento del tipo penal en estudio sí limita el círculo de sujetos activos, pues exige, al menos, que los efectos públicos estén bajo el cuidado o responsabilidad del funcionario público imputado. Así, por ejemplo, en su sentencia rol 735-2003, la Corte Suprema sostuvo que basta que una autoridad jerárquica superior haya encargado a un funcionario público de recibir y entregar dineros a quien corresponda para que, si no lo hace, incurra en la figura delictual señalada en el artículo 233.[929] Pues bien, si dicho encargo no hubiese existido, el funcionario público no se hubiese encontrado a cargo de los caudales públicos que posteriormente sustrajo, circunstancia que habría impedido tener por configurado el delito del artículo 233.[930]

---

sus funciones, sino por un encargo temporal o accidental, o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida, o un hurto, simple o calificado por abusos de confianza, pero no esta figura delictiva».

926 Guzmán (2009), pp. 351 y ss.; Rodríguez y Ossandón (2021), p. 455.

927 Corte Suprema de Chile, rol 735-2003, considerando noveno. En términos similares, rol 5733-2004, considerando sexto (sentencia de reemplazo).

928 Corte Suprema de Chile, rol 38490-2017, considerando octavo (sentencia de reemplazo).

929 Corte Suprema de Chile, rol 5733-2004, considerando décimo.

930 Escobar y Castillo (2023), p. 497.

Conducta prohibida

Como se señaló, el artículo 233 sanciona al empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga.

La conducta sancionada por este delito asume la forma de una sustracción dolosa de caudales o efectos. Ahora bien, dado que el eventual autor de peculado tiene ya la custodia de los efectos en cuestión, cabe descartar el recurso a la definición del concepto de sustracción que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia a propósito del delito de hurto. Por el contrario, la conducta típica de apropiación en el delito de malversación «ha de identificarse con una mutación fáctica de la correspondiente pretensión de detentación. Es decir: 'sustracción' significa mutación de custodia pública en custodia privada».[931]

Además de lo anterior, cabe señalar que, conforme a la opinión tradicional, la sustracción de los caudales públicos debe ser definitiva, pues este elemento permite precisamente distinguir el delito de peculado del ilícito contemplado en el artículo 235, a saber, la distracción indebida de caudales públicos.[932]

La penalidad del delito de peculado depende de la cuantía de lo sustraído, pudiendo llegar hasta presidio mayor en su grado medio. La elevada sanción del ilícito se justifica en atención a su carácter pluriofensivo, toda vez que, además de atentar en contra de los intereses de la administración pública, también constituye un ataque en contra de la función pública, al existir una infracción de los deberes de fidelidad del funcionario.[933]

Este último aspecto es crucial para entender la estructura del tipo penal, pues este expresa un especial disvalor respecto de la infidelidad del funcionario público, que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes «que tiene a su cargo», vulnerando la confianza en la correcta actuación administrativa.

931 Mañalich (2012), p. 369.
932 Piña (2012), pp. 148 y 149.
933 Videla (2009), p. 80; Balmaceda (2014), p. 105.

Objeto material

El objeto material del delito del artículo 233 son caudales públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro. El concepto de «caudal» es equiparable a cualquier objeto o efecto, bien mueble, dinero, valor negociable, que sea susceptible de apreciación económica.[934]

Caudales públicos son aquellos bienes económicos vinculados con la administración del Estado en su amplio alcance, incluidas las municipalidades y organismos autónomos, de manera que este concepto excede claramente al de bienes pertenecientes al fisco. Caudales particulares, en cambio, son aquellos que, teniendo la calidad de bienes privados, están a cargo de un empleado público con el objetivo de que los administre o custodie.

Faz subjetiva del tipo penal

El delito del artículo 233 requiere que el empleado público haya actuado con dolo. Una parte de la doctrina plantea que el delito de malversación del artículo 233 exigiría dolo directo,[935] mientras que otro sector admite su comisión con dolo eventual.[936]

Como se señaló, el artículo 234 prevé un delito imprudente, sancionando al «empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior». Este delito no constituye una hipótesis imprudente de malversación, pues los elementos típicos no son los mismos que en el artículo 233. Por esta razón, resulta preferible entender que se trata de un delito imprudente *sui generis*.[937]

Participación de *extraneus* en delitos funcionarios

¿Puede condenarse por un delito funcionario a una persona que no era empleado público si ha obrado concertada con otra que sí lo era?

---

934 Matus y Ramírez (2021), p. 300; Rodríguez Collao y Ossandón (2021), p. 452.

935 Matus y Ramírez (2021), pp. 304 y 305; Guzmán (2009), pp. 362 y 363.

936 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 459.

937 Rodríguez y Ossandón (2021), pp. 462 y 463; Matus y Ramírez (2021), pp. 304 y 305.

El problema de la comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos funcionarios ha generado una intensa discusión, tanto en doctrina como en jurisprudencia.

Un sector de la doctrina defiende la comunicabilidad absoluta de la calidad especial en casos de delitos especiales impropios, señalando que todas las personas que hayan intervenido en la ejecución del delito especial debiesen ser sancionadas bajo ese título, siempre y cuando, por supuesto, al menos una de ellas haya reunido la calidad especial exigida por el tipo penal.[938]

La mayoría de la doctrina, sin embargo, rechaza el anterior planteamiento y postula que, en el caso de delitos especiales impropios, solamente el *intraneus* puede ser sancionado por el delito especial, en tanto que el *extraneus* deberá responder por el delito común que corresponda aplicar ante la imposibilidad de recurrir al delito especial.[939]

Respecto de la postura de la jurisprudencia, si bien existen algunas sentencias en que los tribunales han adoptado la tesis de la comunicabilidad absoluta,[940] actualmente es posible afirmar que la Corte Suprema adscribe a la postura mayoritaria en doctrina. Como consecuencia de lo anterior, en el caso de delitos especiales impropios, no corresponde sancionar a las personas *extraneus* bajo dicho título, sino que ellas deben ser sancionadas por el delito común que sea aplicable. En palabras de la Corte Suprema: «no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al fisco, pero estafa».[941]

Así, por ejemplo, en sentencia rol 3799-2013, la Corte Suprema sostuvo: «en delitos especiales impropios, como la malversación de caudales públicos, la calidad personal solo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación, aunque sea a otro título. Esta distinción entre delitos especiales propios e impropios, es hoy aceptada y tratada –con matices– en la doctrina nacional, especialmente en materia de comu-

938 Novoa (2005), pp. 248 y ss.; Garrido (2003), pp. 332 y ss.

939 Cury (2011) pp. 646 y ss.; Etcheberry (1998a), pp. 81 y ss.; Náquira (2017), p. 272; Bullemore y Mackinnon (2007), p. 177; Van Weezel (2007), pp. 114 y 115; Escobar y Castillo (2023), pp. 498 y ss.

940 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 56136-1999; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, RIT 8-2019, considerando décimo primero; Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, RIT 18-2015.

941 Corte Suprema de Chile, rol 122925-2022, considerando noveno.

nicabilidad en la participación criminal [...]. Así las cosas, la cualidad personal del sujeto activo en el delito de peculado, no funda el injusto de la sustracción, sino [que] solo lo incrementa, de manera que separada hipotéticamente dicha cualidad de los hechos fijados en el fallo, es posible aún subsumir y castigar la conducta en otro tipo de carácter general, en el presente caso, en el delito común de hurto del artículo 446 N° 2 del Código Penal».[942] La Corte Suprema sostuvo la misma postura en las sentencias rol 59856-2022[943] y rol 122925-2022,[944] ambas pronunciadas en mayo de 2023.

La misma postura adoptó la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia rol 4691-2020. En este caso, un imputado trabajaba como empleado público en CENABAST, mientras que otra imputada trabajaba en una empresa privada. Ambas personas, concertadas previamente, cobraron a CENABAST facturas falsas por servicios inexistentes. A pesar de que el Ministerio Público acusó a ambas personas por el delito de fraude al fisco, el 8° Juzgado de Garantía de Santiago descartó condenar a la imputada *extraneus* por el mencionado delito, al no reunir la calidad especial de empleado público, condenándola, en cambio, por el delito de fraude de subvenciones del artículo 470 número 8.[945] En contra de esta sentencia, tanto el Ministerio Público como el Consejo de Defensa del Estado interpusieron recursos de apelación.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos interpuestos y confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que el delito de fraude al fisco es « de los denominados por la doctrina como delitos especiales impropios, esto es, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier sujeto, pero en los cuales la calidad especial del partícipe (*intraneus*) agrava la penalidad, existiendo un tipo residual aplicable a los que no posean dicha cualidad, (*extraneus*)».[946] A continuación, la Corte de Apelaciones agregó: «Que justamente por revestir el delito antes mencionado la calidad indicada en el motivo anterior, en que existe un tipo penal especial para sancionar a los partícipes que no revisten la cualidad de funcionarios públicos, (cuyo es el caso de los apelados), cual es la figura contemplada en el artículo 470 N° 8 del Código Penal,

942 Corte Suprema de Chile, rol 3799-2013, considerando quinto.
943 Corte Suprema de Chile, rol 59856-2022.
944 Corte Suprema de Chile, rol 122925-2022.
945 8° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 1116-2017, considerando séptimo.
946 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4691-2020, considerando tercero.

debe precisamente aplicárseles y sancionárseles de acuerdo a ella, por cuanto dicha cualidad especial no se comunica al *extraneus*, quien debe responder, como ya se dijo, por el tipo residual que fuere aplicable».[947]

La postura de la incomunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios, posición que la Corte Suprema ha confirmado reiteradamente, debiese preferirse por razones de proporcionalidad:[948] si los delitos especiales impropios tienen una pena superior a los respectivos delitos comunes, ello únicamente podría explicarse por la especial calidad personal que el tipo penal exige. Pues bien, si una persona no reúne dicha condición, ¿qué razón existiría para imponerle la pena aumentada del delito especial impropio en lugar de aquella del delito común? En efecto, y tal como se ha expresado, pareciera injusto a primera vista castigar como cómplice de parricidio al tercero extraño que coopera con el hijo que da muerte a su padre, puesto que si el hecho estuviere despojado de calificantes y el *extraneus* hubiere obrado individualmente, se le debería condenar por un delito de homicidio simple.[949]

Distracción de caudales o efectos públicos

El inciso primero del artículo 235 dispone: «El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído».

De acuerdo con el inciso segundo del mismo artículo, si no se verificare el reintegro de los caudales o efectos puestos a su cargo, se aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Por último, conforme al inciso tercero, si «el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa de la mitad de la cantidad sustraída, sin perjuicio del reintegro».

El rol del reintegro de los caudales o efectos sustraídos

De acuerdo con la opinión mayoritaria, la diferencia entre los delitos de los artículos 233 y 235 radica únicamente en si el empleado público efec-

947 Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4691-2020, considerandos tercero y cuarto.

948 Escobar (2023c), p. 286.

949 Cury (2011), p. 643.

tuó o no el reintegro de los caudales o efectos sustraídos. Si el empleado público no reintegra los caudales sustraídos, el delito que se configurará será el del artículo 233. Si, en cambio, el empleado público sí reintegra los efectos sustraídos, deberá ser condenado por el delito del artículo 235.[950]

En palabras de Matus y Ramírez, el rol del reintegro es « determinar la calificación de la aplicación a usos propios o ajenos de caudales o efectos públicos: si el reintegro es oportuno, la aplicación de los caudales o efectos públicos a usos propios o ajenos constituye el delito del art. 235; si no es oportuno, el hecho se califica de sustracción y se sanciona de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 [...]. En tales casos, el reintegro inoportuno, posterior al inicio de la persecución criminal, pero anterior al menos a la sentencia condenatoria, parece dar únicamente origen a la atenuante del art. 11 Nº 7 y no modificaría la figura punible».[951]

Un sector de la doctrina ha criticado la anterior interpretación, argumentando que los delitos de los artículos 233 y 235 serían distintos, toda vez que existen diferencias sustantivas entre ambas normas, las cuales no resulta posible pasar por alto. Así, por ejemplo, mientras que el artículo 233 exige que el empleado público tenga a su cargo los caudales o efectos en depósito, consignación o secuestro, el artículo 235 no establece ningún requisito similar. Una segunda diferencia es que el artículo 233 contempla la posibilidad de que los fondos sustraídos sean particulares, mientras que el artículo 235 no prevé dicha opción. En tercer lugar, el artículo 233 no contiene ninguna referencia al eventual reintegro de los fondos; esta solamente se encuentra en el artículo 235. Finalmente, el artículo 233 tipifica una modalidad omisiva de malversación, consistente en que el funcionario no impida la sustracción de los caudales o efectos puestos a su cargo, modalidad que no prevé el artículo 235.[952]

En virtud de estas diferencias, este sector de la doctrina propone interpretar los delitos de los artículos 233 y 235 como dos hipótesis delictivas diferentes, en los siguientes términos: «mientras que el potencial autor de la malversación tipificada en el art. 233 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su sola conservación, el potencial

950 Matus y Ramírez (2021), pp. 303 y ss.; Garrido (2010), pp. 445 y ss.; Etcheberry (1998c), pp. 241 y ss.
951 Matus y Ramírez (2021), p. 303.
952 Mañalich (2012), pp. 365 y ss.

autor de la malversación tipificada en el art. 235 ha de tener a su cargo los respectivos caudales o efectos en pos de su administración o inversión».[953]

Esta propuesta interpretativa permite comprender las diferencias existentes entre los artículos 233 y 235. En primer lugar, se explica que el artículo 233 comprenda caudales o efectos particulares como posible objeto material del delito: «la probidad en el desempeño de la función pública también ha de ser normativamente garantizada ante la situación de cualquier particular que se ve jurídicamente obligado o autorizado a dejar bienes en custodia de agentes de la administración».[954] En segundo lugar, esta interpretación también permite entender la razón por la cual, a efectos del delito del artículo 233, el eventual reintegro de los caudales sustraídos no determina la configuración del tipo penal ni la pena legalmente aplicable, sino que únicamente podría configurar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 número 7, pues la posición del empleado público en este caso está orientada a la sola conservación de los caudales puestos a su cargo. Finalmente, la solución permite comprender que el artículo 233 también tipifique una modalidad omisiva de malversación, pues ello «se condice perfectamente con su posición relativa a estos, como una posición funcional a la guarda o conservación de los mismos; y ello, hasta el punto de que el legislador afirma aquí el merecimiento de pena no solo del quebrantamiento doloso, sino también del quebrantamiento (inexcusablemente) negligente del mandato, dirigido al funcionario, de impedir que terceros sustraigan los caudales o efectos puestos a su cargo».[955]

¿Hasta cuándo puede realizarse el reintegro?

El artículo 235 no señala hasta qué momento es posible hacer la devolución de los caudales o efectos sustraídos. De acuerdo con la opinión mayoritaria, a fin de no aplicar las penas previstas en el artículo 233, la restitución debe realizarse con anterioridad al comienzo de la investigación del delito. Si la restitución se efectúa con posterioridad a dicho momento, ella solamente podrá configurar la circunstancia atenuante de responsabilidad penal del artículo 11 número 7.[956]

953 Mañalich (2012), p. 366.
954 Mañalich (2012), p. 367.
955 Ídem.
956 Garrido Montt (2010), p. 450; Labatut (2007), p. 82.

Aplicación pública diferente

El delito de aplicación pública diferente se encuentra previsto en el artículo 236, norma que dispone: «El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento».

La persona responsable debe ser un empleado público que administre los fondos que aplica, es decir, que tenga capacidad de disposición sobre ellos, conforme las normas legales y administrativas.[957]

En relación con el objeto material, el artículo 236 hace referencia a caudales o efectos que necesariamente han de ser públicos, en cuanto son administrados por un funcionario público. Dichos efectos, además, deben tener asignada una precisa finalidad, sea por ley, por disposiciones de rango inferior o por mandato de la autoridad competente.[958]

La conducta prohibida consiste en aplicar los fondos públicos a fines de idéntica naturaleza, pero diversos de aquellos a los que estaban destinados.[959] Además, es necesario que dicha aplicación pública diferente haya sido arbitraria, expresión que ha sido entendida como una aplicación antojadiza, caprichosa, sin causa, razón ni motivo.[960] Por consiguiente, no basta con que la aplicación de los fondos no se haya realizado con plena sujeción a lo dispuesto en las normas presupuestarias. Así, por ejemplo, no correspondería sancionar por este delito a un empleado público que efectúe una aplicación pública diferente de los fondos con la finalidad de aumentar la eficiencia de alguna institución pública que se encuentre enfrentando algún desafío o contingencia.[961]

El delito se consuma cuando se produce la efectiva aplicación diferente; no basta, por consiguiente, que el autor haya ordenado la apli-

957 Matus y Ramírez (2021: 306); Rodríguez y Ossandón (2021), p. 475.
958 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 475; Matus y Ramírez (2021), p. 306.
959 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 475; Etcheberry (1998c), p. 244; Rodríguez (2006), p. 245.
960 Labatut (2007), p. 82; Matus y Ramírez (2021), p. 306; Rodríguez y Ossandón (2021), pp. 476 y 477; Garrido (2010), p. 452.
961 Matus y Ramírez (2021), p. 307.

cación.[962] No se requiere, en cambio, la prueba del daño o entorpecimiento a la causa pública, elemento necesario solo para determinar la penalidad.[963]

Disposición general del artículo 238

El artículo 238 dispone:

> Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.
>
> En los delitos a que se refiere este párrafo, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo.

El inciso primero del artículo 238 extiende la sanción de estos delitos a los funcionarios públicos o personas particulares que, por cualquier concepto, se encontraren encargado de fondos municipales o pertenecientes a una institución pública de instrucción o beneficencia.[964]

En este caso, la relación del empleado o del particular con la cosa puede fundarse en alguna orden administrativa pronunciada por el funcionario competente.[965] Por esta razón, no puede afirmarse que esta disposición legal resulta superflua cuando la malversación sobre dichos fondos es ejecutada por algún funcionario público,[966] pues en realidad ella permite sancionar a los funcionarios, también, cuando tienen acceso a los fondos con ocasión del ejercicio de su cargo.

---

962 Matus y Ramírez (2021), p. 307; Rodríguez y Ossandón (2021), p. 477; Etcheberry (1998c), p. 244; Garrido (2010), p. 453; Rodríguez (2006), p. 245.

963 Matus y Ramírez (2021), p. 307.

964 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 480; Matus y Ramírez (2021), p. 302.

965 Matus y Ramírez (2021), p. 302.

966 En este sentido, Etcheberry (1998c), p. 238, quien sostiene: «Además, si las conductas de malversación respecto de dichos fondos son ejecutadas por un funcionario municipal o de tales establecimientos en el desempeño de sus cargos, la disposición del art. 238 resulta superflua e inútil. Por consiguiente, debe entenderse que el sentido y alcance del art. 238 es el de extender el ámbito del sujeto activo a ciertos particulares que, por cualquier concepto, se encuentren encargados de la custodia de esos fondos, aunque no tengan el carácter de empleados públicos».

Por su parte, el inciso segundo establece una agravación de la pena para los delitos que indica en el caso de que los fondos o caudales malversados excedieren de 400 UTM.

Fraude al fisco

El delito de fraude al fisco se encuentra previsto en el artículo 239, norma que dispone:

> El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.
>
> En aquellos casos en que el monto de lo defraudado excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.
>
> Si la defraudación excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales se aplicará la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio.
>
> En todo caso, se aplicarán las penas de multa de la mitad al tanto del perjuicio causado e inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo.

El delito de fraude al fisco tiene una connotación evidentemente patrimonial, pues exige que la conducta típica le cause el Estado un perjuicio económico, lo que permite afirmar que el bien jurídico protegido también está constituido por el patrimonio público.[967]

Sujeto activo

El igual que en los delitos anteriores, el sujeto activo debe ser un empleado público. No se trata, sin embargo, de cualquier funcionario, sino que este debe haber intervenido en «operaciones», y no de cualquier manera, sino «por razón de su cargo».[968]

A diferencia de lo que ocurre con el delito de malversación del artículo 233, el delito de fraude al fisco no requiere que el empleado público

967 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 483.
968 Balmaceda (2014), p. 112.

haya estado a cargo de los caudales o efectos en depósito, consignación o secuestro.[969]

Conducta prohibida

El artículo 239 sanciona al empleado público que «defraudare o consintiere que se defraude al Estado» en las operaciones en que debiere intervenir. En consecuencia, el funcionario público puede incurrir en esta figura delictiva mediante dos clases de comportamientos: defraudar o consentir que una tercera persona defraude al Estado,[970] expresión que debe entenderse como causar un perjuicio de carácter pecuniario a los intereses del Estado.

La conducta prohibida puede adoptar formas muy diversas, pues lo único que se requiere es que el empleado público, incumpliendo sus deberes, cause un perjuicio patrimonial al Estado en el contexto de las operaciones en que haya debido intervenir por razón de su cargo. Así, por ejemplo, comete un delito de fraude al fisco el empleado público que, en una contratación en que haya debido intervenir por razón de su cargo, paga un precio decididamente superior al de mercado sin ninguna justificación, causando con ello un perjuicio al patrimonio público. Asimismo, comete un delito de fraude al fisco el empleado público que, sin razón alguna, decide comprar más bienes de aquellos que la respectiva institución pública requiere, perjudicando patrimonialmente al Estado.

Al igual que en el delito de malversación de caudales o efectos, el artículo 239 también sanciona el supuesto en que el empleado público consiente en la defraudación realizada por un tercero.[971]

¿Constituye el delito de fraude al fisco una hipótesis especial de estafa? Una parte de la doctrina sostiene que el delito de fraude al fisco constituiría una hipótesis de fraude por engaño, similar al delito de estafa.[972]

En palabras de Matus y Ramírez: «El art. 239 sanciona una especial forma de fraude por engaño, en que el autor es un empleado público y la víctima, el fisco, representado por las instituciones que la ley señala,

969 Garrido (2010), p. 455.
970 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 487.
971 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 488.
972 Matus y Ramírez (2021), p. 308; Künsemüller (2017), pp. 65 y 66; Politoff *et al.* (2005), p. 498.

parecer que corresponde con el de nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes […]. Puesto que en este caso el empleado público utiliza un ardid para obtener la disposición de fondos a su favor o de un tercero, no puede cometer este delito el empleado que dispone o se encuentra 'a cargo' de los fondos en cuestión, sino otro que los obtiene de este, quien solo podría responder por las figuras de los arts. 233 a 235».[973]

Esta interpretación ha sido criticada, y con razón, por otro sector de la doctrina, que señala que el delito de fraude al fisco no constituye una hipótesis de fraude por engaño asimilable a la estafa.[974] En particular, se indica que la anterior interpretación, si fuere seguida de manera coherente, limitaría excesivamente el campo de aplicación del delito del artículo 239, porque «si efectivamente se trata de un caso de estafa no puede cometer el delito el funcionario que dispone directamente sobre patrimonio estatal, sino solo aquel funcionario que engaña a otro funcionario que actúa por el Estado y obtiene de este la realización de una disposición perjudicial de patrimonio estatal, situación que será totalmente excepcional, pues los funcionarios públicos rara vez son contraparte del Estado más allá de su relación estatutaria o laboral, ámbito en el cual, sin embargo, no intervienen por razón de su cargo».[975]

Esta última exigencia típica, es decir, que el empleado público haya intervenido en la operación por razón de su cargo, sugiere que el delito de fraude al fisco no tiene por finalidad sancionar situaciones en que el funcionario actúa como contraparte del Estado, sino que, por el contrario, busca castigar operaciones en las cuales el autor del delito debe representar al Estado frente a terceros, interpretación que vendría confirmada por el origen histórico del delito.[976] Por consiguiente, es posible entender que el injusto del delito de fraude al fisco se correspondería con un ataque en contra del patrimonio público ocasionado «desde dentro», como una hipótesis de administración desleal, y no «desde afuera», como ocurre en los casos de estafa.[977]

La jurisprudencia se encuentra dividida y es posible encontrar sentencias en uno y otro sentido, incluso de un mismo tribunal. Así, por

973 Matus y Ramírez (2021), p. 308.
974 Mañalich (2012), pp. 372 y ss.; Hernández (2005), pp. 235 y ss.; Balmaceda (2012), p. 95.
975 Hernández (2005), p. 235.
976 Hernández (2005), p. 236.
977 Mañalich (2012), pp. 372 y 373; Balmaceda (2012), p. 95.

ejemplo, en sentencias rol 29891-2014 y rol 56856-2022, la Corte Suprema afirmó que el delito de fraude al fisco constituye una hipótesis de estafa.[978]

Sin embargo, en sentencia rol 7006-2021, la misma Corte Suprema sostuvo justamente lo contrario, señalando que entender «el fraude al fisco como una forma de estafa con el elemento 'engaño' entre sus requisitos, implicaría incurrir en el absurdo de pretender que hubiera una persona natural a quien se haga artificiosamente que se represente una falsa idea de la realidad para que efectúe una disposición patrimonial con perjuicio para esta o terceros, lo que es prácticamente inaplicable en casos de personas jurídicas y en que se administra recursos de terceros o al menos de la comunidad».[979]

Por esta razón, pareciera preferible entender el delito de fraude al fisco como una hipótesis de administración desleal, pues «lo esencial en casos como los que esta figura de fraude al fisco pretende proteger, es de la acción malintencionada de quienes detentan funciones públicas justamente con facultades de administración y disposición patrimonial a nombre del fisco, es decir, que las ejerzan frustrando la misión que tienen sobre el patrimonio público, el que están llamados a gestionar de manera intachable al servicio de un fin último deseado en beneficio de la comunidad».[980]

También el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, en sentencia RIT 87-2022, sostuvo que el delito de fraude al fisco constituye en realidad una hipótesis de administración desleal, y no un caso de estafa,[981] razonamiento confirmado por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt.[982]

Cohecho

El concepto de corrupción no designa la afectación de un bien jurídico determinado, sino que hace referencia a un particular modo de ataque

978 Corte Suprema de Chile, rol 29891-2014, considerando vigésimo cuarto; rol 56856-2022, considerando noveno.
979 Corte Suprema de Chile, rol 7006-2021, considerando vigésimo segundo.
980 Ídem.
981 Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, RIT 87-2022, considerando décimo segundo.
982 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 119-2023, considerandos cuarto y quinto.

en contra de algún bien jurídico.[983] Por consiguiente, este modo de ataque puede afectar diversos bienes jurídicos, incluso de distinta naturaleza. Por corrupción se entiende una «vinculación contraria a intereses de una ventaja con el ejercicio de un poder de decisión transferido».[984] El cohecho constituye el paradigma de un delito de corrupción,[985]

El Código Penal chileno contempla diversos delitos de cohecho, todos ellos previstos en los artículos 248 y siguientes, y serán analizados a continuación.

Cohecho pasivo por razón del cargo

El inciso primero del artículo 248 sanciona al empleado público que, en razón de su cargo, solicitare o aceptare un beneficio económico o de otra naturaleza al que no tiene derecho, para sí o para un tercero. La pena en este caso es reclusión menor en su grado medio, inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporal en su grado mínimo y multa del tanto del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de 25 a 250 UTM.

Este delito de cohecho no requiere probar que dichos beneficios o prestaciones estén vinculados a un acto u omisión determinados, ni siquiera subjetivamente. La regulación pretende sancionar la dinámica asociada a los funcionarios a disposición, es decir, aquellos empleados públicos a quienes, mediante la entrega de ciertas gratificaciones periódicas, se les pretende mantener a buena disposición para asegurar la posterior y eventual ejecución de conductas, gestión de actividades o adopción de decisiones deseadas por quien ofrece o entrega dicho beneficio.[986] Por consiguiente, pueden subsumirse en este delito infracciones a deberes funcionariales genéricos que no podían sancionarse bajo la regulación anterior a la Ley 21.121, que vinculaba el cohecho a la realización u omisión de actos concretos y determinados.[987]

La conducta sancionada consiste en solicitar o aceptar, en razón del cargo, un beneficio económico o de otra naturaleza al que no se tiene derecho. No es necesario que la solicitud o aceptación se realice de ma-

983 Mañalich (2018b), pp. 96 y 97.
984 Kindhäuser (2007), p. 2.
985 Mañalich (2018b), p. 96.
986 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 373.
987 Matus y Ramírez (2021), p. 319.

nera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente una manifestación de voluntad en dicho sentido.[988]

El delito de cohecho no exige, para su configuración, que se pruebe la entrega efectiva del beneficio o prestación solicitada o aceptada.[989]

Con anterioridad a la publicación de la Ley 21.121, los delitos de cohecho requerían que el beneficio fuera de naturaleza económica. Ello fue modificado por la citada normativa, y actualmente el beneficio puede ser económico o de cualquier otra naturaleza.[990] Por consiguiente, el empleado público que solicita, en razón de su cargo, ser invitado a una específica fiesta, o la realización de una acción sexual, sí comete este delito de cohecho.

A fin de ejemplificar lo anterior, considérense los hechos acreditados en la sentencia RIT 250-2022, pronunciada en procedimiento simplificado, en que el Juzgado de Garantía de Vallenar condenó al imputado por un delito de acoso sexual del artículo 494 ter: «El día 18 de octubre de 2021, aproximadamente a las 10:15 horas, en la Dirección del Tránsito de la comuna de Vallenar […], oftalmólogo de dicha Dirección del Tránsito, con ánimo lascivo le manifestó a la paciente […] 'te puedo ayudar a agilizar los trámites para obtener tu licencia de conducir, pero a cambio hazme un favor' a lo que la víctima respondió si hacía referencia a dinero, manifestando el sujeto 'no necesito dinero, piense qué favor podría hacerme acá usted o después en privado', a lo que atendido el contexto de la situación, la víctima respondió '¿se refiere a algo sexual?', asintiendo el sujeto con movimientos de cabeza, generando con sus dichos y gesto afirmativo, una situación intimidatoria y humillante en perjuicio de […]».[991]

A pesar de que el tribunal condenó al imputado únicamente por un delito de acoso sexual, los hechos acreditados configuraban también un delito de cohecho. En efecto, y más allá del específico tipo penal de cohecho de que se tratare, cuya dilucidación habría requerido resolver algunas cuestiones adicionales, resulta indubitado que, a lo menos, el imputado solicitó un beneficio de naturaleza no económica «en razón de su cargo».

988 Rodríguez y Ossandón (2021), pp. 367 y 368.
989 Matus y Ramírez (2021), p. 320.
990 Rodríguez y Ossandón (2021), pp. 368 y 369.
991 Juzgado de Garantía de Vallenar, RIT 250-2022.

Cohecho pasivo por actos del cargo

El inciso segundo del artículo 248 sanciona al empleado público que «solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos». La pena en este caso es reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado medio y multa del tanto al duplo de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de 50 a 500 UTM.

En este caso, la solicitud o aceptación de los derechos o beneficios improcedentes debe haberse realizado «para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo». Aquí radica la diferencia entre este caso de cohecho y el del inciso primero del artículo 248, pues este último, según se señaló, únicamente requiere que el beneficio se acepte o solicite «en razón del cargo», independientemente del motivo. Por esta razón, si no se consiguiere acreditar que el beneficio fue solicitado o aceptado para realizar o por haber realizado algún acto propio del cargo, el hecho podrá de todas maneras sancionarse conforme al delito de cohecho del inciso primero del artículo 248.[992]

Al igual que en el caso anterior, se sanciona la sola solicitud o aceptación de un beneficio económico o de otra naturaleza, con independencia de si se recibe el beneficio o se realiza o no el acto propio del cargo.[993] Tampoco se requiere, a diferencia de la figura que se analizará a continuación, que el empleado público haya infringido los deberes de su cargo. Así, por ejemplo, comete este delito de cohecho el empleado público que, luego de haber entregado un pasaporte a una persona que así lo había solicitado, y habiendo respetado todas las normas aplicables, sin incurrir en ninguna irregularidad, le solicita a dicha persona el pago de $100.000.

Cohecho pasivo agravado

El inciso primero del artículo 248 bis sanciona al empleado público que «solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturale-

992 Matus y Ramírez (2021), p. 320.
993 Ídem.

za, 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». La pena aplicable es reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, la inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo y multa del duplo al cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta a la económica, la multa será de 100 a 1.000 UTM.

El inciso segundo del artículo 248 bis dispone que, si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de este una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos, perpetua, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso primero.

En este caso, el empleado público solicita o acepta un beneficio 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, circunstancia que explica la imposición de una pena agravada.[994]

Un funcionario infringe los deberes de su cargo al ejecutar un acto cuando contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece, las cuales pueden encontrarse en distintos textos normativos, ya sea de jerarquía legal o administrativa.[995]

Cohecho pasivo impropio

El artículo 249 sanciona al «empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III». La pena por este delito de cohecho es reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y multa del cuádruplo del provecho solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de 150 a 1.500 UTM.

994 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 381.
995 Rodríguez y Ossandón (2021), p. 384.

Conforme al inciso segundo del artículo 249, las penas previstas por dicho delito de cohecho «se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate».

El artículo 249 solamente hace referencia a los delitos funcionarios previstos en el Título V o en el párrafo 4 del Título III del Libro II del Código Penal. Si el beneficio fuere aceptado o solicitado para cometer algún delito distinto de aquellos, este delito de cohecho no será aplicable, sino que se deberá recurrir a los tipos penales de cohecho de los artículos 248 o 248 bis. Tal sería el caso, por ejemplo, de un empleado público que acepta un beneficio económico para cometer un delito de falsificación de instrumento público del artículo 193.

Cohecho activo o soborno

El inciso primero del artículo 250 sanciona a la persona que « diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico o de otra naturaleza, en provecho de este o de un tercero, en razón del cargo del empleado en los términos del inciso primero del artículo 248, o para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas». En cuanto a las penas, se aplicarán las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones. Respecto de la pena privativa de libertad, se impone la misma que al sobornado, en el caso de que el beneficio hubiere sido «dado u ofrecido». En cambio, si el beneficio hubiere sido «consentido», se prevé una rebaja penológica.

El inciso cuarto del artículo 250 se encarga de aclarar que, tratándose del beneficio dado, ofrecido o consentido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, las penas por el delito de cohecho se aplicarán sin perjuicio de las que además corresponda imponer por la comisión del crimen o simple delito de que se trate.

Cohecho a funcionario público extranjero

El artículo 251 bis sanciona a la persona que, «con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una acti-

vidad económica desempeñada en el extranjero, ofreciere, prometiere, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio económico o de otra naturaleza en provecho de este o de un tercero, en razón del cargo del funcionario, o para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto propio de su cargo o con infracción a los deberes de su cargo». La pena en este caso es reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado mínimo y, además, multa del duplo al cuádruplo del beneficio ofrecido, prometido, dado o solicitado, e inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de 100 a 1.000 UTM.

Para los efectos de este delito, el artículo 251 ter define «empleado público extranjero» como «toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, haya sido nombrada o elegida, así como cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, sea dentro de un organismo público o de una empresa pública. También se entenderá que inviste la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional».

El artículo 251 bis requiere que el beneficio hubiere sido ofrecido, prometido, dado o consentido «con el propósito de obtener o mantener para sí o para un tercero cualquier negocio o ventaja en el ámbito de cualesquiera transacciones internacionales o de una actividad económica desempeñada en el extranjero». Este requisito limita de manera relevante el campo de aplicación del delito de cohecho a funcionario público extranjero.

Faz subjetiva del tipo penal

De acuerdo con la opinión mayoritaria, todos los delitos de cohecho exigen, dada su estructura típica, que la persona responsable haya obrado con dolo directo, excluyéndose, por consiguiente, tanto el dolo eventual como la imprudencia.[996]

996 Matus y Ramírez (2021), pp. 318 y ss.; Rodríguez y Ossandón (2021), pp. 367 y ss.; Corte Suprema de Chile, rol 5898-2008, considerando 41°.

Regla sobre donaciones oficiales o protocolares, o de escaso valor económico que autoriza la costumbre

La Ley 21.121 incorporó un nuevo artículo 251 sexies, de acuerdo con el cual no será constitutivo de los delitos contemplados en los artículos 248, 250 incisos segundo y tercero, y 251 bis aceptar, dar u ofrecer donativos oficiales o protocolares, o aquellos de escaso valor económico que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación. Con todo, esto no se aplicará respecto del delito contemplado en el artículo 251 bis cuando se ofreciere, prometiere, diere o consintiere en dar a un funcionario público extranjero un beneficio para que omita o ejecute, o por haber omitido o ejecutado, un acto con infracción a los deberes de su cargo.

Esta regla solamente es aplicable a los delitos de cohecho en razón del cargo y por acto propio, ambos previstos en el artículo 248; al soborno en relación con el artículo 248, y al cohecho a funcionario público extranjero, siempre que no se trate en este último caso de la hipótesis vinculada a obtener del funcionario extranjero que omita o ejecute un acto con infracción a los deberes de su cargo, o bien por haber omitido o ejecutado ese tipo de actos. Por consiguiente, la regla en estudio no resulta aplicable a los delitos de cohecho vinculados a la infracción de deberes ni a la comisión de otros delitos ministeriales, tipificados en los artículos 248 bis y 249, así como tampoco al delito de soborno de los incisos cuarto y quinto del artículo 250.

Bibliografía

Acosta, Juan Domingo (1986). «Malversación de caudales públicos». *Revista Chilena de Derecho*, 13 (2): 422-427.

Aguilar, Christian (2012). *Delitos sexuales*, 2ª edición. Santiago: Editorial Metropolitana.

Aguilera, Sebastián (2021). «El nuevo tipo penal de abuso sexual por sorpresa y el abuso sexual con la circunstancia de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 83: 75-94.

Balmaceda, Gustavo (2011). «El delito de estafa en la jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIV (1): 59-85.

Balmaceda, Gustavo (2012). «Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 19 (2): 45-81.

Balmaceda, Gustavo (2014). «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno». *Revista de Derecho de la Universidad San Sebastián*, 20: 77-120.

Balmaceda, Gustavo (2021). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial, Tomo 1*. 4ª edición. Santiago: Librotecnia.

Bacigalupo, Enrique (1994). *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*. 2ª edición. Madrid: Akal.

BCN (2004). *Historia de la Ley N° 19.927*. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5733/>.

BCN (2021). *Historia de la Ley N° 21.153*. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/64673/1/HL_21153.pdf>.

Besio, Martín (2023). «Ámbito y estructura general de aplicación del artículo 449 del Código Penal chileno». *Política Criminal*, 18 (35): 187-213.

Bofill, Jorge, Jelvez, Valeria y Contreras, Sebastián (2019). «Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno». *Revista Derecho & Sociedad*, 52: 59-77.

Bullemore, Vivian y John Mackinnon (2007). *Curso de derecho penal, Tomo 2*. Santiago: LegalPublishing.

Bullemore, Vivian y John Mackinnon (2018). *Curso de derecho penal, Tomo 3*. 4ª edición. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Bunster, Álvaro (1948). *La malversación de caudales públicos: estudio de doctrina y jurisprudencia.* Memoria de prueba para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile.

Burghardt, Boris y Leonie Steinl (2021). «Sexual violence and criminal justice in the 21st century». *German Law Journal*, 22 (5): 691-702.

Calvert, Clay (2009). «Sex, cell phones, privacy, and the First Amendment: when children become child pornographers and the Lolita Effect undermines the law». *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Policy*, 18 (1): 1-66.

Camplá, Xaviera y Maurizio Sovino (2022). «Violencia sexual inducida por sustancias psicoactivas: caracterización y hallazgos». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 85: 73-108.

Carbonell, Juan Carlos y José Luis González (1996). «Artículo 140». En Tomás Vives Antón (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995, Tomo 1* (pp. 727-739). Valencia: Tirant lo Blanch.

Carrara, Francesco (1959). *Programa de derecho criminal. Parte especial, Tomo 4*. Bogotá: Temis.

Castillo, Alejandra (2023a). «La regulación penal con perspectiva de género y los principios generales del derecho penal: una revisión crítica». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXVI (2): 225-248.

Castillo, Alejandra (2023b). «Aproximación al contenido y límites de la violencia patrimonial en el contexto intrafamiliar». *Política Criminal*, 18 (36): 780-807.

Cisternas, Luciano (2017). *El delito de producción de pornografía infanto-juvenil como lesión a la intimidad y el honor de los menores de edad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Corn, Emanuele (2014). «La revolución tímida. El tipo de femicidio introducido en Chile por la Ley N° 20.480 desde una perspectiva comparada». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 21 (2): 103-136.

Corn, Emanuele (2021). «El N° 5 del apartado II del artículo 390 ter como clave de bóveda para la interpretación del nuevo tipo penal de femicidio en Chile». En Christian Scheechler (editor), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (pp. 221-239). Santiago: DER Ediciones.

Corn, Emanuele (2022). «Una revolución 'típica'. La reforma del delito de femicidio en Chile por la Ley Nº 21.212». *Revista de Ciencias Penales*, XLVIII (2): 57-78.

Cox, Juan Pablo (2003). *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*. Santiago: LexisNexis.

Cury, Enrique (2011). *Derecho penal. Parte general*. 10ª edición. Santiago: Ediciones UC.

Escobar, Javier (2017). «Problemas dogmáticos relacionados con el delito de violación con homicidio: comentario a la sentencia RIT 115-2015, del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 24 (1): 299-312.

Escobar, Javier (2018). «¿Permite el artículo 449 del Código Penal compensar racionalmente la agravante de reincidencia con una circunstancia atenuante? (Sentencias RIT Nº 221-2017 y 419-2017 del 3er Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago)». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXI (1): 375-386.

Escobar, Javier (2022a). «Problemas seleccionados del delito de violación con homicidio». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 58: 61-78.

Escobar, Javier (2022b). «Delitos de pornografía infanto-juvenil y casos de autoproducción de pornografía». *Política Criminal*, 17 (34): 673-695.

Escobar, Javier (2023a). «Abuso sexual cometido en un centro médico: sobre los contornos de la circunstancia comisiva de 'incapacidad para oponerse' y su relación con el delito de abuso sexual por sorpresa». *Revista de Ciencias Penales*, XLVIII (2): 171-194.

Escobar, Javier (2023b). «Sobre la necesidad de criminalizar la difusión no consentida de registros con contenido sexual». *Revista Justicia y Derecho*, 6 (2): 1-18.

Escobar, Javier (2023c). «Comunicabilidad de la calidad de empleado público en los delitos especiales impropios (sentencia rol 122.925-2022 de la Corte Suprema chilena)». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXVI (2): 281-287.

Escobar, Javier y Castillo, Ignacio (2023). «Informe en derecho sobre los requisitos y alcance del delito de malversación de caudales públicos (causa RUC 170035831-0)». *Política Criminal*, 18 (35): 490-511.

Etcheberry, Alfredo (1998a). *Derecho penal, Tomo 2*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Etcheberry, Alfredo (1998b). *Derecho penal, Tomo 3*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Etcheberry, Alfredo (1998c). *Derecho penal, Tomo 4*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fernández, José Ángel (2007). «Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis Código Penal: Una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo». *Ius et Praxis*, 13 (2): 105-135.

Frisch, Wolfgang (2012). *Estudios sobre imputación objetiva*. Santiago: Thomson Reuters.

Gallego, José Ignacio (2019). «Delitos contra bienes jurídicos patrimoniales de apoderamiento». En Mirentxu Corcoy (directora), *Manual de derecho penal. Parte especial, Tomo 1* (pp. 517-556). 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

García, Mercedes (2004). «Título I. Del homicidio y sus formas. Arts. 138 a 143». En Juan Córdoba y Mercedes García (directores), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, *Tomo 1* (pp. 3-66). Madrid: Marcial Pons.

Garrido, Mario (2003). *Derecho penal, Tomo 2*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Garrido, Mario (2010). *Derecho penal, Tomo 3*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Garrido, Mario (2008). *Derecho penal, Tomo 4*. 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Girao, Fabiola (2023). «Consideraciones sobre el significado y alcance del vocablo 'mujer' en el delito de femicidio». En Guillermo Oliver, Laura Mayer y Jaime Vera (editores), *Un derecho penal centrado en la persona. Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao, Tomo 2* (pp. 905-920). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Gómez, Francisco (2015). «Alcance del art. 362 Nº 2 CP. 'Aprovechamiento del autor de la imposibilidad de la víctima para oponerse'». *Revista de Ciencias Penales*, XLII (4): 267-278.

González, Juan José (2005). «Lección 2. Formas de homicidio (2). Asesinato. Inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición. La eutanasia». En Manuel Cobo del Rosal (coordinador), *Derecho penal español. Parte especial* (pp. 93-120). 2ª edición. Madrid: Dykinson.

González, Diego (2015). «El delito de parricidio: consideraciones críticas sobre sus últimas reformas». *Política Criminal*, 10 (19): 192-233.

González, Diego (2023). «Agresiones colectivas con resultado de muerte: tres aspectos dogmáticos y un comentario crítico sobre la mal llamada justicia paralela». En María Juliana Márquez, Mario H. Laporta y Jaime Vera Vega (coordinadores), *Sociedad del riesgo y expansión del derecho penal. Homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 367-394). Buenos Aires: B de F.

Grisolía, Francisco (1997). «La estafa procesal en el derecho penal chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 24 (3): 417-422.

Guzmán, José Luis (2009). *Estudios y defensas penales*. 3ª edición. Santiago: LegalPublishing.

Hadwa, Marcelo (2007). «El sujeto activo en los delitos tributarios y los problemas relativos a la participación criminal». *Política Criminal*, 3: 1-18.

Hernández, Héctor (2003). «Aproximación a la problemática de la estafa». En AA. VV., *Problemas actuales de derecho penal* (pp. 148-190). Temuco: Universidad Católica de Temuco.

Hernández, Héctor (2005). «La administración desleal en el derecho penal chileno». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI (1): 201-258.

Hernández, Héctor (2008). «Frustración de fines y perjuicio patrimonial en el derecho penal chileno». En José Ángel Fernández (coordinador), *Estudios de ciencias penales. Hacia una racionalización del derecho penal, IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales* (pp. 195-223). Santiago: LegalPublishing.

Hernández, Héctor (2010a). «La estafa triangular en el derecho penal chileno, en especial la estafa procesal». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXIII (1): 201-231.

Hernández, Héctor (2010b). «Por qué no puede prescindirse de la exigencia de error en la estafa». *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 1: 29-42.

Hernández, Héctor (2012). «Alcances al inciso 2° del art. 374 bis del Código Penal». *Doctrina Procesal Penal* 2011: 131-145.

Hörnle, Tatjana (2017). «The new German law on sexual assault and sexual harassment». *German Law Journal*, 18 (6): 1309-1329.

Hörnle, Tatjana (2018). «Rape as non-consensual sex». En Andreas Müller y Peter Schaber (editores), *The Routledge handbook of the ethics of consent* (pp. 235-246). Nueva York: Routledge.

Iñigo, Elena (2023). «Inducción al suicidio y solidaridad intersubjetiva: fundamentos para una reinterpretación del art. 143.1 CP». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25: 1-28.

Jordá, Carmen (2021). *La protección penal frente a los procesos extorsivos del crimen organizado en España. Una aproximación teórica y empírica*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Kindhäuser, Urs (2007). «Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código Penal alemán». *Política Criminal*, 2 (3): 1-18.

Künsemüller, Carlos (2017). «Aspectos actuales de los delitos de estafa». *Revista de Ciencias Penales*, XLIV (2): 45-70.

Labatut, Gustavo (2005). *Derecho penal, Tomo 1*. 9ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Labatut, Gustavo (2007). *Derecho penal, Tomo 2*. 7ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lampe, Joanna R. (2013). «A victimless sex crime: the case for decriminalizing consensual teen sexting». *University of Michigan Journal of Law Reform*, 46 (2): 703-736.

Lema, Daniel (2018). «Consideraciones sobre tipo objetivo del delito contemplado en el artículo 445 del Código Penal». *Revista de Ciencias Penales*, XLV: 685-692.

Londoño, Fernando (2016). «Estudio sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile. ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa?». *Revista de Ciencias Penales*, XLIII (3): 95-130.

Maldonado, Francisco (2003). «Delitos contra la libertad sexual. Tratamiento de la nueva regulación de los delitos sexuales». En AA. VV., *Problemas actuales del derecho penal* (pp. 227-265). Temuco: Universidad Católica de Temuco.

Mañalich, Juan Pablo (2010). «¿Responsabilidad jurídico-penal por causaciones de menoscabo patrimonial a propósito de fallas en la construcción de inmuebles?». *Política Criminal*, 5 (10): 341-351.

Mañalich, Juan Pablo (2012). «La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales». *Política Criminal*, 7 (14): 357-377.

Mañalich, Juan Pablo (2016). «¿Arrebato y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?». *Revista de Estudios de la Justicia*, 25: 247-258.

Mañalich, Juan Pablo (2017). «¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17». *Revista de Estudios de la Justicia*, 27: 171-182.

Mañalich, Juan Pablo (2018a). «Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del artículo 470 N° 1 del Código Penal». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 25 (1): 153-180.

Mañalich, Juan Pablo (2018b). «El cohecho como propuesta o aceptación de una donación remuneratoria». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 51: 95-122.

Mañalich, Juan Pablo (2020). «Homicidio alevoso, intervención delictiva y prescripción gradual. Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso 'Villa Grimaldi' (rol 1734-2017)». *Revista de Estudios de la Justicia*, 32: 209-227.

Mañalich, Juan Pablo (2022). «La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXV (2): 297-316.

Mañalich, Juan Pablo y Alejandra Olave (2021). «Tentativa y dolo eventual: una crítica de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema chilena». *Discusiones*, 27 (2): 165-184.

Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*. 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mayer, Laura (2011). «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII (2): 371-413.

Mayer, Laura (2012). «El delito de infanticidio: un caso de inconstitucionalidad de la ley penal». *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad de Viña del Mar*, 8: 119-143.

Mayer, Laura (2014a). «Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil». *Política Criminal*, 9 (17): 27-57.

Mayer, Laura (2014b). «El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLII (1): 285-319.

Mayer, Laura (2014c). «El engaño concluyente en el delito de estafa». *Revista Chilena de Derecho*, 41 (3): 1017-1048.

Mayer, Laura (2018). *Delitos económicos de estafa y otras defraudaciones*. Santiago: DER Ediciones.

Mayer, Laura (2022). «Delitos contra intereses patrimoniales». En Luis Rodríguez (editor), *Manual de derecho penal chileno. Parte especial, Tomo 2* (pp. 391-571). Valencia: Tirant lo Blanch.

Mayer, Laura y Jaime Vera (2021). «La nueva regulación del delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas». *Revista de Ciencias Penales*, XLVII (2): 519-558.

Mayer, Laura y Jaime Vera (2023). «Límites del abuso sexual por sorpresa como tipo penal residual». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 60: 61-86.

Minor, Angela D. (2016). «Sexting prosecutions: teenagers and child pornography laws». *Howard Law Journal*, 60 (1): 309-324.

Morales, Roberto (2008). «'Tener a su cargo' requisito exigido al funcionario público que comete la malversación de caudales públicos. Doctrina y jurisprudencia». *Revista del Ministerio Público*, 36: 61-69.

Muñoz, Francisco (2023). *Derecho penal. Parte especial*. 25ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Náquira, Jaime (2017). *Derecho penal chileno. Parte general, Tomo 2*. Santiago: Thomson Reuters.

Navas, Iván (2022). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Novoa, Eduardo (1961). «Algunas consideraciones acerca de la tentativa». *Revista de Ciencias Penales*, 20 (1): 3-32.

Novoa, Eduardo (2005). *Curso de derecho penal chileno, Tomo 2*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Oliver, Guillermo (2011). «Estructura típica común de los delitos de hurto y robo». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (1): 359-395.

Oliver, Guillermo (2013). *Delitos contra la propiedad*. Santiago: Thomson Reuters.

Oliver, Guillermo (2021). «Algunos problemas del nuevo sistema de determinación de pena de los delitos de hurto y robo». En Jaime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa* (pp. 133-151). Santiago: Thomson Reuters.

Oliver, Guillermo (2022). «Delitos contra la propiedad». En Luis Rodríguez (editor), *Manual de derecho penal chileno. Parte especial, Tomo 2* (pp. 211-389). Valencia: Tirant lo Blanch.

Oliver, Guillermo (2023a). «Sobre la procedencia o improcedencia de apreciar un robo con intimidación en los denominados 'turbazos' y en algunos casos de las llamadas 'estafas telefónicas'». En Raúl Carnevali (director), *Hacia un derecho penal liberal. Libro homenaje al*

profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder (pp. 791-810). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Oliver, Guillermo (2023b). «Objeto material del hurto o robo: necesidad de su determinación en el proceso penal». *Revista de Ciencias Penales*, XLVIII (2): 195-218.

Ossandón, María Magdalena (2010). «La faz subjetiva del tipo de parricidio». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIV (1): 415-457.

Ossandón, Magdalena (2014). «La técnica de las definiciones en la ley penal. Análisis de la definición de 'material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años'». *Política Criminal*, 9 (18): 279-337.

Ossandón, María Magdalena (2019). «El funcionario a su cargo, SCS, 15/01/2007, Rol N° 5733-04». En Tatiana Vargas (directora), *Casos destacados derecho penal parte especial* (pp. 113-130). Santiago: DER Ediciones.

Ossandón, María Magdalena (2022). «Delitos contra la vida». En Luis Rodríguez (editor), *Manual de derecho penal chileno. Parte especial, Tomo 1* (pp. 23-194). Valencia: Tirant lo Blanch.

Oxman, Nicolás (2013). «Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del 'phishing' y el 'pharming'». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI (2): 211-262.

Oxman, Nicolás (2015). «La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales». *Política Criminal*, 10 (19): 92-118.

Pastor, Nuria (2016). «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal». *Indret*, 4: 1-25.

Peñaranda, Enrique (2003). «Asesinato». En Miguel Bajo Fernández (director), *Compendio de derecho penal (parte especial), Tomo 1* (pp. 175-246). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Pérez, Mercedes (1998). «Figuras afines: extorsión. Robo y hurto de uso de vehículos. Usurpación». En Miguel Bajo Fernández (director), *Compendio de derecho penal (parte especial), Tomo 2* (pp. 419-436). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Piña, Juan Ignacio (2006). *Fraude de seguros*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Piña, Juan Ignacio (2012). «El delito de malversación de caudales públicos imputado a L.B.P.». *Doctrina Procesal Penal*, 10: 147-203.

Politoff, Sergio, Francisco Grisolía y Juan Bustos (1971). *Derecho penal chileno. Parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Politoff, Sergio (1999). *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2005). *Lecciones de derecho penal. Parte especial*. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ramírez, María Cecilia (2021a). «Comentarios a la jurisprudencia de la Corte Suprema y el concepto de convivencia a propósito del delito de femicidio». *Revista de Ciencias Penales*, XLVII (1): 235-242.

Ramírez, María Cecilia (2021b). «Política criminal y dogmática penal del femicidio en Chile después de la Ley Gabriela». *Revista de Ciencias Penales*, XLVII (2): 483-518.

Reamer, Frederic (2005). *Heinous Crime: Cases, Causes and Consequences*. Nueva York: Columbia University Press.

Rettig, Mauricio (2022). «Delitos contra la salud individual y contra la integridad moral». En Luis Rodríguez (editor), *Manual de derecho penal chileno. Parte especial, Tomo 1* (pp. 195-360). Valencia: Tirant lo Blanch.

Robles, Ricardo y Nuria Pastor (2021). «Delitos contra el patrimonio (III)». En Jesús María Silva Sánchez (director), *Lecciones de derecho penal. Parte especial* (pp. 287-313). 7ª edición. Barcelona: Atelier.

Rodríguez, Luis (2006). «La desviación de fondos públicos. Aspectos dogmáticos y político-criminales». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII (2): 243-265.

Rodríguez, Luis (2008). «Robo con violación». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXI (1): 75-99.

Rodríguez, Luis (2009). «Robo con homicidio». *Revista de Estudios de la Justicia*, 11: 131-151.

Rodríguez, Luis (2010). «La muerte de la víctima con ocasión de un atentado sexual». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 17 (1): 63-185.

Rodríguez, Luis (2013). «Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil». *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXVI (1): 145-166.

Rodríguez, Luis (2022). «Delitos contra la indemnidad sexual». En Luis Rodríguez (editor), *Manual de derecho penal chileno. Parte especial, Tomo 2* (pp. 78-210). Valencia: Tirant lo Blanch.

Rodríguez, Luis (2023). *Delitos sexuales*, 4ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez, Luis y Daniel Polanco (2015). «Autoría y participación en el delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil». *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLV (2): 131-150.

Rodríguez, Luis y María Magdalena Ossandón (2021). *Delitos contra la función pública*. 3ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rojas, Luis Emilio (2009). «El tipo de administración desleal en el derecho penal alemán». *Revista Penal,* 23: 138-171.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general, Tomo 1*. Madrid: Civitas.

Ryan, Elizabeth (2010). «Sexting: how the state can prevent a moment of indiscretion from leading to a lifetime of unintended consequences for minors and young adults». *Iowa Law Review*, 96 (1): 357-383.

Santibáñez, María Elena (2013). «Delimitación de la modalidad típica de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse en el delito de violación». *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 15: 43-60.

Santibáñez, María Elena (2020). «El consentimiento en los delitos sexuales y su reconocimiento en la legislación chilena: una mirada comparada, un planteamiento crítico y una propuesta *de lege ferenda*». En Laura Mayer y Tatiana Vargas (coordinadoras), *Las mujeres en las ciencias penales* (pp. 403-447). Santiago: Thomson Reuters.

Santibáñez, María Elena y José Tomás Humud (2021). «La faz subjetiva del tipo de femicidio íntimo». En Christian Scheechler (editor), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (pp. 129-149). Santiago: DER Ediciones.

Santibáñez, María Elena y Tatiana Vargas (2011). «Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)». *Revista Chilena de Derecho*, 38 (1): 193-207.

Scheechler, Christian (2012). «El *childgrooming* en la legislación penal chilena: sobre los cambios al artículo 366 quáter del Código Penal introducidos por la Ley N° 20.526». *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 3 (1): 55-78.

Scheechler, Christian (2019). «Aspectos fenomenológicos y político-criminales del *sexting*. Aproximación a su tratamiento a la luz del Código Penal chileno». *Política Criminal*, 14 (27): 376-418.

Scheechler, Christian (2021). «El ámbito de relaciones incluidas en el artículo 390 bis del Código Penal». En Christian Scheechler (editor), *El delito de femicidio en la legislación chilena* (pp. 107-127). Santiago: DER Ediciones.

Schlack, Andrés (2008). «El concepto de patrimonio y su contenido en el delito de estafa». *Revista Chilena de Derecho*, 35 (2): 261-292.

Schürmann, Miguel (2016). «Comentario de sentencia rol Nº 2512-2015 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel: la punibilidad del homicidio frustrado cometido con dolo eventual». *Revista de Ciencias Penales*, XLIII (2): 273-282.

Sepúlveda, Ivonne (2020). «Femicidio como un delito por razones de género en Chile». *Revista Jurídica del Ministerio Público,* 78: 88-113.

Sovino, Maurizio e Ivonne Huerta (2019). «Los alcances de la circunstancia comisiva de aprovechamiento de la incapacidad para oponerse de la víctima en los delitos contra la libertad / indemnidad sexual». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 77: 83-114.

Torenz, Rona (2021). «The politics of affirmative consent: considerations from a gender and sexuality studies perspective». *German Law Journal*, 22 (5): 718-733.

Triviño, Libertad (2022). «Comentario a la sentencia de fecha 15 de febrero del año 2022, RIT 25-2022». *Revista de Ciencias Penales*, XLVIII (3): 193-202.

Van Weezel, Alex (1997). «Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena». *Revista Chilena de Derecho*, 24 (3): 459-502.

Van Weezel, Alex (2001). «Robo con intimidación frustrado. Inconstitucionalidad del artículo 450, inc. 1° del Código Penal». *Revista Chilena de Derecho*, 28 (1): 191-194.

Van Weezel, Alex (2007). *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Van Weezel, Alex (2008). «Lesiones y violencia intrafamiliar». *Revista Chilena de Derecho,* 35 (2): 223-259.

Van Weezel, Alex (2023). *Curso de derecho penal. Parte general*. Santiago: Ediciones UC.

Vargas, Tatiana (2013). *Manual de derecho penal práctico*. 3ª edición. Santiago: LegalPublishing.

Vega, Alma Mirella (2021). «Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador». *Revista Penal de México*, 10 (18): 107-125.

Vera, Alejandra e Ivonne Sepúlveda (2011). «Aproximaciones a los bienes jurídicos protegidos y a las cuestiones concursales en el ámbito de los delitos vinculados a la pornografía infantil». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, 49: 194-220.

Videla, Lino (2009). «Aproximación a la doctrina y jurisprudencia chilena sobre delitos funcionarios. Malversación de caudales públicos y fraude al fisco». *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 22: 55-98.

Viganò, Francesco (2023) «Eutanasia y derechos fundamentales». *Política Criminal*, 18 (36): 500-537.

Vivanco, Jaime (2009). *El delito de robo con homicidio*. 3ª edición. Santiago: LegalPublishing.

Winter, Jaime (2018). *Delitos contra la indemnidad sexual*. Santiago: DER Edición.

Zamora, Francisca (2021). «Alcance del artículo 361 Nº 2 del Código Penal: incapacidad psicológica para oponerse». *Revista de Ciencias Penales*, XLVII (2): 259-270.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Vicky Hernández y otras v. Honduras, 26 de marzo de 2021.
Angulo Losada v. Bolivia, 18 de noviembre de 2022.

Corte Suprema de Italia

Corte Suprema de Italia, número 11675-2016, depositada con fecha 21 de marzo de 2016.

Corte Suprema de Italia, número 51815-2018, depositada con fecha 15 de noviembre de 2018.

Corte Suprema de Italia, número 5522-2020, depositada con fecha 12 de febrero de 2020.

Corte Suprema de Italia, número 4616-2022, depositada con fecha 09 de febrero de 2022.

Corte Suprema de Italia, número 2252-2021, depositada con fecha 20 de enero de 2021.

Tribunal Constitucional de Chile

Tribunal Constitucional de Chile, rol 220-1995, 13 de agosto de 1995.

Corte Suprema de Chile

Corte Suprema de Chile, rol 1124-2001, 26 de junio de 2002.
Corte Suprema de Chile, rol 4115-2022, 10 de marzo de 2003.
Corte Suprema de Chile, rol 1700-2005, 17 de agosto de 2005.
Corte Suprema de Chile, rol 2284-2005, 3 de enero de 2006.
Corte Suprema de Chile, rol 735-2003, 30 de enero de 2006.
Corte Suprema de Chile, rol 1719-2007, 24 de septiembre de 2007.
Corte Suprema de Chile, rol 1933-2007, 12 de agosto de 2008.
Corte Suprema de Chile, rol 5898-2008, 26 de enero de 2009.
Corte Suprema de Chile, rol 3557-2009, 18 de agosto de 2009.
Corte Suprema de Chile, rol 2368-2010, 20 de marzo de 2012.
Corte Suprema de Chile, rol 3799-2013, 30 de septiembre de 2013.
Corte Suprema de Chile, rol 2926-2013, 10 de octubre de 2013.
Corte Suprema de Chile, rol 7476-2013, 13 de noviembre de 2013.
Corte Suprema de Chile, rol 19798-2014, 2 de septiembre de 2014.
Corte Suprema de Chile, rol 23589-2014, 22 de octubre de 2014.
Corte Suprema de Chile, rol 29891-2014, 8 de octubre de 2015.
Corte Suprema de Chile, rol 17714-2016, 5 de mayo de 2016.
Corte Suprema de Chile, rol 37118-2015, 23 de agosto de 2016.
Corte Suprema de Chile, rol 49929-2016, 10 de mayo de 2017.
Corte Suprema de Chile, rol 19008-2017, 11 de julio de 2017.
Corte Suprema de Chile, rol 3761-2018, 24 de abril de 2018.
Corte Suprema de Chile, rol 38490-2017, 24 de agosto de 2018.
Corte Suprema de Chile, rol 16676-2018, 11 de octubre de 2018.
Corte Suprema de Chile, rol 21798-2018, 22 de octubre de 2018.
Corte Suprema de Chile, rol 26180-2018, 12 de diciembre de 2018.
Corte Suprema de Chile, rol 15391-2019, 20 de agosto de 2019.
Corte Suprema de Chile, rol 8647-2018, 24 de febrero de 2020.
Corte Suprema de Chile, rol 14771-2020, 16 de abril de 2020.
Corte Suprema de Chile, rol 90633-2020, 11 de septiembre de 2020.
Corte Suprema de Chile, rol 134189-2020, 17 de febrero de 2021.
Corte Suprema de Chile, rol 139835-2020, 15 de marzo de 2021.
Corte Suprema de Chile, rol 16941-2021, 5 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Chile, rol 1938-2021, 18 de junio de 2021.
Corte Suprema de Chile, rol 26731-2018, 30 de agosto de 2021.
Corte Suprema de Chile, rol 16955-2021, 6 de septiembre de 2021.
Corte Suprema de Chile, rol 37058-2021, 29 de noviembre de 2021.
Corte Suprema de Chile, rol 7006-2021, 23 de marzo de 2022.
Corte Suprema de Chile, rol 8230-2022, 7 de octubre de 2022.
Corte Suprema de Chile, rol 92176-2021, 06 de mayo de 2022.
Corte Suprema de Chile, rol 40795-2022, 23 de noviembre de 2022.
Corte Suprema de Chile, rol 59856-2022, 3 de mayo de 2023.
Corte Suprema de Chile, rol 122925-2022, 29 de mayo de 2023.
Corte Suprema de Chile, rol 138597-2022, 12 de junio de 2023.
Corte Suprema de Chile, rol 106702-2023, 25 de julio de 2023.
Corte Suprema de Chile, rol 71900-2020, 28 de julio de 2023.
Corte Suprema de Chile, rol 217408-2023, 11 de diciembre de 2023.

Cortes de apelaciones

Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1955-1997, 2 de octubre de 1997.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2088-1998, 29 de julio de 1998.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 56136-1999, 16 de octubre de 2003.
Corte de Apelaciones de La Serena, rol 244-2006, 15 de septiembre de 2006.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 168-2006, 9 de noviembre de 2006.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol 547-2007, 2 de noviembre de 2007.
Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 57-2010, 30 de agosto de 2010.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 431-2012, 30 de noviembre de 2010.
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 22-2011, 24 de febrero de 2011.
Corte de Apelaciones de La Serena, rol 56-2011, 19 de abril de 2011.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1348-2011, 8 de agosto de 2011.
Corte de Apelaciones de Talca, rol 280-2011, 17 de agosto de 2011.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol 632-2011, 31 de enero de 2012.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2079-2010, 23 de mayo de 2012.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol 287-2012, 6 de julio 2012.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 339-2012, 28 de diciembre de 2012.

Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 12-2013, 12 de marzo de 2013.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 576-2013, 30 de abril de 2013.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 129-2014, 3 de junio de 2014.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol 706-2014, 17 de septiembre de 2014.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 51-2015, 20 de febrero de 2015.
Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 36-2015, 20 de mayo de 2015.
Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 812-2015, 26 de enero de 2016.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2512-2015, 24 de febrero de 2016.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1086-2016, 16 de mayo de 2016.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1229-2016, 20 de mayo de 2016.
Corte de Apelaciones de La Serena, rol 159-2016, 31 de mayo de 2016.
Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 133-2016, 5 de julio de 2016.
Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 376-2016, 23 de septiembre de 2016.
Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 229-2016, 4 de enero de 2017.
Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 2-2017, 10 de febrero de 2017.
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 158-2017, 10 de abril de 2017.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 110-2017, 28 de abril de 2017.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 850-2017, 29 de mayo de 2017.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2400-2017, 14 de agosto de 2017.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol 665-2017, 26 de agosto de 2017.
Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 123-2017, 30 de agosto de 2017.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2792-2017, 01 de septiembre de 2017.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3552-2017, 7 de noviembre de 2017.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2993-2018, 5 de diciembre de 2018.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 706-2019, 8 de marzo de 2019.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol 250-2019, 29 de abril de 2019.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1946-2019, 25 de octubre de 2019.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2269-2019, 20 de diciembre de 2019.
Corte de Apelaciones de Arica, rol 161-2020, 23 de abril de 2020.
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 230-2020, 26 de mayo de 2020.
Corte de Apelaciones de Coyhaique, rol 180-2020, 17 de septiembre de 2020.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4691-2020, 20 de octubre de 2020.

Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4978-2020, 3 de noviembre de 2020.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5011-2020, 28 de octubre de 2020.
Corte de Apelaciones de Punta Arenas, rol 18-2021, 13 de marzo de 2021.
Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 55-2021, 26 de febrero de 2021.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol 387-2021, 25 de mayo de 2021.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol 481-2021, 9 de junio de 2021.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 2389-2021, 23 de septiembre de 2021.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2290-2021, 23 de noviembre de 2021.
Corte de Apelaciones de Temuco, rol 490-2022, 17 de agosto de 2022.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 3141-2021, 29 de agosto de 2022.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4183-2022, 7 de noviembre de 2022.
Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 1739-2022, 12 de enero de 2023.
Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 552-2022, 13 de enero de 2023.
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 580-2023, 18 de abril de 2023.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1176-2023, 5 de mayo de 2023.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2681-2023, 3 de julio de 2023.
Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 882-2023, 17 de julio de 2023.
Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 119-2023, 24 de julio de 2023.
Corte de Apelaciones de Iquique, rol 321-2023, 4 de octubre de 2023.
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol 1136-2023, 6 de noviembre de 2023.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5013-2023, 20 de noviembre de 2023.
Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2963-2023, 10 de enero de 2024.

Tribunales de juicio oral en lo penal

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 230-2004, 9 de diciembre de 2004.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, RIT 7-2008, 25 de marzo de 2008.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 132-2012, 23 de enero de 2013.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RIT 115-2015, 12 de mayo de 2015.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, RIT 18-2015, 19 de septiembre de 2015.

1° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 191-2015, 16 de septiembre de 2015.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 20-2016, 1 de marzo de 2016.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Ovalle, RIT 29-2016, 5 de abril de 2016.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT 1-2017, 2 de mayo de 2017.
2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 74-2018, 7 de agosto de 2018.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles, RIT 8-2019, 18 de marzo de 2019.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 546-2019, 14 de enero de 2020.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 152-2019, 13 de febrero de 2020.
7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2020, 06 de marzo de 2020.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 42-2020, 27 de enero de 2021.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 104-2021, 17 de agosto de 2021.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, RIT 282-2021, 6 de octubre de 2021.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de La Serena, RIT 128-2021, 14 de noviembre de 2021.
2° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 322 -2021, 15 de noviembre de 2021.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 225-2021, 7 de diciembre de 2021.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes, RIT 129-2021, 3 de febrero de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 129-2021, 24 de marzo de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT 52-2022, 19 de abril de 2022.
5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 120-2021, 21 de abril de 2022.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Villarrica, RIT 1-2022, 29 de mayo de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 89-2021, 22 de julio de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 49-2022, 28 de julio del 2022.
5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 59-2022, 29 de agosto de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 400-2020, 14 de octubre de 2022.
4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 558-2019, 22 de octubre de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 139-2022, 24 de octubre de 2022.
4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 3-2022, 27 de octubre de 2022.
6° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 255-2022, 8 de noviembre de 2022
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó, RIT 164-2022, 26 de noviembre de 2022.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Castro, RIT 61-2021, 17 de enero de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puerto Montt, RIT 87-2022, 19 de enero de 2023.
5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 36-2023, 15 de mayo de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 187-2023, 16 de mayo de 2023 (primer juicio).
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 524-2022, 22 de mayo de 2023
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 376-2023, 14 de agosto de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 208-2023, 7 de agosto de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RIT 27-2023, 16 de agosto de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Colina, RIT 24-2023, 11 de setiembre del 2023.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Osorno, RIT 23-2023, 12 de septiembre de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Felipe, RIT 70-2023, 25 de septiembre de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT 88-2023, 7 de octubre de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RIT 238-2023, 16 de octubre de 2023 (primer juicio).
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT 316-2023, 17 de octubre de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, RIT 23-2023, 1 de diciembre de 2023.
4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 202-2021, 11 de diciembre de 2023.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Punta Arenas, RIT 114-2023, 26 de diciembre de 2023.
5° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 168-2023, 24 de enero de 2024.
7° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT 309-2023, 14 de febrero de 2024.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT 460-2021, 28 de febrero de 2024.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, RIT 187-2023, 28 de febrero de 2024 (segundo juicio).
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT 4-2024, 11 de marzo de 2024.
Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RIT 238-2023, 3 de junio de 2024 (segundo juicio).

Juzgados de garantía

Juzgado de Garantía de Punta Arenas, RIT 2982-2016, 23 de diciembre de 2016.
8° Juzgado de Garantía de Santiago, RIT 1116–2017, 4 de septiembre de 2020.
Juzgado de Garantía de Pitrufquén, RIT 1025-2020, 8 de septiembre de 2020.

Juzgado de Garantía de Valdivia, RIT 5608-2021, 28 de octubre 2022.
Juzgado de Garantía de Vallenar, RIT 250-2022, 3 de enero de 2023.
Juzgado de Garantía de Chillán, RIT 3850-2021, 7 de marzo de 2023.

Anexo

Casos para resolver

Caso 1

Ernestina promete a Faustino pagarle la suma de 5.000.000 de pesos si mata a Gloria, su enemiga de antaño, dándole pistas acerca de la rutina que sigue Gloria diariamente, para que la sorprenda a solas de vuelta a su casa y así se asegure el resultado buscado. Faustino cumple el encargo y en un lugar solitario le asesta a Gloria dos certeras puñaladas, las que le causan la muerte de manera instantánea. Una vez cumplido el encargo, Faustino solicita el pago de los 5.000.000 de pesos, los cuales, sin embargo, Ernestina se rehúsa a pagar porque, en su opinión, Gloria no habría sufrido lo suficiente al morir.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Ernestina y Faustino.

Caso 2

David desea acabar con la vida de Tomás. Para llevar a cabo su plan, David compra un veneno muy efectivo y se dirige hacia el domicilio de su enemigo. Al llegar a la casa de Tomás, David se encuentra de frente con este y comienza una pelea entre ambos. David, al ser más fuerte y robusto, logra botar a Tomás y golpearlo en la cabeza. En este instante, David abre la botella de veneno, toma por la fuerza a Tomás y le vacía gran parte de esta en su boca, obligándolo a ingerir la sustancia. Tomás fallece a los dos minutos de haber consumido el veneno, luego de unas horribles convulsiones.

Pregunta: Analice la conducta de David.

Caso 3

Pedro, un pacífico médico sureño, se entera de que Diego había cometido una ofensa en su contra hace algunos meses, razón por la cual decide matarlo. Pedro, aprovechando que Diego ignoraba que él sabía la verdad, lo llama por teléfono y lo invita a cenar a su casa. Diego no sospe-

cha nada, ya que él conocía a Pedro, ambos eran médicos en la misma ciudad, y lo consideraba una persona de carácter pacífico. Una vez que Diego llegó a casa de Pedro, este le sirvió inmediatamente un vaso de vino blanco que contenía un potente narcótico. Tras caer Diego inconsciente, Pedro lo arrastró hasta el patio, donde había preparado el terreno cavando un profundo agujero. Pedro depositó en el agujero el cuerpo de Diego inconsciente y procedió a degollarlo, causando su muerte. Posteriormente, Pedro cercenó los dedos de las manos de Diego, los que le introdujo en la boca, cubriendo luego el cuerpo con tierra.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Pedro.

Caso 4

Alonso, un gran empresario, dueño de una cuantiosa fortuna, es padre de dos hijos, Emilio y Agustín, ambos ingenieros comerciales de profesión; los tres crearon una multimillonaria empresa de equipos electrónicos. Durante años, Alonso y sus dos hijos disfrutaron de una muy buena relación, tanto laboral como familiar. Sin embargo, cuando Alonso se divorció de la madre de sus hijos, comenzaron los conflictos.

La relación de sus hijos con la nueva pareja de Alonso era desgastante y muy conflictiva, haciendo que poco a poco todo lo que habían construido se destruya y creando, por el contrario, enemistad entre Alonso y sus hijos.

Un día, los dos hermanos y el gerente general de la empresa, Lorenzo, se reunieron a conversar sobre la desgastante situación entre Alonso y sus hijos, surgiendo la inquietud, hasta ese entonces inofensiva, de qué ocurriría si Alonso contrajese matrimonio con su nueva pareja, cuál sería su situación para heredar y qué pasaría con el gran patrimonio. Instados por la ambición y la envidia, los dos hermanos y el gerente general planearon una «solución» a sus problemas, con la intención de quedarse los tres con la empresa y el patrimonio de Alonso: Agustín compraría un veneno, Emilio lo prepararía y Lorenzo lo suministraría a Alonso en la próxima comida de grupo.

El sábado 15 de enero de 2019, toda la familia se reunió para un almuerzo familiar, al cual también fue invitado Lorenzo. Esto les brindó la oportunidad perfecta para ejecutar el plan, tal como había sido ideado: al término del almuerzo, Alonso falleció producto de un accidente cardiovascular ocasionado por envenenamiento.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Emilio, Agustín y Lorenzo.

Caso 5

Juan es un íntimo amigo de Bryan. Este último le dice al primero que, debido a sus actuales condiciones, ya no desea seguir viviendo, por lo que necesita pedirle ayuda. Bryan es demasiado cobarde para quitarse la vida, pero esto es lo que más desea. Por ello, le solicita asistencia a Juan, proponiéndole el siguiente plan: Bryan dejará una bomba en su casa, perfectamente confeccionada y preparada, pero, como es cobarde, Juan tendrá que apretar el botón de «comenzar». Las cosas se llevan a cabo tal como habían sido planeadas: la bomba explota, pero Bryan no fallece, sino que queda gravemente herido y notablemente deforme.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Juan.

Caso 6

David, un malabarista callejero que se gana la vida lanzando hacia el cielo machetes afiladísimos en calle Los Pinos, va todos los días muy temprano a trabajar. En dicha calle lanza una y otra vez los machetes hacia arriba, frente a las personas que llegan temprano a sus clases, quienes quedan impresionadas por su audacia. Un día, mientras David se encontraba trabajando en calle Los Pinos, llega hasta el lugar Federico, un antiguo enemigo. Cuando David ve a Federico inmediatamente recuerda todos los malos ratos que este le ha provocado, razón por la cual no deja de lanzar los machetes hacia el cielo, a pesar de que Federico estaba pasando justamente por su lado (Federico no lo reconoció, ya que David tenía una larguísima barba y se había rapado la cabeza). Justamente en ese momento, David pisa mal y no logra atajar correctamente uno de los dos machetes, el cual rebota en su mano y salta hacia Federico, cortándole dos dedos de su mano derecha, para desgracia de este.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de David.

Caso 7

Gabriela hace tres años que se encuentra a cargo del cuidado de José, un amigo cercano que tiene 75 años y se encuentra con demencia senil. Gabriela lo cuida durante el día, mientras los hijos de José trabajan. Dado el estado de José, su cuidado se ha vuelto para Gabriela una situación es-

tresante, lo cual la ha convertido en una persona violenta e impaciente, produciéndose las siguientes situaciones: el lunes, Gabriela golpea a José en el rostro, abofeteándolo para que este se quede en silencio y causándole un moretón en la cara que tardaría dos días en sanar; el miércoles, Gabriela golpea a José, pero esta vez con un cinturón, lo que le provoco equimosis en distintas partes del cuerpo, que tardarían 15 días en sanar; el jueves, en el contexto de una discusión, Gabriela empuja a José por las escaleras, lo que le provoco la fractura de una costilla, la cual tardará 34 días en sanar.

Pregunta: Califique jurídicamente la conducta de Gabriela.

Caso 8

El día 1 de septiembre de 2025, en horas de la madrugada, el imputado concurrió a la intersección de pasaje Maipú con Santiago, en compañía de la víctima, quien se encontraba en estado de ebriedad debido a que había concurrido a una fiesta previamente. En dicho lugar, el imputado, sorpresivamente, procedió a golpear a la víctima en diversas partes del cuerpo, con el objetivo de accederla carnalmente, objetivo que consiguió. Posteriormente, el imputado estranguló a la víctima usando los cordones de sus zapatillas, provocándole la muerte por asfixia por estrangulación con lazo.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal del imputado.

Caso 9

El imputado, quien trabajaba como médico en un hospital, aprovechó la circunstancia de que cuatro víctimas concurrieron a su consulta médica porque padecían distintos malestares. En dicho contexto, el imputado, con la excusa que tener que practicar distintas maniobras para aliviar los dolores, les pidió a las víctimas que se desnudaran y se acostaran en la camilla, para luego comenzar a tocar sus cuerpos en distintas zonas, incluyendo los genitales, sin ninguna justificación médica.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal del imputado.

Caso 10

Cristina es amiga de Marcela desde que tenían 14 años y ahora tienen ambas 24. Marcela siempre ha estado secretamente enamorada de Cristina. Un día, ambas deciden salir de fiesta junto con Lorenzo, quien es el

novio de Marcela. En aquella fiesta, mientras Lorenzo fue al baño, Marcela intentó besar a Cristina, quien rechazó su acercamiento y la increpó por aquello. En aquel momento, Marcela decide confesarle su amor a Cristina, haciendo que esta última decida marcharse inmediatamente. Al salir del baño, Lorenzo se percata que Marcela está sola y le pregunta qué sucedió, a lo que esta responde que tuvo una discusión con Cristina y ella decidió marcharse.

Marcela le dice a Lorenzo que la acompañe a casa de Cristina para hablar con ella y arreglar las cosas. Al llegar, le dice a Lorenzo que la espere en el auto mientras ella habla con Cristina. Lorenzo no se percata de que Marcela nunca toca la puerta principal, sino que ingresa por la puerta trasera de la cocina, que sabe que Cristina suele olvidarse de cerrar. Al ingresar al inmueble, Marcela ve a Cristina durmiendo en su cama, por lo que decide aprovechar la situación: Marcela ata a Cristina a la cama y la toca en sus genitales. Al ver que Cristina seguía sin despertarse, la primera va a la cocina, toma un objeto con forma de tubo, y lo utiliza para penetrar por vía vaginal a Cristina, momento en que esta última despierta gritando y pidiendo ayuda. En ese instante, Lorenzo entra corriendo y detiene a Marcela, llamando luego a la policía.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Marcela.

Caso 11

Una noche, mientras David paseaba por el centro de la ciudad, encuentra a Marcela, una mujer de 18 años que vive en una situación de gran precariedad. David, viendo una oportunidad, le ofrece a Marcela comprarle un caro vestido y otros artículos suntuarios si ella lo acompaña a un inmueble cercano para mantener relaciones sexuales con él. Marcela decide aceptar la propuesta, aunque el hecho de mantener relaciones sexuales con el oferente le produce una profunda repugnancia. Ya en una de las habitaciones del inmueble, y estando Marcela semidesnuda sobre la cama, David procede a tocarla, desnudándose posteriormente para realizar el acto sexual. En ese instante, sin embargo, Marcela se arrepiente, por lo que manifiesta su deseo de retirarse. David le impide a Marcela salir de la habitación, la toma fuertemente por los brazos y la golpea en la cara, para luego accederla carnalmente por vía vaginal.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de David.

Caso 12

José Arcadio es un gran aficionado a los drones. Toda esta nueva tecnología le parece lo más atractivo que existe. Controlar artefactos que vuelen como si fuesen extensiones de sus propios brazos le hace soñar con todas las posibilidades futuras. Una de estas posibilidades es, en su opinión, incursionar en una carrera criminal. Para estos efectos, decide comenzar de manera discreta: su vecino, un señor italiano con gran estilo y gusto, cada mañana prepara un café en su moka Belletti, una cafetera de óptima calidad. En este contexto, José Arcadio decide colocar un imán en su dron favorito, a fin de apropiarse de dicha moka. El plan de José Arcadio consistía en pilotear su dron desde el patio de su casa, ingresar por la ventana de la cocina de su vecino y apropiarse de la cafetera. Todo esto mientras su vecino, luego de haber colocado la moka en uno de los quemadores de la cocina, preparaba sus galletas con mermelada en la mesa de la cocina, dándole la espalda a la cafetera. El plan se lleva a cabo tal como había sido planeado, ya que José Arcadio es un gran piloto de drones.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de José Arcadio.

Caso 13

Romualdo y su ahijado Silvestre se dedican a robar casas cuyos ocupantes se encuentran fuera de la ciudad, de modo que se encuentran temporalmente sin moradores. Como Romualdo ya no tiene la agilidad de antes, él solo se encarga de llevar en camioneta a Silvestre a los lugares elegidos y esperarlo en la cercanía con el motor encendido para emprender luego la huida. Es Silvestre quien ingresa a las casas y sustrae las especies que le parecen más valiosas, siguiendo siempre los sabios consejos de su padrino.

Una noche deciden ir a robar a la casa de un antiguo jefe de Romualdo, casa que él conoce muy bien porque acudió en múltiples ocasiones a ella. Al llegar a las inmediaciones de la casa, Romualdo le da una serie de explicaciones sobre la mejor forma de ingresar a esa casa (por dónde debe trepar la reja, qué ventana del fondo debe romper, etc.) y sobre dónde se encuentran las cosas de más valor, y se queda esperando detenido en la esquina, sin vista directa a la entrada de la casa.

Cuando Silvestre se prepara para trepar por la reja del antejardín de acuerdo con las instrucciones de su padrino, se percata de que esta está sin llave, de modo que simplemente la abre e ingresa al jardín. Luego advierte que también ha quedado sin llave la puerta de la cocina, por lo que decide entrar por ahí. Una vez en el interior nada calza con las descripciones de Romualdo (después se sabe que el antiguo jefe se había cambiado de casa, y que esta la ocupa ahora otra familia), pero luego de buscar un buen rato encuentra en un armario una pequeña cajonera cerrada con llave, donde, luego de romperle las chapas con un destornillador, encuentra un gran número de joyas, que luego serán avaluadas en 120 UTM.

En esos mismos momentos, en el exterior, Romualdo advierte que por la calle de la casa se acerca una patrulla de carabineros, razón por la cual retrocede suavemente, da vuelta y se aleja del lugar, ante la posibilidad de que los policías se dirijan precisamente a la casa donde se encuentra Silvestre. Y tiene razón, porque los carabineros han sido alertados por el sistema de alarma silenciosa de la casa. Al escuchar que los carabineros entran al antejardín, Silvestre quiebra la ventana del baño, pasa a través de ella, alcanza el patio y salta hacia la calle.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Romualdo y Silvestre.

Caso 14

Hoy, 3 de mayo de 2021, ha llegado finalmente el estupendo día en que Claudia se cambiará desde su departamento compartido a su pequeño departamento estudio, donde podrá finalmente vivir sola, sin tener que soportar a su compañera de piso, quien trabaja como cantante profesional de ópera y cuyos ejercicios vocales interrumpían la paz que Claudia necesitaba para desarrollar su tesis doctoral sobre naturalismo y teoría del derecho. La mudanza se realizará con el apoyo de una empresa de mudanzas, la cual enviará un camión a casa de Claudia a las 14:00 horas aproximadamente. Para estos efectos, Claudia comenzó a dejar sus pertenencias en la calle a eso de las 13:45, esperando que llegara el camión. Claudia subió y bajó a su departamento aproximadamente cinco veces, bajando cada vez una caja llena de cosas y dejándola en la calle. En el último viaje, cuando venía bajando nuevamente, pudo ver que una persona tenía en sus manos su costoso reloj de velador, razón

por la cual le grita que deje las cosas allí. Esta persona, sin embargo, salió corriendo rápidamente, dejando a Claudia con un sabor amargo el día de su mudanza.

Pregunta: Analice la responsabilidad de la persona que tomó el reloj de Claudia.

Caso 15

Armando iba conduciendo su vehículo por calle Miraflores en dirección al norte. En este contexto, al llegar a calle Ismael Valdés Vergara se ve forzado a detenerse, ya que la luz del semáforo cambió a roja. En ese instante, justo mientras Armando pensaba en la posibilidad de pasar a comprar algunas cosas para su casa, siente un fuertísimo ruido, como si algo se quebrara detrás de él, logrando reaccionar y taparse la cabeza con sus manos. Una mujer, de manera rápida y sorpresiva, introduce sus manos por el espacio que la rotura del vidrio trasero del lado derecho del vehículo había dejado, y toma rápidamente la mochila de Armando, la cual se encontraba en el asiento trasero. La mujer se dio a la fuga por el parque en dirección al este. Producto de la rotura del vidrio, algunos pequeños trozos de este saltaron a la cara y cabeza de Armando, quien resultó con algunos pequeños cortes, los cuales tardaron en sanar tres días.

Preguntas: Analice la responsabilidad penal de la imputada.

Caso 16

Un día de otoño, a eso de las 20:00 horas, aproximadamente, Matías llega hasta una sucursal de un banco. Allí encuentra al guardia de seguridad, Roberto, quien tiene a su cargo el turno de noche. Matías le manifiesta entonces a Roberto que él trabaja en la empresa de tecnología de cámaras de seguridad que el banco ha contratado y que ha sido enviado por la gerencia de la empresa para reparar dos cámaras de seguridad que en dicha sucursal habían presentado un mal funcionamiento la semana previa.

A pesar de que efectivamente dos cámaras de seguridad habían presentado problemas de funcionamiento la semana pasada, la historia contada por Matías era falsa, por cuanto él no trabajaba en la empresa de tecnología, sino que era un delincuente de carrera, se había enterado del mal funcionamiento de las cámaras y se le había ocurrido la idea de

intentar apropiarse de cosas muebles ajenas. En este contexto, Matías confeccionó una credencial de la empresa de tecnología y compró un uniforme similar a aquellos que usan los técnicos en tecnología.

Roberto, al ver la credencial y el uniforme de Matías, y sabiendo que efectivamente había dos cámaras de seguridad que estaban funcionando mal, le cree y le permite ingresar a la sucursal del banco. Matías, una vez dentro, procede a sustraer diversas cosas muebles pertenecientes al banco, las coloca en un bolso que portaba y abandona el lugar.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Matías.

Caso 17

Rosita y Margarita son hermanas y actualmente viven juntas en una casa ubicada en Guillermo Gallardo, comuna y ciudad de Puerto Montt. Ambas hermanas han decidido irse de vacaciones, pero sabiendo lo peligroso que es Puerto Montt, optaron por buscar a alguien que pudiese encargarse de resguardar su hogar mientras ellas estarían ausentes. Las hermanas inmediatamente pensaron en Alberto, quien es su vecino y suele pasar todo el día en su casa, ya que se encuentra actualmente jubilado. Para que Alberto pudiese cuidar la casa era necesario que tuviera acceso a ella, por lo que Rosita y Margarita le entregaron una copia de las llaves de la reja de ingreso al inmueble y de las puertas delantera y trasera de la casa.

Alberto iba todos los días a las 18:30 horas a prender las luces de la casa y la televisión, yendo luego al día siguiente a las 10:00 horas a apagar todo y a abrir las cortinas, actividad que se convirtió en su rutina durante todo el tiempo en que las hermanas se encontraban fuera de la ciudad. Cuando faltaban solamente un par de días para que Rosita y Margarita volvieran, Alberto se enfermó de un resfriado, por lo que su nieto Ignacio fue a cuidarlo algunos días. Alberto, sabiendo la importancia del compromiso asumido con sus vecinas, decide encargarle a su nieto Ignacio las labores de cuidado de su casa, entregándole las llaves que había recibido para esta tarea.

El primer día que Ignacio fue a cuidar la casa de Rosita y Margarita, mientras encendía la televisión, observa un reloj y un computador sobre la mesa de centro del *living*. Ignacio, sumamente tentado por estas cosas tan costosas que él deseaba desde hace varios años, decide tomar el reloj y el computador y llevárselos. Al salir, Ignacio cierra todas las puertas

y ventanas y deja todo como su abuelo le indicó. Sin embargo, en ese momento se da cuenta de que, si todo está en perfecto orden, inmediatamente sospecharán de él, por lo que vuelve a ingresar a la casa, cierra todo por dentro, y luego rompe una ventana, saliendo por esta vía del inmueble. Así, piensa Ignacio, creerán que se trató de un robo común y corriente.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Ignacio.

Caso 18

Pedro, un comerciante que se encontraba en una delicada situación económica producto de varios negocios desafortunados, desesperado ante la ruina inminente decidió acometer una nueva empresa que le resarciera sus pérdidas, aprovechándose de su amigo Juan. Con tal objeto, le propuso a Juan realizar un negocio, la compra de un pequeño predio de 100 hectáreas, la mitad de ellas plantadas de eucalipto. Pedro explicó a Juan que el predio estaba en venta por un precio muy conveniente, solo 100.000.000 de pesos, y que era una oportunidad única, ya que el valor comercial era el doble. Para ello requería de 50 millones de Juan, sumados a los 50 millones que él aportaría al negocio. Para terminar de convencer a Juan, Pedro pintó unos carteles con la leyenda «se vende», los que puso en las afueras de un predio de una extensión cercana a las 100 hectáreas, al que llevó a Juan al día siguiente, para su inspección, sabedor de que los propietarios no se encontrarían en el lugar. Hecho esto, Juan le facilitó el dinero a Pedro el mismo día. Pedro, quien no tenía intenciones de realizar operación comercial alguna con el dinero, lo utilizó para pagar diversas obligaciones, adquirir acciones de un club de fútbol local y viajar con su familia a China, país que le interesaba conocer.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Pedro.

Caso 19

Maximiliano está muy interesado en obtener un nuevo teléfono celular, a pesar de que no cuenta con suficiente dinero. Un día cualquiera, Maximiliano se da cuenta de que Claudia, una compañera de trabajo, tiene un maravilloso nuevo teléfono, el cual incluye toda la tecnología disponible. Maximiliano está impresionado, pues no sabe cómo Claudia ha podido comprar un teléfono de tales características. Maximiliano

entonces le pide a Claudia revisar algunas características operativas del celular, señalando que él acaba de comprar uno, pero que todavía no lo ha recibido, lo cual es mentira. Claudia acepta y le entrega el celular a Maximiliano, instante en que este, no pudiendo resistir la tentación, decide apropiárselo, por lo que sale corriendo de la oficina con él.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Maximiliano.

Caso 20

Pedro, un discreto vendedor de artículos médicos, se encuentra en una compleja situación económica. Un día, Guillermo le comenta a Pedro que ha decidido junto a su familia organizar unas vacaciones de diez días en el extranjero. Sin embargo, Guillermo señala que existe un inconveniente: atendido el aumento de delitos contra la propiedad, el primero tiene temor por las valiosas joyas que él y su familia guardan en su casa. Por esta razón, Guillermo le pregunta a Pedro si sería tan amable de custodiar las joyas hasta que él y su familia regresen de su viaje. Pedro acepta inmediatamente, atendida la amistad existente. Una semana después, Pedro recibe en su casa la notificación de una demanda civil, ya que no había pagado un préstamo por varios millones de pesos que había obtenido un año antes. Pedro, ahora completamente desesperado y obnubilado, decide vender las joyas que Guillermo le había entregado y así pagar su deuda. Cuando Guillermo regresa a Chile y le pide a Pedro la restitución de sus joyas, este lo engaña, afirmando que hace un día unos ladrones ingresaron a su casa y sustrajeron diversas cosas de valor, entre las cuales se encontraban las joyas indicadas.

Pregunta: Analice la responsabilidad penal de Pedro.

Derecho penal: aspectos esenciales de la parte especial para la labor jurisdiccional
de Javier Escobar Veas

Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes

DER Ediciones

ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE