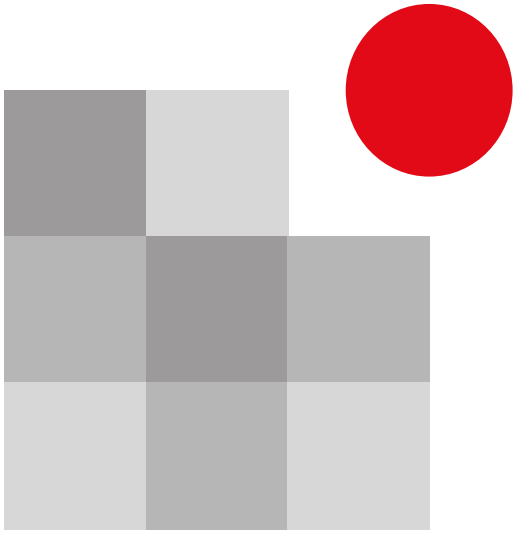
DERECHO PENAL II



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD I

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES FÍSICAS

CLASE 01

1. ASPECTOS PRELIMINARES AL ESTUDIO DE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

Antes de comenzar el estudio de la parte especial del Derecho Penal, la cual está constituida por el análisis de cada uno de los delitos en particular, es decir de las descripciones que el legislador estima que deben ser castigadas, cabe tener en cuenta dos precisiones.

En primer lugar se recapitulará en relación a la "*teoría del delito*" la cual tiene capital importancia en este nivel de estudio, ya que cuando se haga referencia a los conceptos técnicos ya explicados en cursos anteriores, éstos se entenderán por conocidos.

En segundo lugar cabe hacer presente que la forma de realizar el análisis de la materia propuesta se hará siguiendo lo que la doctrina denomina "*dogmática penal*", expresión que proviene de la palabra "*dogma*", la cual denomina a aquel hecho tenido como cierto sin necesitar confirmación[1], para efectos de este estudio, el dogma, es la ley y será el estudio de ésta el punto de partida de toda consideración. También se debe señalar que las expresiones que se manifiesten en cuanto a la conveniencia de mantención de una determinada norma, no son más que eso, debiendo siempre predominar las disposiciones legales vigentes.

1.1. Resumen de la Teoría del Delito

Como se señaló en el curso respectivo, delito para los efectos del estudio del Derecho Penal, es toda *"conducta (acción u omisión), típica, antijurídica y culpable".*[2]

Conviene recordar la diferenciación de los delitos realizada por el propio Código Penal en su artículo tercero, la cual discrimina entre crímenes, simples delitos y faltas.

- *Elementos del Delito*

Los elementos del delito son la acción; la tipicidad; la antijuridicidad; y la culpabilidad. Éstos se explican someramente a continuación.

---

[1] Un ejemplo de dogma, son aquellas verdades religiosas que no necesitan ser comprobadas y que para quienes las profesan no pueden ser cuestionadas, en la Religión Católica Apostólica Romana, la virginidad de la Madre de Jesús.

[2] El artículo 1 del Código Penal, define delito como "toda acción u omisión voluntaria penada por la ley"

– La Acción

Este concepto se señala como todo "*movimiento corporal voluntario que produce una modificación en el mundo exterior*", éste será el que se utilizará en esta unidad, con el fin de simplificar el estudio de las materias a conocer.

a) Teorías de la Causalidad

Como se estudió, la relación de una conducta con el resultado sancionado (en aquellos delitos que lo requieren), se realiza mediante la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, con la práctica de la "*supresión mental hipotética*" de aquellas condiciones que parecen causa del resultado. Luego al resultado de esta operación se le aplica el correctivo de la "*imputación objetiva*", la cual tiene por objeto limitar como causa aquellas conductas que hubieren creado o aumentado un riesgo reprobado por el ordenamiento jurídico y que se hubieren manifestado efectivamente en el resultado.

b) Exclusión de la Acción (Omisión)

La acción no es la única forma de causar un resultado dañoso que deba ser reprimido por el ordenamiento penal, como se señaló dentro del concepto de conducta se incluyen los de acción y omisión. Este último, produce los mismos efectos que la acción, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la doctrina, es decir la equivalencia con la acción (en el sentido de comprobar el nexo causal, mediante la "*adición mental hipotética*"), la concurrencia y efectiva asunción de la posición de garante.

– La Tipicidad

Como fiel reflejo del principio de legalidad, el Código Penal o cualquier otra ley que intente sancionar penalmente una conducta debe describirla a fin de limitar el castigo punidamente a su realización, es decir, señalar de la mejor manera posible cuales son los hechos por los que se castiga. El proceso de comparar la realizada con la descripción establecida en la ley, corresponde a la tipicidad.

En cuanto a la estructura de la figura delictiva y según la forma de realizar la descripción típica, se pueden encontrar ciertos elementos comunes, entre ellos la aparición de un sujeto activo, otro de carácter pasivo, un verbo rector, e incluso algunos elementos subjetivos, es decir que exigen una especial intención en el autor del ilícito.

– La Antijuridicidad

La antijuridicidad es entendida en la actualidad como la dañosidad social producida por la realización de una conducta típica, o en otras palabras la puesta en peligro o afectación real al bien jurídico protegido por la legislación. Esta concepción de la

antijuridicidad, denominada "*material*", tiene como complemento la "*formal*", que dice relación con la falta de autorización legal para realizar la conducta típica.

El concepto de bien jurídico protegido por la ley tiene especial importancia en esta asignatura, ya que según éste se realizará la clasificación de los ilícitos que se analizarán. Se puede entonces sostener que el bien jurídico protegido es *"el objeto de tutela legal*".

En relación con la exclusión de la antijuridicidad, cabe señalar que las causales legales de exclusión de la antijuridicidad, que constituyen la autorización legal para realizar una determinada conducta, en determinados casos excepcionales, son también llamadas "*causas legales de justificación*".

En este sentido, las causales de justificación como situaciones excepcionales que son, se encuentran prescritas en la ley, entre ellas se puede reseñar la legítima defensa en todas sus formas, como la propia, la de parientes, la de extraños y la privilegiada.

– La Culpabilidad

La culpabilidad para los efectos de este curso se entiende como el "*reproche*" que se realiza a quien podía o debía actuar distinto pero eligió libremente realizar una conducta delictiva.

En cuanto a la estructura de la culpa, dentro de la sistematización que se realiza de la culpabilidad y que se estudió en su momento se distinguen los elementos positivos de la misma (dolo y culpa) y los elementos negativos (imputabilidad, conciencia de la ilicitud e inexigibilidad de otra conducta).

En relación al dolo éste puede definirse como *"el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de su realización*", de esta definición pueden extraerse los siguientes elementos:

1) Elemento Intelectivo: Conocimiento de los Elementos del Tipo

Este elemento se reconoce como el conocimiento que de los elementos típicos posee el autor del delito, frente a los cuales puede errar, en estas circunstancias y dependiendo de la posibilidad de evitar el error, dependerán los efectos del mismo. Así, de ser un *"error de tipo evitable*" excluirá únicamente el dolo dejando presente al culpa; en el caso de ser un "*error de tipo inevitable*", se dejarán de lado ambos conceptos y la conducta será impune.

CLASE 02

2) Elemento Volitivo: El Querer

El elemento voluntario del dolo en la actualidad ha perdido importancia, ahora éste permite reprochar a título de dolo una conducta a un sujeto determinado en el caso que su intención esté dirigida inequívocamente al cumplimiento de los elementos del tipo. Sin embargo el hecho delictivo se puede haber cometido por medio de culpa, la cual se explica a continuación.

La culpa es aquel juicio de reproche que se realiza a un sujeto que debiendo prever y evitar un resultado, o no pudiendo menos que preverlo o evitarlo, decide actuar de todos modos. Cabe señalar que en el Código Penal los delitos culposos constituyen una excepción, destinada sólo a un tipo especial de delitos.

Cabe de todas formas hacer un breve recuerdo de la diferencia entre los conceptos de dolo eventual y culpa con representación, sobre los cuales se razonará a lo largo de este curso. En este contexto el dolo eventual, comparte la gran mayoría de los elementos con la culpa con representación, es decir aquella especie de culpa en la cual el sujeto conoce perfectamente el deber de cuidado que pesa sobre él y las consecuencias de su conducta pero decide actuar pensando que el resultado no se producirá gracias a su pericia[3], pero se diferencia en el hecho que en el caso del dolo eventual al autor o sujeto activo le es indiferente el resultado[4].

– La Responsabilidad Penal

Como se señaló en el curso pertinente, en el derecho penal una persona es responsable cuando su conducta es sancionable por la ley. De esta manera la responsabilidad será de carácter penal cuando el autor o sujeto activo realice una conducta que sea contraria al ordenamiento jurídico penal. Por lo antes expresado se puede definir responsabilidad penal de la siguiente manera:

[3] Por ejemplo, en el caso del tenista que lanza su raqueta al público, confiando en que no golpeará a nadie debido a que la lanzó con precisión contra el único asiento vacío del Estadio. En este caso el tenista conoce claramente cuales son las consecuencias de su actuar imprudente, pero confía en que el resultado no se producirá gracias a su talento.

[4] En el mismo caso anterior, al tenista que lanza la raqueta, no actúa confiando en sus habilidades sino que “le da lo mismo” lesionar a algún espectador. En este caso la imprudencia es tan grave que se equipara al dolo y se lo denomina de esta especial manera.

Como la consecuencia última del delito, en el sentido de ser la respuesta final impuesta por el Estado, a través de la cual se considera al autor del hecho delictivo como merecedor de la sanción prevista en el tipo penal.

Por consiguiente la inexistencia de conducta; la atipicidad[5]; la justificación[6] y la inculpabilidad[7] no permiten la existencia de responsabilidad penal, es más, dan origen a lo que comúnmente se denomina *ausencia de responsabilidad penal*. Existe también, la posibilidad que con posterioridad a la determinación de la concurrencia de todos los elementos del delito, el legislador considere que dadas ciertas circunstancias no sea conveniente sancionar al sujeto activo, estas son las siguientes:

1.2. Bien Jurídico Protegido

Para Schwinge[8], el proceso de interpretación de los delitos prescritos por la ley debía hacerse siempre en relación con los bienes jurídicos protegidos por la norma, convirtiendo en fundamental este concepto, el cual desde este momento se encuentra como institución central detrás de cada proceso de interpretación.

Para Schünemann[9] son "*bienes jurídicos (...) los derechos inalienables y bienes de los individuos y de la sociedad".*

En resumen, el bien jurídico es el fundamento de la imposición de una pena a una determinada conducta, y para clarificar por completo esta recapitulación, se puede plantear el siguiente ejemplo:

Por ejemplo

En el delito de robo con fuerza, el objeto material del delito son las especies robadas, en cambio el bien jurídico protegido es el patrimonio del sujeto pasivo.

---

[5] El hecho no se encuentra descrito en la ley.

[6] Existe una causa de justificación que no permite determinar la antijuridicidad de la conducta.

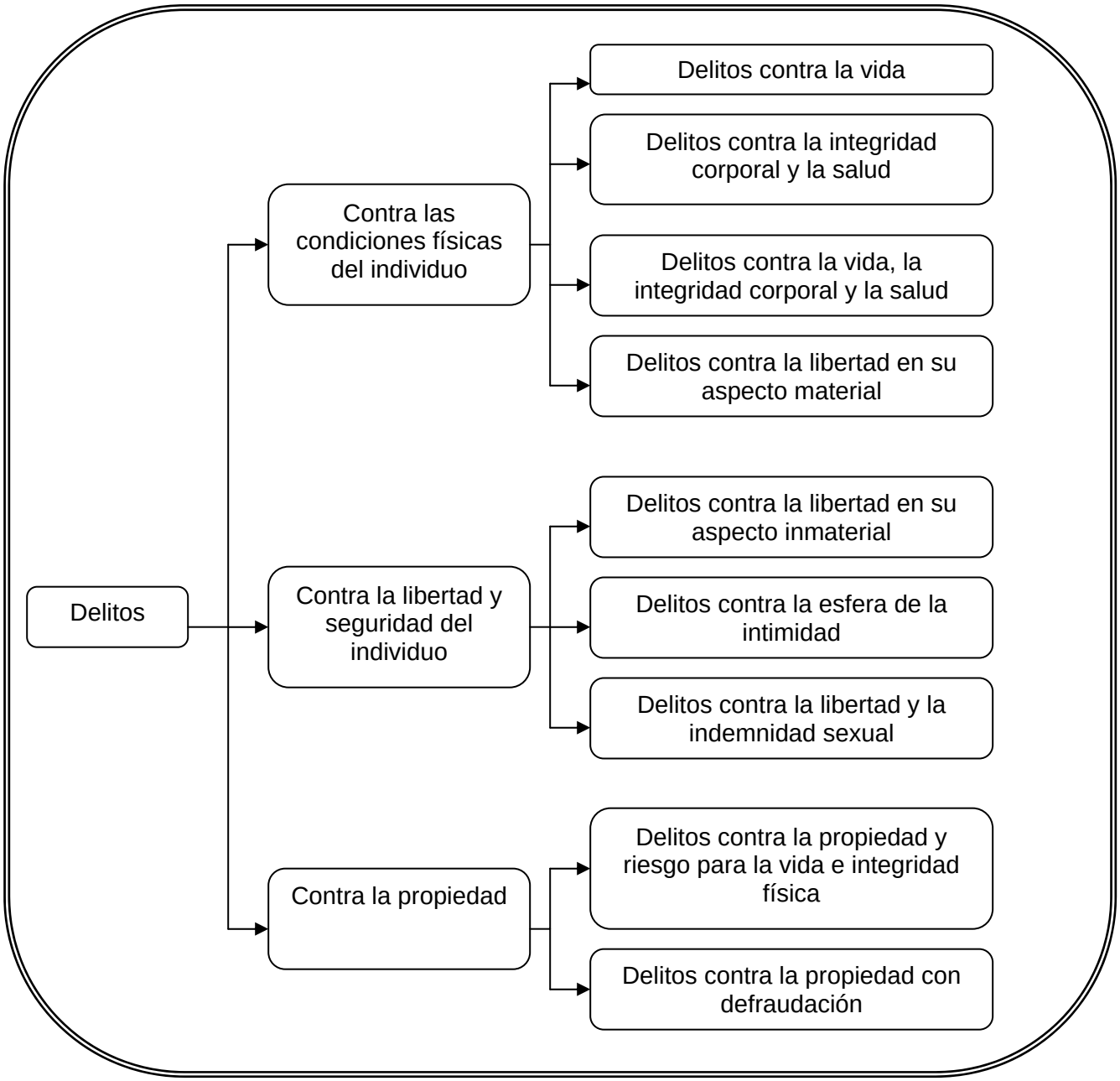
[7] No existe culpabilidad bajo ningún título.

[8] SCHWINGE, *Teologische Begriggsbildung im strafrecht.,* 1930, pp. 21 y SS. En SCHÜNEMANN, BERND. *Introducción al Razonamiento Sistemático del Derecho Penal.*

[9] SCHÜNEMANN, BERND,."La significación del Principio Penal de Culpabilidad en la época de la Globalización". En BERNAL C. JAIME, (ed). XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Homenaje a Fernando Hinestrosa. Bogotá, U. Externado, 2003. pp 216.

Así, según el bien jurídico protegido por cada delito se analizarán cada una de las figuras especiales, se dispondrá la exposición de los contenidos en relación al siguiente esquema:

Figura Nº 1: Clasificación de los Delitos en razón del Bien Jurídico Protegido



A continuación se hará referencia a los delitos contra las condiciones físicas del individuo.

CLASE 03

2. LOS DELITOS CONTRA LAS CONDICIONES FÍSICAS DEL INDIVIDUO

Los delitos que se expondrán a continuación dicen relación con aquellas figuras que se encuentran reguladas como forma de entregar protección a los bienes jurídicos que cautelan las condiciones físicas del individuo, los cuales a su vez se clasifican en delitos contra la vida y delitos contra la salud del individuo.

Así entonces, en cuanto al primer grupo, los bienes jurídicos protegidos son tanto la vida humana independiente como dependiente. La vida humana independiente es la vida que es la existencia biológica misma del individuo, en cambio la dependiente es la existencia biológica que se extiende hasta antes de la finalización del proceso fisiológico del parto.

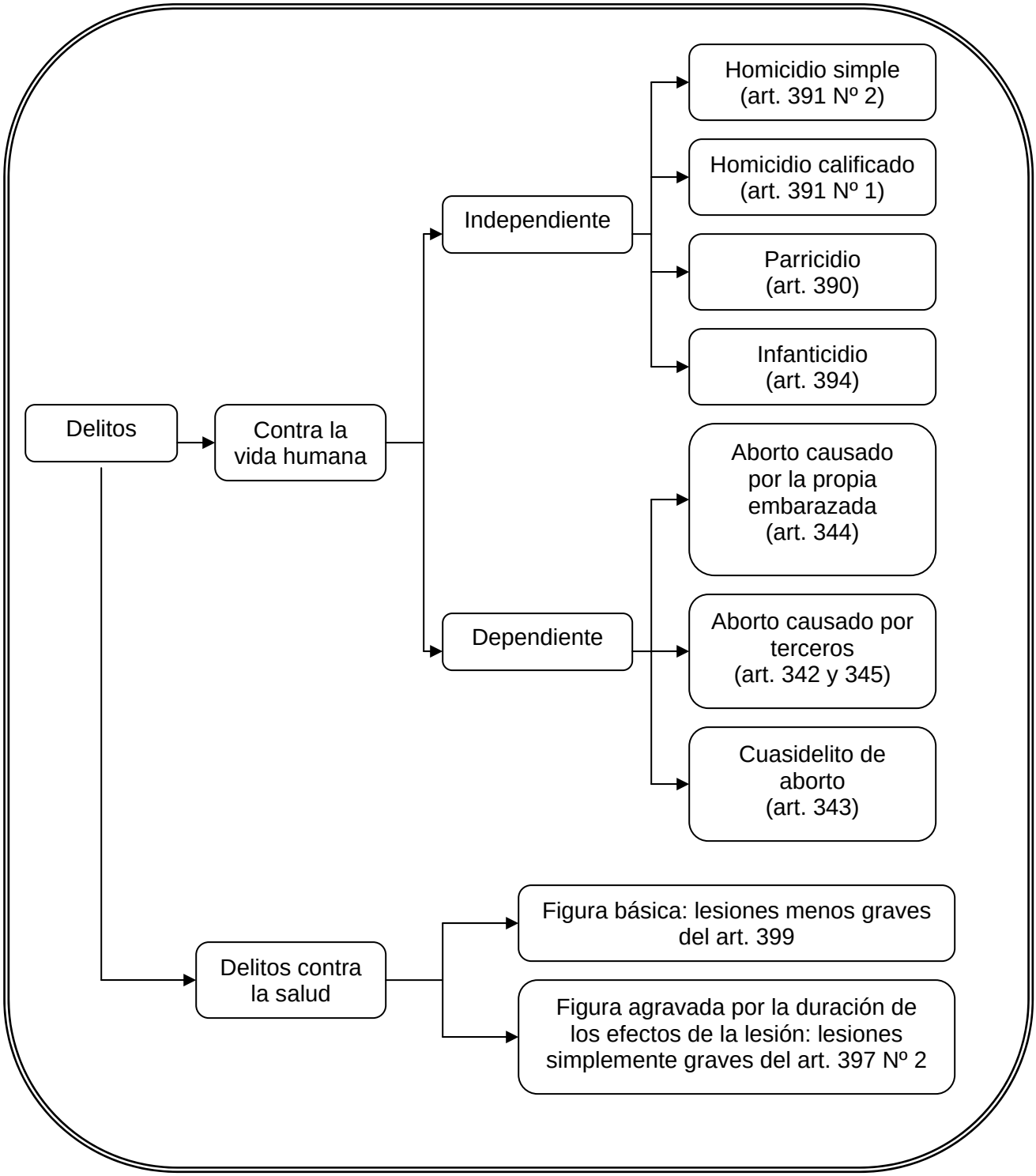
Por su parte en los delitos contra la salud del individuo, se contempla como bien jurídico protegido la salud desde diversos puntos de vista, considerándose como un *"estado de completo bienestar físico, mental o social, y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez"*[10].

- *Clasificación de Los Delitos*

Dentro de aquellos delitos que protegen los bienes jurídicos descritos, se suele sub-clasificar además de la siguientes forma.

[10] POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial, Segunda Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 112.

Figura Nº 2: Clasificación de los Delitos contra las Condiciones Físicas del Individuo



El esquema propuesto permite formar un completo panorama de los contenidos que se expondrán a continuación.

Por último y luego de expuesto todo lo anterior, como forma de preparación para el análisis de las figuras en particular, sólo resta señalar que, para la descripción de cada figura se intentará, cuando fuere posible seguir derechamente el esquema propuesto en la *teoría del delito*, de ahí que su cabal comprensión es condición para el estudio de esta unidad.

Realice ejercicios nº 1 al 4

3. EL HOMICIDIO SIMPLE

El homicidio simple se define como la figura residual que resulta de cometerse este hecho delictivo, pero sin la existencia de las *condiciones constitutivas de parricidio, infanticidio u homicidio calificado,* es decir, que sólo se castigará a una persona por un homicidio simple cuando el delito no pueda considerarse de las formas descritas[11].

Sin embargo, es menester señalar que la figura del homicidio simple está incluida en las anteriormente señaladas, es decir, quien comete parricidio, infanticidio o un homicidio calificado, también comete homicidio simple, y así lo ha estimado la doctrina y la jurisprudencia, así se puede indicar, a modo de ejemplo, que quien comete parricidio sin "*conocer las relaciones que lo ligan*" con la víctima, será sancionado con la pena del homicidio simple. Por lo tanto los delitos anteriormente señalados, que se separan del homicidio simple por sus condiciones especiales, son estimados como una especie de este último.

En consecuencia habrá homicidio simple cuando se mate a otro, sin que concurran las circunstancias especiales constitutivas del parricidio, del infanticidio o del homicidio calificado.

---

[11] 1. Del homicidio
Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge o Art. 21 b) conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
Art. 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:
1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si se ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:
Primera. Con alevosía.
Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno.
Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.
Quinta. Con premeditación conocida.
2° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso.

- *La Conducta*

En este delito la conducta consiste en *matar a otro,* es decir, quitarle la vida, concepto acorde con lo dispuesto por le RAE, esto, sin importar el *medio* utilizado, ya sean estos medios físicos como morales, a excepción del caso en que se configure el delito de *homicidio calificado* por el empleo de estos medios.

Además cabe señalar, que en los medios utilizados, tanto físicos (violencia material, externa y visible) como morales (impresiones psíquicas severas o procedimientos de carácter intelectual), puede incluirse a la propia víctima, situación que llevaría a una *autoría mediata* que induzca a ésta al suicidio o a realizar un acto imprudente del que resulte la muerte.

Cabe señalar que el delito de homicidio es un delito de resultado, así, para poder concluir la relación de causalidad entre la conducta y el resultado se deben aplicar las teorías de la causalidad ya estudiadas. En este contexto el resultado debe ser la muerte de una persona. Así, la pregunta que cabe hacerse es desde cuando existe muerte o cesación de la vida humana.

De acuerdo con lo anterior, existirá vida independiente hasta la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas. En relación a la muerte clínica, donde cesan todas las funciones vitales (respiración, movilidad, sensibilidad) pero sin degeneración ni alteración de estructuras orgánicas. Cabe señalar que en cuanto a la muerte clínica, ésta valdrá como muerte real siempre y cuando sea definitiva e irreversible.

Es menester aclarar que respecto al homicidio, se puede dar el caso de la comisión por omisión, siempre que se cumplan con los requisitos impuestos para esta clase de delitos, que son la producción y la evitabilidad objetiva del resultado, la posición de garante[12] y equivalencia de la omisión con la acción típica.

En conclusión y gracias a la falta de determinación precisa por parte del legislador de la conducta que puede ser considerada como idónea para cometer un delito de homicidio, se debe señalar que el intérprete sólo se encuentra limitado por la comprobación del nexo causal entre el hecho realizado y el resultado.

[12] Es una especial posición en que algunos sujetos tiene respecto de ciertos bienes jurídicos y que los obliga a protegerlos e impedir su lesión. Son casos de este tipo la situación del doctor, la madre, etc.

CLASE 04

- *La Tipicidad*

Dentro del homicidio simple el sujeto activo es indiferente, es decir, puede cometerse por cualquier persona.

Sin embargo, la afirmación anterior pierde validez al tratarse del homicidio cometido por omisión, en aquel caso, su comisión es posible por quien ostenta el deber especial de cuidado llamado *posición de garante,* el cual como ya se explicó puede provenir de las especiales relaciones del sujeto con el titular del bien jurídico protegido (derecho de familia, contrato) o de la asunción voluntaria de esta obligación por fuentes diversas (comunidad de peligro, hacer precedente peligroso).

En cuanto al sujeto pasivo, éste se confunde con el objeto material, el *"otro*" que señala la ley es un ser humano con vida independiente. De esta manera, ni los muertos ni los que están por nacer pueden ser sujetos pasivos de este delito, los primeros se consideran como *cadáveres* y no como *otro ser humano,* y los segundos están protegidos a través de figuras como el *aborto.*

En conclusión cualquier persona puede "*matar a otro*", siempre y cuando el otro sea una persona viva.

– Delimitación entre Aborto y Homicidio

La Constitución Política de la República en su artículo 1° señala que *las personas nacen libres en dignidad y derechos,* por lo tanto, da el carácter de personas a los nacidos.

Mientras no se nace, se aplica el artículo 19 de la Carta Fundamental, que *protege la vida del que está por nacer.* Así entonces, el sujeto pasivo del homicidio es el nacido, si no es así, será sujeto pasivo del aborto.

Por lo anteriormente señalado, resulta necesario pronunciarse acerca del momento del nacimiento y discurrir acerca de las consecuencias de la postura a adherir.

De acuerdo con lo anterior, cierta parte de la doctrina, estima que el momento de comienzo de la vida humana independiente se encuentra fijado por el nacimiento en el sentido del Código Civil (es decir la "*separación completa*" del feto), el cual obviamente no era inmediato al parto (puede definírselo como la expulsión espontánea del feto desde el claustro materno). Así, entre el momento del parto y la efectiva separación de la madre (entre otros mediante el corte del cordón umbilical) se produce un vacío (el período entre que una

persona está parida pero no nacida) durante el cual éste no estaría protegido por la ley penal, situación que hoy es rechazado por la doctrina dominante.

Por ejemplo

Según la opinión de este grupo minoritario si se da muerte a la criatura una vez expulsada del cuerpo de su madre y antes del corte del cordón umbilical, sería imposible condenar al autor, ya que no existiría delito de homicidio, ni tampoco de aborto.

El segundo curso de opinión, indica que nacimiento y parto deben considerarse como sinónimos, que sólo debe atenderse a la existencia de la vida independiente de la madre para fijar el momento en que se nace, esto es, a la existencia autónoma de la criatura de las funciones vitales de respiración y circulación sanguínea.

Es por tanto, que carece de importancia el hecho de dar muerte a la criatura, esté o no cortado el cordón umbilical o que ésta no haya sido expulsada completamente del vientre materno.

En síntesis, un aborto siempre es tal mientras exista vida humana dependiente, en la medida de haber vida humana independiente termina el parto, y el sujeto pasivo lo será respecto del delito de homicidio.

– Vida Humana y Manipulación Genética[13]

A pesar de los avances de la biología y la ciencia en general, todavía no se puede comprobar la clonación humana; de realizarse este proceso y usarse con fines que pueden o no ser objeto de críticas, para el derecho penal la importancia del hecho, daría lugar a cuestionamientos más serios, ya que, si bien un ser clonado tendría apariencia humana, carecería de la calidad de persona, ya que para la legislación chilena es "*todo individuo de la especie humana*", un ser único, mientras que una clonación humana da lugar a una copia de un individuo, y no a un *individuo propiamente tal*, además de no considerarse como *nacido,* calidad que proviene del embarazo de una mujer.

[13] Para profundizar al respecto léase, POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, Op. Cit. Pp 27 y ss.

– Vida Humana y Muerte

Siendo el sujeto pasivo del homicidio *"otro*", éste debe de estar vivo, por tanto, la protección penal finaliza con la muerte.

En este contexto, la muerte se puede definir como la ausencia de vida. En la mayoría de los casos el proceso físico desencadenado por la muerte permite, percatarse a simple vista cuando una persona ha fallecido, ya sea por los signos positivos (Inicio del proceso de putrefacción del cadáver) o negativos (falta de respiración o falta de calor corporal) de la muerte tal como en el caso que uno dispare a otro directo al corazón y éste estalla, o también como en el caso del médico que extrae el corazón sano de una persona para implantarlo en otra.

Así, no todos los casos son tan claros como los descritos, basta ponerse en el caso del dilema jurídico y ético que plantean los transplantes de órganos, debido a que necesariamente, para que el órgano sea viable de transplantar éste debe extraerse de una persona que ha perdido la vida recientemente o que aún se encuentra con vida (enfermo terminal con muerte cerebral).

La duda que puede surgir, en cuanto al momento exacto de la muerte se disipa admitiendo la idea de la muerte cerebral, esto es, cuando se produce un *estado de cesación total e irreversible de las funciones cerebrales,* caso en el cual se admite que se pone fin a la vida.

Es la legislación chilena a través de la ley N° 19.451, se regula esta materia, de manera diferente respecto a la idea general de muerte cerebral, regulando al caso, para efectos de transplantes de órganos en los casos previamente autorizados. Finalmente se puede señalar que la ley parece inclinarse por reconocer mayormente el concepto biológico de muerte primeramente reseñado.

– La Muerte para la Ley

Como ya se señaló el Código Penal no señala el momento preciso en que se produce la muerte de una persona, ahora, para solucionar dicho problema, se debe recurrir a la interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico, así se debe recurrir a La ley N° 19.451 establece los requisitos siguientes, para establecer la muerte cerebral de una persona:

a) Cuando se ha producido la cesación total e irreversible de todas las funciones encefálicas.

b) Cuando existe certeza diagnosticada de la causa del mal.

Estos requisitos deben ser corroborados de manera unánime e inequívoca por un equipo médico formado por lo menos por un neurólogo o neurocirujano que no participe del futuro transplante, con el objetivo de asegurar la imparcialidad en el procedimiento.

Además se especifican exámenes clínicos mínimos para *certificar la cesación total e irreversible de las funciones encefálicas,* a saber, la comprobación de los siguientes signos:

a) Ningún movimiento voluntario durante una hora.

b) Apnea (falta de respiración) luego de tres minutos de desconexión del ventilador.

c) Ausencia de reflejos troncoencefálicos, lo cual se corrobora mediante dos encefalogramas planos, es decir, sin reacciones, los cuales se deben realizar con diferencia de dos horas.

Una vez cumplidos estos requisitos se puede señalar que una persona ha muerto y por lo tanto, toda acción homicida posterior, no será punible (constituye una tentativa inidónea).

Por ejemplo

Si una persona se dirige a matar a su enemigo y le dispara siete tiros mientras dormía, sin percatarse que éste había muerto horas antes por un paro cardíaco. En consecuencia, como no se puede "*matar*" a un muerto, nunca se puso en peligro la vida del sujeto pasivo y por lo tanto esta conducta será impune.[14]

CLASE 05

- *Antijuridicidad*

La ley no establece causales especiales de justificación en caso de homicidio, por lo tanto se rige por las reglas generales sobre justificación por los principios de interés preponderante e interés no comprometido. Sin perjuicio de lo anterior existen situaciones especiales que requieren un cierto análisis:

– Homicidio resultante de Tratamiento Médico-Quirúrgico

[14] Esta opinión aunque mayoritaria, no es compartida por el Profesor CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal. Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.

Un tratamiento de esta índole lleva intrínsecamente la realización de actos que para la ley son lesiones, pero legitimados (o justificados en términos jurídicos estrictos) por el ejercicio de una profesión como la medicina; lo que no se justifica es que un tratamiento médico tenga por objeto la muerte del paciente.

Así, si la muerte se debe al dolo del médico (en el caso que el cirujano quiera matar a su enemigo, el cual se pone en sus manos), existe plena responsabilidad por homicidio; si se debe a la imprudencia o negligencia del facultativo (caso en el que el facultativo corta accidentalmente una arteria principal), puede resultar para este responsabilidad cuasidelictual (delito culposo).

– Tratamiento Médicos Paliativos

En el caso que una enfermedad cause graves dolores a un paciente, se hace necesario administrarle, ciertos fármacos que efectivamente tienen efectos secundarios dañinos (piénsese en el caso que a un enfermo de cáncer, se le suministra morfina, para aliviar sus dolores), en este caso se estima que dicha conducta, no constituye homicidio, la muerte de un paciente ya desahuciado, causada por tratamientos con sustancias que alivien su sufrimiento.

Tampoco se puede considerar como homicidio, el hecho de no recurrir a los métodos de alto tecnicismo o poner un término anticipado a dichos métodos cuando se haya razonablemente perdido toda posibilidad de recuperación o alivio.

Por ejemplo

De acuerdo con lo anterior, se puede considerar el caso de aquellos enfermos que se encuentran en grado terminal, que incluso han cesado sus funciones cardíacas, las cuales son reanudadas por los constantes intentos de reanimación de los médicos, así, no correspondería sancionar al médico que ante un nuevo paro cardíaco decide no realizar la reanimación, para no prolongar innecesariamente el sufrimiento del paciente.

– Homicidio Deportivo

La práctica de algunos deportes supone la aplicación de una violencia física sobre la persona del adversario, caso en el cual la causal de justificación de "*ejercicio legítimo de un derecho"* (o profesión en el caso de los deportistas profesionales), no puede cubrir mas allá

de las lesiones menos graves o leves, que se supone como consecuencia de la práctica de estos deportes.

Jamás el derecho *permite o autoriza* a un deportista dar muerte a otro, por tanto se juzgará en caso de muerte, de acuerdo al dolo, culpa, o caso fortuito si éste ha existido; esta situación con mayor razón se aplica a deportes no violentos, pero que implican un grado de riesgo físico, como el paracaidismo.

Lo señalado para el homicidio, el cual por regla general no estará justificado, no será aplicable a los delitos de lesiones que se analizarán con posterioridad.

– Consentimiento de la Víctima en el Homicidio

Actualmente existe un dilema ético-jurídico por la aplicación del consentimiento del interesado como causal de justificación en el homicidio en casos de *eutanasia o muerte piadosa,* esto es la muerte dada a una persona que sufre sin esperanza de mejoría, a pedido serio y expreso de dicha persona, para ahorrarse mayores sufrimientos.

La ley chilena no considera la eutanasia en las reglas del homicidio, por lo tanto el consentimiento del interesado carece de valor en esta materia.

Cabe señalar que para la legislación nacional sería la vida un bien jurídico *no disponible,* por el interés social que compromete, por lo tanto la eutanasia no constituye causal de justificación, sin embargo, las circunstancias del caso podrían llevar a aplicar la atenuante de "*haber obrado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación*"

Existen en el mundo legislaciones que aceptan este "*homicidio a ruego*", que por causas humanitarias realiza un sujeto activo. El tema en Chile se encuentra abierto y a su respecto cada cual tendrá su opinión.

- *Culpabilidad*

Dentro de la culpabilidad se analizarán el dolo homicida; el dolo eventual y los distintos tipos de errores que se pueden manifestar en esta figura penal.

– El Dolo Homicida

Para el profesor Patricio Novoa, planteó que el dolo del homicidio no exigía especialidad, es decir, no era necesario el *dolo de matar,* más bien bastaba la intención

genérica de herir, golpear o maltratar, atribuyéndose a esta intención los efectos posteriores, previstos o no.

– El Dolo Eventual

Actualmente la doctrina y la jurisprudencia reconocen las categorías dogmáticas del *dolo directo y el dolo eventual,* en este último caso la persona a quien se representa el resultado de muerte actúa con indiferencia hacia su producción, situación que lleva a desestimar el dolo específico de matar o *animus necandi,* y de igual manera se excluye la noción de *dolo genérico,* puesto que en caso de probar el resultado mortal no representable, no se puede aplicar al autor el *dolo eventual* ni mucho menos el *directo.*

CLASE 06

– Error en el Homicidio (Error en el elemento cognoscitivo del dolo)

Existen distintos errores que pueden cometerse en el delito de homicidio, éstos se mencionan a continuación.

a) Error en el Curso Causal

El problema del dolo de Weber o *dolus generalis*, el error no esencial en el curso causal no excluye la punibilidad a título de homicidio, la discusión más bien se centra en que de entenderse como un error inesencial o irrelevante para estos efectos, en particular respecto del dolo de Weber, esto es la realización de un acto posterior a la conducta homicida, generalmente el ocultamiento de la misma, en la creencia de haber dado muerte a la víctima, que sólo fallece producto del acto encubridor. Este caso de error, ya fue analizado en la parte general del derecho penal, cuando se discurría acerca de los errores en el conocimiento del dolo.

La discusión se presenta debido al hecho, que la intención del sujeto activo siempre fue la muerte del sujeto pasivo y nunca se representó la posibilidad de que éste quedase con vida después del primer acto.

Para Weber, este ejemplo, de quien intenta matar a su mujer y le dispara, y ésta queda viva, pero luego para ocultar el crimen la entierra en el patio, luego se determina que la víctima murió de asfixia, se soluciona mediante el castigo de un único delito de homicidio, ya que siempre el dolo del autor estuvo dirigido a matar a su cónyuge.

Para Politoff[15] en estos casos debe distinguirse entre el supuesto en el cual *"el sujeto desde el principio de la comisión del delito pretende realizar la segunda actividad"* (*dolus generalis*), de aquel en que la primera conducta, supuestamente consumada, es fallida en la práctica (quien intenta matar a su mujer y le dispara, y ésta queda viva, pero luego para ocultar el crimen la entierra en el patio, luego se determina que la víctima murió de asfixia). Para este caso la solución entregada por éste autor, es considerar el primer acto como *homicidio doloso frustrado (el disparo) en concurso real con homicidio culposo consumado* (la muerte por asfixia); ésta estaría basada en la idea de un *dolo antecedens* aplicable a todo evento del autor, lo que no es convincente, desde la perspectiva del curso, en la medida en que la segunda conducta, de ser independiente de la primera, ha de juzgarse por sí misma y no por lo que sería un deseo anterior.

De acuerdo con lo anterior, la solución que se planteará a esta interrogante es la segunda, ya que parece más justa al tenor de los hechos realizados y no obliga al intérprete a sancionar al sujeto activo por su intención, lo cual como se comprenderá resulta una difícil prueba ante un tribunal.

b) Error en la Persona, el Objeto y la Aberratio Ictus

Cuando el Código Penal indica en su articulo 1° que se impone la pena del delito que se comete "*aunque el mal recaiga en una persona distinta de la que se propuso ofender*", caso en cual se refiere solamente a la identidad de la víctima del delito, y no a los casos de *aberratio ictus* o *error en el golpe.*

Por ejemplo

Así, si Pedro intenta dar muerte a Juan y por error mata a Mario, será culpable de un único delito de homicidio, ya que lo que buscaba era "*matar a un hombre*" y lo consiguió (esto se denomina error en la identidad de la persona y es de carácter irrelevante).

Cabe señalar que estos casos se deben resolver recurriendo a la distinción entre la *culpa consciente* y el *dolo eventual*, esto es, si el autor representándose el resultado de muerte en una persona distinta de la que se propone ofender, ha actuado de distinta forma o de una manera indiferente.

15 Politoff/Matus/Ramírez, Op cit.

Por ejemplo

Por último, en el caso que el autor de un disparo, desvíe el tiro por causas ajenas a su voluntad, como sucede que por el curso del viento o la interposición de la víctima, la muerte de quien no era destinatario del disparo, a lo más puede atribuirse a la culpa del agente. Otro caso es si se disparan múltiples tiros a un grupo de personas, entre ellas la víctima, causando el resultado de muerte en esta última, existe un concurso entre la tentativa de homicidio inicial al momento de los disparos y homicidio consumado de la víctima (el cual será doloso o culposo según los criterios de confianza en la pericia o indeferencia por el resultado, ya señalados con anterioridad).

c) El Homicidio Preterintencional

Comete homicidio preterintencional quien queriendo lesionar a otro, causa la muerte de éste, que no era querida, pero si previsible.

Continuando con lo anterior, se pueden mencionar los siguientes requisitos que califican a un homicidio como preterintencional:

1) Ausencia de dolo de matar.
2) Verificación de la muerte del sujeto pasivo.
3) Una acción del agente dolosa en cuanto a las lesiones y culposa en relación a la muerte.
4) Una relación de causalidad entre acción y resultado.

Por ejemplo

Cuando Mario golpea a Juan con el ánimo de lesionarlo, pero que debido a circunstancias que escapan a su voluntad le da muerte a la víctima.

En este contexto, probada la falta de dolo homicida, no puede atribuirse al autor el homicidio a título doloso, si no que a lo mas culposo, si el resultado era previsible. Además un mismo hecho constituiría *dos o más delitos* (lesiones dolosas más homicidio culposo), lo que debería sancionarse según la regla del art. 75 del Código Penal, es decir un concurso ideal de delitos, en este caso se aplicará la pena mayor correspondiente al delito más grave.

Cabe señalar que el fondo del asunto es determinar la diferencia entre el contenido del dolo homicida (especialmente en el caso del dolo eventual) y el de lesiones. En la práctica, la diferencia es difícil, pues en el caso de un homicidio *culposo o doloso,* particularmente con

dolo eventual, es una cuestión que el tribunal debe apreciar atendiendo preferentemente a los hechos objetivos probados en la causa.

Los tribunales chilenos han señalado que si dos sujetos en estado de ebriedad se trenzan a golpes de puño en una riña, y uno de ellos cae y producto del golpe en el suelo, muere, la ocasión y el medio demuestran que no hubo dolo homicida, pero si que era previsible un resultado mortal.

Finalmente el problema probatorio debe resolverse como tal, y no como se ha señalado, por una parte, atendiendo al tiempo que media entre lesiones y muerte, o de otra forma, omitiendo el castigo por lesiones y castigando al sujeto por *cuasidelito de homicidio* producido, salvo que éstas puedan ser absorbidas por la pena de *homicidio culposo consumado*, lo que tiene directa relación con los principios aplicables a la resolución de los concursos aparentes de leyes penales, estudiados en la parte general del derecho penal.

Realice ejercicios nº 5 al 8

CLASE 07

4. EL PARRICIDIO

Este delito está tipificado como una agravación del delito de homicidio simple, ya que el legislador estima que las relaciones de familia que contempla imponen a quienes las tienen y conocen una especial obligación de cuidado, cuya infracción debe ser severamente castigada.

- *La Conducta*

La conducta se encuentra señalada en el artículo 390 del Código Penal. Es la misma del homicidio, pero limitada por relaciones de parentesco, ya que se considera como agravado por la relación personal existente entre el autor y el ofendido, quien debe ser su *"padre, madre, hijo, legítimo o ilegítimo, cualquier otro ascendiente o descendiente legitimo, o su cónyuge."*

Así, en cuanto a la comisión activa (por acción), no existen diferencias con el delito de homicidio simple, de esta manera se debe reproducir en forma expresa la referencia a aquel párrafo.

En lo concerniente al parricidio por omisión, hay que recordar que uno de los requisitos para aceptar la comisión por omisión es la concurrencia de la posición de garante. En el caso que ésta tenga como fuente el parentesco entre la víctima y el sujeto activo, esta especial situación que sería la fuente de la atribución del resultado, no debe tipificarse el delito como parricidio, sino como homicidio simple, ya que estas relaciones de familia no pueden ser a la vez fuente de agravación y fundamento la comisión por omisión, ya que se violaría el principio *non bis in ídem.*

Por ejemplo

Si María deja de alimentar a su anciano padre, quien se encuentra a su exclusivo cuidado, causándole la muerte por inanición (estado de extrema debilidad y desnutrición), correspondería sancionarla como parricida. Ahora, como la posición de garante se basa en la relación filial (de padre a hija) esta no puede ser considerada nuevamente para agravar la pena considerándolo como parricidio.

- *Tipicidad*

En cuanto a los sujetos que interviene en el delito, cabe señalar que tres grupos de sujetos activos y pasivos contempla la ley, éstos se mencionan a continuación:

En primer lugar, el padre, la madre o el hijo legítimo o ilegítimo, en segundo lugar, los otros ascendientes o descendientes legítimos, y en un tercer lugar los convivientes y los cónyuges.

En cuanto al alcance de la referencia a la filiación legítima, cabe destacar que a pesar de la supresión de carácter del parentesco *legítimo o ilegítimo* por la ley N° 20.585, esta legislación no ha sido adecuada por el Código Penal. La ley señalada eliminó esta diferencia, señalando que todos los hijos tenían el mismo carácter, sólo pudiéndose distinguir entre los "*matrimoniales y no matrimoniales*".

Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la exclusión de aquellos parientes por *afinidad,* (aquel parentesco que nace con los consanguíneos del cónyuge) ya que la naturaleza del delito castiga la violación de relaciones que se han dado por la naturaleza, y no aquellas de origen jurídico; por lo mismo, se debe excluir de este delito al *adoptante* y al *adoptado*, cualquiera sea su denominación y efectos civiles de la adopción, pues no hay en ella vínculo biológico alguno. Es decir, que el parricidio protege las relaciones basadas *en la sangre,* ese es su fundamento y razón de existir.

En el caso de los ascendientes o descendientes legítimos, la legitimidad o ilegitimidad del parentesco hace la diferencia entre homicidio y parricidio.

La ley 19.585 incorporó al ordenamiento jurídico chileno una clasificación entre los parentescos, *matrimonial* y *no matrimonial,* categorías que no corresponden a las llamadas *legítima* e *ilegítima,* pero de todas formas a la luz de los cambios legislativos en este preciso caso la diferencia se hace insignificante, ya que las categorías de hijos legítimos e ilegítimos pueden ser suprimidas de la norma sin agregar nuevos casos al tipo.

Por tanto, para no alterar el sentido del art. 390, la referencia a los ascendientes y descendientes legítimos, debe interpretarse como ascendientes y descendientes matrimoniales.

La convivencia, es la relación de pareja (se discute todavía en la doctrina que pueda darse entre personas del mismo sexo), que con carácter de permanencia, hace a sus participantes, compartir el "*techo y el lecho*".

a) El Problema de la Prueba del Parentesco

Las reglas civiles sobre prueba de paternidad y sobre todo la filiación legítima, vigentes con anterioridad a la Ley 19.585, más la regla del art. 173 del COT, según la cual *"la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del Derecho Civil*", produjo numerosos problemas de interpretación en la doctrina y jurisprudencia de la época.

No obstante, la actual regulación civil, que admite la prueba científica de paternidad, permite considerar este problema como superado, salvo para determinar el carácter matrimonial o no de dicha filiación, que por su naturaleza formal no puede acogerse a pruebas científicas, sino únicamente a las admitidas para la prueba del matrimonio en la legislación civil.

Así, para determinar la filiación que da lugar al parentesco por consanguinidad se deberá estar a lo que señale la prueba pericial biológica procedente (ADN).

b) El Matrimonio

Como contrato solemne sólo se admite como prueba del matrimonio, los certificados que acreditan la celebración y vigencia del mismo.

En este contexto, la protección de la familia no puede imponer un concepto que vaya más allá de la celebración legal del contrato, única forma que convierte a los contratantes en cónyuges.

Así, existe un acuerdo en la doctrina en no considerar parricida por este título, a quien no puede considerarse el *cónyuge* de la víctima, sea que el matrimonio haya sido declarado nulo, disuelto, o por muerte presunta de uno de los cónyuges, o que el matrimonio extranjero no haya sido debidamente inscrito en Chile, lo mismo cabe señalar respecto de los cónyuges *divorciados*, cuyo el matrimonio conforme a las Ley 19.947, termina por sentencia firme de divorcio.

Continuando con lo anterior, no existe certeza respecto del admitir o no como parricida al cónyuge, cuyo matrimonio no ha sido declarado nulo, pero que respecto de él exista causal de nulidad.

Se debe tener presente que en el caso del *bígamo,* sólo el primer matrimonio cuenta con protección penal en cuanto al parricidio del cónyuge, ya que éste es el matrimonio que para todos los efectos legales es considerado como tal.

Por último, la situación de los divorciados es similar, ya que, en cuanto no haya sentencia firme de divorcio, los contrayentes serán considerados como cónyuges para todos los efectos penales.

c) La Convivencia o Concubinato

Para probar la existencia del concubinato o como se denomina en la doctrina española "*pareja de hecho*", se debe recurrir a los medios establecidos en el Código Procesal Penal, sin descartar, ni privilegiar ninguno.

- *Antijuridicidad*

Se hace expresa referencia a lo señalado en cuanto al bien jurídico protegido y a la autorización legal para realizar la conducta (causales de justificación), respecto del delito del homicidio.

- *Culpabilidad*

Referido con la culpabilidad se debe comprender el sentido de la expresión "*conociendo las relaciones que lo ligan*". Esta frase debe interpretarse como una limitación sólo al dolo directo, por tanto se debe dar la seguridad en el autor que se está dando muerte

a uno de los parientes señalados en el art. 390, y no basta una *simple aceptación* de este supuesto.

Así, el autor del delito de parricidio debe tener el conocimiento de las especiales relaciones que le imponían este mayor deber de no lesionar el bien jurídico, y la vulneración del mismo (causar la muerte de la víctima) debe ser el resultado deseado por el sujeto activo. Dado lo anterior se ven excluidos el dolo eventual y con mayor razón el parricidio culposo.

En el caso de concurrir las relaciones tipificadas (matrimonio, convivencia o parentesco) y aparecer la culpabilidad como dolo eventual o culpa, se debe aplicar la figura básica del homicidio simple.

CLASE 08

– Error en el Parricidio

La cuestión acerca del error en la identidad de la persona, se resuelve según el art.1° inc. 3° del Código Penal, señalando que *"el que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero si aquellas que la atenúen*".

Por ejemplo

Así, si una persona mata a un hombre sin saber que es su padre, no es parricida sino que homicida, ya que no conocía esta especial circunstancia y por lo tanto no le es imputable la muerte al título agravado de parricidio.

Si una persona mata a quien cree su padre y resulta no serlo por la realización de un posterior examen pericial biológico, tampoco responderá a título de parricida, sino que lo hará como homicidio simple ya que la circunstancia de faltar el parentesco, aunque era desconocida, se le aplica ya que le favorece.

Por ejemplo

Desde otra perspectiva, quien deseando matar a su padre, resulta dando muerte a su abuelo de filiación matrimonial, tampoco cometería parricidio, ya que si bien la víctima, por error resultó ser sujeto pasivo del parricidio, esta conducta no se puede imputar al autor.

Finalmente en casos de *aberratio ictus,* donde la muerte definitivamente es culposa no puede haber un reproche por *parricidio,* como en el caso del hijo que estando en riña con un extraño, se ve defendido por su madre y *sabiendo quien se interpone,* termina accidentalmente dándole muerte, ya que es evidente que no es a ella a quien quiere matar, y que esta muerte resulta de la impericia y no de un dolo homicida.

– Participación

En cuanto a las normas que regulan la participación en el delito de parricidio, estas fueron analizadas al momento de discurrir acerca de los principios de la participación, en especial al exponer acerca del principio de comunicabilidad.

En general, y a modo de recapitulación, la participación de un extraño a la relación de familia, no lo hará responder a título de parricidio (por ejemplo, Mario es cómplice en el parricidio que Manuel comete contra su padre), sólo será punible como homicida, ya que en él no concurren la especiales circunstancias del parricidio.

En relación a la participación de una persona en la cual existen estas especiales circunstancias (es el caso que Mario sea cómplice en el delito de homicidio que Juan comete contra el padre de Mario), el partícipe contenido en la descripción no puede responder con una pena mayor a la de quien realizó el acto (quien manchó sus manos con sangre), así, se debe considerar que este sujeto (el hijo cómplice) será sancionado como cómplice de homicidio doloso consumado, pero considerando la agravante del artículo 13 del Código Penal, es decir "*el parentesco*". Esta solución es posible, debido al hecho que la circunstancia del parentesco no había sido considerada con anterioridad, no existiendo vulneración al principio de la doble valoración de las circunstancias o *non bis in idem.*

5. EL INFANTICIDIO

El infanticidio[16] es aquel delito que sanciona a los ascendientes consanguíneos de la víctima, la que necesariamente debe ser menor de 48 horas de vida.

Continuando con lo anterior, el infanticidio se identifica por revestir las siguientes características:

a) El sujeto activo puede ser el padre, la madre o ascendientes.
b) El sujeto pasivo debe ser el hijo o algún descendiente.
c) El tiempo de acción se efectúa dentro de las 48 horas siguientes al parto.

Además, cabe señalar que el infanticidio es un tipo privilegiado, en cuanto impone una pena menor que la que les correspondería a los partícipes, estableciendo una pena igual al homicidio simple. La atenuación es clara, ya que si no estuviera esta figura presente el autor respondería por parricidio u homicidio calificado.

En conclusión tiene un tratamiento más benigno que el establecido para el parricidio y el homicidio calificado, y el mismo que el homicidio simple.

- *La Conducta*

En cuanto a la comisión activa o por acción, la referencia al homicidio simple es plenamente aplicable. Parece difícil, al igual que en el parricidio, aceptar el *infanticidio por omisión,* ya que la posición de garante aparece como fundamento del delito.

Es precisamente el desvalimiento del recién nacido (hasta 48 horas) como sujeto activo lo que hace garantes a los parientes del art. 394.

Sin embargo, y como excepción, es posible aceptar la idea de un *infanticidio por omisión,* si con ello se impide aplicar la pena del homicidio calificado (por ensañamiento, premio o promesa, etc.), pues el principio non bis in idem, se plantea como garantía a favor del imputado.

[16] 2. Del infanticidio (ART. 394)
Art. 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.

Por ejemplo

Supóngase el caso que la madre de un menor lo deje envenenarse, ya que sabe que si no lo alimenta el menor beberá el agua contaminada del río en el que se encuentran.

En este extraño e hipotético caso, la madre debería ser condenada por homicidio calificado (recordar que no existe el parricidio por omisión), pero en su caso se debe valorar la circunstancia del parentesco como fundamento del infanticidio ya que ésta la favorece.

- *Tipicidad*

En este delito los sujetos activos sólo pueden ser los *ascendientes consanguíneos* de la víctima, siendo indiferente el carácter matrimonial o no de su filiación.

En cuanto al sujeto pasivo, debe ser un descendiente recién nacido, siempre que se le de muerte dentro de las 48 horas después del parto. En cuanto a este último punto, conviene detenerse en la extraña valoración que se realiza de la vida de un menor de 48 horas, cuya vida independiente para la ley tiene un menor valor relativo comprado con la de un adulto.

- *Antijuridicidad*

Se hace expresa referencia a lo señalado en cuanto al bien jurídico protegido y a la autorización legal para realizar la conducta (causales de justificación), en lo referente al delito de homicidio.

- *Culpabilidad*

El infanticidio es un tipo doloso que exige el conocimiento del resultado, con la finalidad de ocultar el hecho de haberlo concebido por parte del activo (dolo directo).

Realice ejercicios nº 9 al 13

CLASE 09

6. EL HOMICIDIO CALIFICADO

Este delito, es una agravación del tipo básico de homicidio simple, debido a las especiales circunstancias de desvalimiento en que la víctima se encuentra ante el sujeto activo. Es por este motivo que la legislación vigente le impone una pena mayor a quien lo comete.

Cabe señalar que las circunstancias descritas en la norma, se denominan calificantes.

- *La Conducta*

La conducta se encuentra establecida en el 391 N° 1, castigando con una pena mayor a la del homicidio simple, al que mate a otro, concurriendo alguna de las circunstancias que el mismo artículo señala (alevosía, premio o promesa, veneno, ensañamiento o premeditación).

Alguna parte de la doctrina, a la que este curso adhiere, lo define como una especie agravada de homicidio, por las circunstancias subjetivas (relacionadas con el sujeto activo) u objetivas (relacionadas con el hecho) que concurren.

En cuanto a la comisión activa, ésta no presenta problemas, sin embargo en relación a la comisión por omisión conviene precisar que resulta demasiado forzado concluir que pueda darse ésta debido a que las circunstancias descritas en la ley en gran medida requieren de un aprovechamiento de ciertas circunstancias, las cuales necesitan una acción por parte del sujeto activo.

Aún, señalado lo anterior, ya se ha postulado a lo menos, un ejemplo de homicidio calificado por omisión, al hacer referencia al infanticidio por omisión.

- *Tipicidad*

Cabe señalar que, lo que convierte a un homicidio simple en uno calificado es la descripción de las circunstancias y el cumplimiento de las mismas, así no queda más que precisar sus contenidos para determinar su concurrencia.

A continuación se presentan las circunstancias que determinan que un homicidio sea calificado.

– Alevosía

Una persona actúa con alevosía quien *“obra a traición o sobreseguro”,* esto es, quien oculta su intención, aprovechándose de la confianza que tal ocultamiento produce en la víctima, o derechamente ocultándose el mismo, o los medios a utilizar, de manera que al momento de cometer el delito, el autor se encuentre “*sin riesgo para sí”.*

En cuanto a la “*traición*”, ésta consiste en realizar la acción ocultando las intenciones delictivas, es decir, manteniendo en secreto el ánimo de matar, hasta que se presente el momento oportuno de actuar.

Continuando con lo anterior, actuar *“sobreseguro*”, es hacerlo ocultando el cuerpo o escondiéndose el agresor. (sería el caso de una emboscada o una trampa).

En ambos casos importa la *creación de un estado de indefensión* para la víctima. En el caso de quienes ya se consideran indefensos, como menores de edad, inválidos, etc., la apreciación del homicidio calificado en su contra dependerá no de la indefensión propia, sino de que el autor se haya aprovechado de esta condición, esperando la soledad de la víctima o alejando a quienes podrían socorrerla, entre otras situaciones.

En conclusión, lo que transforma el ocultamiento de las intenciones o del cuerpo, en alevosía, es el *aprovechamiento* que de ésta circunstancia realiza el autor.

A continuación se establecen dos circunstancias más que podrían considerarse meras especificaciones de la idea de la alevosía: el veneno y la premeditación conocida, las cuales se encuentran reguladas en el art. 391 Nº 1 del Código Penal.

– Veneno

El homicidio causado por veneno es alevoso por antonomasia (es decir, no se puede imaginar un homicidio más alevoso que éste, ya que se actúa a traición y sobreseguro).

Cabe señalar que su característica principal tiene relación con la desprevención de la víctima que recibe de otro una sustancia que le causa la muerte, sin saberlo o poderlo prever.

La pregunta lógica que debe aparecer a este respecto es buscar la definición o concepto de veneno. Cabe señalar que este concepto ha tenido una evolución doctrinaria, desde el primer intento de conceptualizarlo como *“toda sustancia que en pequeñas cantidades produce la muerte*”, el cual mutó hasta la concepción actual, que considera veneno a cualquier sustancia que sea capaz de envenenar al sujeto pasivo.

En este contexto, lo que define al veneno es el envenenamiento, y por lo tanto dependerá del análisis casuístico (caso a caso) su determinación.

En conclusión, el veneno como calificante del homicidio no corresponde al concepto dado por el art. 12 N° 3 del Código Penal, además que resulta estéril limitar el alcance de esta figura por una definición objetiva del veneno, como "*sustancia que incorporada al cuerpo en poca cantidad… cause la muerte o serios daños a la salud*", ya que toda sustancia que sea suministrada a la víctima y que pueda causarle la muerte, por cualquier vía de introducción, es veneno si se ha hecho de forma insidiosa.

– Premeditación Conocida

La premeditación conocida tiene como causal calificante dos elementos, uno *cronológico,* que resulta de la persistencia en el ánimo del autor de la decisión de cometer el delito; y uno *psicológico,* basado en el animo frío y calculador del autor; los tribunales traducen esto en las siguientes consideraciones:

a) La resolución de cometer el delito, esto es, la intención dolosa de cometer el ilícito de una determinada forma que asegure la indefensión de la víctima, la cual será aprovechada por el autor.

b) Un intervalo de tiempo entre tal resolución y la ejecución del hecho.

c) Este intervalo debe ser lo suficientemente extenso como para permitir al autor, proveerse los medios de comisión (adquirir un arma, por ejemplo).

d) La persistencia durante dicho intervalo de la voluntad de delinquir.

e) Este elemento es fundamental, en cuanto la mantención del ánimo, ya que revela la falta de arrepentimiento entre la decisión de cometer el ilícito y su principio de ejecución.

f) La frialdad y tranquilidad en el ánimo.

g) Este elemento, es que permite al autor aprovecharse de su preparación para colocar a la víctima en una situación de indefensión.

h) Se puede agregar, además, el hecho que la premeditación debe ser conocida, lo cual se ha interpretado como una obligación hacia el acusador (Ministerio Público), de probar la existencia de ésta, sin que pueda inferirse sólo de la forma de actuación del sujeto activo.

Por ejemplo

Se puede proponer, el homicidio cometido por quien, ya resuelto a cometerlo, compra un arma, investiga los horarios de salida y llegada al hogar de la víctima, y espera hasta el día en que se asegura que ésta se encuentra sola en su casa, para darle muerte mientras abre la puerta de entrada.

La opinión dominante en la materia, señala que la alevosía no supone premeditación, y viceversa, pues el aprovechamiento de la situación de indefensión de la víctima podría producirse al descubrirse esta casualmente, y por mucho que se premedite un hecho, ello no asegura al autor la indefensión de la víctima. Este último parece ser el argumento principal.

– Premio o Promesa Remuneratoria

Este supuesto fue el primero que recibió el nombre de *asesinato* (en algunos países al homicidio calificado se le denomina de esta forma para diferenciarlo claramente de la figura básica), y cuyos antecedentes se remontan al derecho romano.

Por ejemplo

Se puede proponer, el asesinato, del jefe de una banda de narcotraficantes, el cual fue encargado a uno de sus secuaces previo pago de un millón de pesos.

El carácter de lucro que reviste esta circunstancia, las dificultades en su persecución penal y sobre todo la mayor peligrosidad que para la comunidad representa esta suerte de *profesionalización del crimen,* justifican la agravación del hecho, fundamentándose en la actitud moral del que actúa con afán de lucro.

Finalmente es necesario indicar que el pago del premio debe ser *remuneratorio,* esto es avaluable en dinero, por lo tanto, no se consideran para configurar esta atenuante los ofrecimientos de derechos, privilegios e incluso el ofrecimiento de favores sexuales.

– Ensañamiento

El ensañamiento consiste en *"aumentar inhumana y deliberadamente el dolor del ofendido".*

La ley asume que todo homicidio implica la existencia de dolor, y que sólo aumenta el injusto en la medida que este dolor sea un *sufrimiento innecesario para la víctima,* por lo

tanto se excluyen el ensañamiento en el cadáver, males morales y el dolor propio de la ejecución, sin perjuicio de la aplicación de la agravante genérica del art. 12.

Por ejemplo

Relacionado con lo anterior cabe señalar que los actos de auto encubrimiento que puede consistir en las acciones brutales consistentes en desmembrar el cadáver de un sujeto pasivo de homicidio, no lo califican, debido que estos actos no aumentaron el dolor de la persona, ya que fueron posteriores a su muerte.

De la definición se puede adicionar un carácter subjetivo que se traduce en que se actúe *inhumana y deliberadamente*. Deliberadamente significa que se actúa con *dolo directo* esto es, con conocimiento del innecesario dolor que se causa y con la voluntad de su realización; así, si ese sufrimiento se produce por impericia en la ejecución del delito, o por desconocimiento de la naturaleza de las heridas que se inflingen, el autor no actúa *deliberadamente*

Por ejemplo

Es el caso en que una persona acomete 12 puñaladas a su enemigo, ya que, sin pretender causarle dolor, no podía atravesar su corazón. Es decir no actuó deliberadamente.

Por último, si el aumento del dolor no es *inhumano,* es decir, si no importa "*crueldad, afán de hacer sufrir innecesariamente a la víctima o de deleitarse con sus sufrimientos*", no se tendrá por calificado el homicidio.

- *Antijuridicidad*

Se hace expresa referencia a lo señalado en cuanto al bien jurídico protegido y a la autorización legal para realizar la conducta (causales de justificación), a lo señalado en cuanto al delito de homicidio.

- *Culpabilidad*

Las circunstancias calificantes del homicidio calificado implican un elemento subjetivo, lo que lleva a su castigo sólo a título de *dolo directo*, aun en los supuestos en que no parece hacerse referencia explícita a ello; por tanto, se excluye el dolo eventual y la culpa en esta clase de delitos.

En el caso de concurrir dolo eventual o culpa, el homicidio no se tendrá por calificado, debiendo tenerse por simple, obligando al intérprete a comprobar si estos hechos pueden ser considerados como las agravantes genéricas del artículo 12 del Código Penal.

Queda, sin embargo, una duda respecto del *veneno,* en el caso del que negligentemente equivoca a quien envenena, ya que en dicho acto no existe la alevosía, pero de todas formas subsiste un envenenamiento con un error irrelevante en la persona. Se entiende, para el desarrollo de este curso, que la concurrencia de la culpa o dolo eventual en este caso, no permiten calificar al homicidio debiendo considerárselo como su figura básica, es decir, como homicidio simple, teniendo aplicación la agravante del N° 2 del Artículo 12, de considerárselo un medio estragazo.

Dada su importancia práctica, debe mencionarse el problema que se produce en el *error en el golpe* en el homicidio calificado por veneno.

Por ejemplo

Si se quiere envenenar a una persona, pero el medio es aplicado o consumido por varios individuos, como es el caso de una torta de cumpleaños envenenada para el festejado; ésta fue consumida por varias personas, debido a esto la Corte Suprema consideró la aplicación del dolo eventual en el caso de la muerte por veneno de todos quienes comieron de esta torta, aunque desconozca sus nombres y aunque sólo desee determinadamente la muerte de uno de ellos.

Realice ejercicios nº 14 al 18

CLASE 10

7. EL ABORTO

Como se señaló en su oportunidad, el delito de aborto atenta contra el bien jurídico de vida dependiente, es decir, la vida que está por nacer.

En este contexto, el aborto[17], puede ser definido como la *"interrupción, provocada y deliberada del embarazo, con el objetivo de causar la muerte del feto*".

Cabe señalar que, la ubicación sistemática del aborto, está dentro de los delitos contra la Moralidad Pública y el Orden de las Familias, durante mucho tiempo no se le consideró como un delito contra las personas, cuya principal consecuencia práctica es la imposibilidad de castigarlo como un delito culposo.

7.1. Aborto Voluntario

La conducta delictiva es abortar que significa *interrumpir el embarazo,* lo que implica la muerte del producto de la concepción. En consecuencia, las maniobras que tiendan a interrumpir un embarazo del cual no resulte muerte del feto, sólo podrían constituir en supuesto de ilicitud, un aborto frustrado.

Además esta interrupción y el consiguiente resultado de muerte pueden producirse tanto dentro como fuera del cuerpo de la madre. Lo anterior tiene importancia, ya que el

---

[17] Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual
1. Aborto
Art. 342. El que maliciosamente causare un aborto será castigado:
1° Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
2° Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
3° Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.

Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

Art. 344. La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.
Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio

Art. 345. El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.

parto, propiamente tal, también es una interrupción del embarazo, provocada por la madre o terceros, pero que no es punible ya que no tiene como objetivo conseguir la muerte del feto.

Cabe señalar que no existe limitación, en cuanto a la realización activa u omisiva, sin embargo en caso de un aborto consentido y causado por terceros, se admite violencia contra el cuerpo de la mujer (violencia que requiere de una acción); en caso que ella lo consienta como medios para causar el aborto, restando por tanto la figura del art. 342 N° 1, únicamente para los casos de empleo de fuerza física no consentido.

- *Aborto Voluntario por Omisión*

La posibilidad eventual de dar muerte a un feto mediante un no hacer, requiere de un razonamiento bastante rebuscado, sería tal el caso de una madre que tuviera que tomar ciertos medicamentos que de acuerdo al tipo de embarazo, el no ingerirlos, pudiera revestir un riesgo de vida para el feto, que finalmente cause su muerte.

No obstante, se puede participar por la omisión respecto de la acción abortiva de un tercero, en el caso de personas como el cónyuge de la mujer o su médico tratante, quienes han asumido en los hechos una posición de garante de la vida del que está por nacer, si intencionalmente no impiden que se cause el aborto, pudiendo hacerlo.

Por ejemplo

Podrá tener participación por omisión el padre del feto, que mira como la embarazada consume pastillas del cloro para piscinas, con la evidente intención de abortar.

– Tipicidad

En este punto, se hará referencia al sujeto activo y pasivo del delito de aborto.

a) Sujeto Activo

En cuanto al sujeto activo, sólo puede ser la mujer embarazada, en caso de *autoaborto;* existiendo además la necesidad de su participación en el *aborto consentido* (donde la madre está de acuerdo con un extraño que realiza el procedimiento), caso en el que se considera como autora, al igual que al tercero que lo cause.

En cuanto al facultativo, el Código Penal sanciona con las penas del art. 342 aumentadas en un grado al facultativo que "*abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare en el*". Por su función en la comunidad se castiga con un mayor reproche, ya que en uso de sus conocimientos podría hacer de esta práctica su principal actividad económica.

Ahora, la pregunta lógica en este punto es determinar quien es en realidad *facultativo* para el Código Penal, así, en general se puede señalar que tiene esta calidad quien ejerce alguna de las profesiones que señala el art. 313 a. del Código Penal[18].

En este contexto, abusa de su oficio, quien sin necesidad terapéutica, utiliza su ciencia y arte para causar el aborto. Es evidente, que el *facultativo* que actúa conforme a la necesidad terapéutica y siguiendo la *lex artis* no cometerá aborto.

Ejemplos

Cabe señalar que no concurre la agravación si el facultativo actúa sin hacer uso indebido de sus conocimientos o destrezas, como el caso del aborto causado por un arranque de ira de un médico contra su mujer, realizado con golpes de puños y pies.

Tampoco es concurrente con esta causal, el caso del facultativo que guiado por una finalidad terapéutica, causa un aborto. Si lo que persigue es evitar sufrimiento en la mujer, que es parte de su misión profesional, aunque traspase el límite de lo *lícito,* no puede considerarse como un *abuso de su oficio.*

[18] Art. 313. a. El que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.
Para estos efectos se entenderá que ejercen actos propios de dichas profesiones:
1° El que se atribuya la respectiva calidad;
2° El que ofrezca tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad;
3° El que habitualmente realizare diagnósticos, prescribiere tratamientos o llevare a cabo operaciones o intervenciones curativas de aquellas cuya ejecución
exige los conocimientos o las técnicas propios de tales profesiones.
Las disposiciones de este artículo no se aplicarán en ningún caso a quienes prestaren auxilio cuando no fuere posible obtener oportuna atención profesional.
En las mismas penas incurrirá el que prestare su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo.

b) Sujeto Pasivo

La vida humana dependiente, al igual que en el homicidio, el sujeto pasivo se confunde con el objeto material de la acción, un ser humano en formación, fruto de la concepción, en cambio el *objeto de tutela* es la vida del que está por nacer.

En este contexto, sólo cuando las células resultantes de la fecundación se alojan en las paredes del endometrio se entiende que hay embarazo para la Organización Mundial de la Salud, período que comprende desde la anidación en el útero al parto, que es una condición exclusiva de la mujer. Así, mujer embarazada es aquella de quien depende, producto de la anidación del blastocito en el endometrio, la vida del que está por nacer.

De esta manera, sujeto pasivo del delito es el embrión o feto anidado en el vientre materno, desde su fijación en el endometrio hasta su expulsión del útero.

Existen casos de fertilización asistida, donde para asegurar el buen desenlace del procedimiento se fecundan una cantidad de óvulos superior a los que serán implantados, en este supuesto, es necesario preguntarse si la destrucción del óvulo fecundado in vitro, que no ha sido trasladado al útero de la mujer, puede penalmente, considerarse un aborto. Para efectos de este curso (ya que la discusión esta abierta a nivel mundial y sobre ella existen valores y principios aplicables), esta conducta, de descartar embriones fecundados, no constituye aborto, ya que no se han anidado en útero alguno.

– Antijuridicidad

Como ya se ha señalado, el aborto protege el bien jurídico de la vida dependiente.

En este punto conviene señalar que en Chile se ha suscitado una compleja discusión acerca del *aborto terapéutico*, el cual tiene por objeto, interrumpir el embarazo, deliberada y concientemente, con el conocimiento que el feto no es viable aún para la vida independiente, y debido al peligro que corre la vida de la madre que el embarazo conlleva.

En opinión de este curso, la cual como se ha señalado anteriormente es discutible, debido a la carga valórica que el tema implica, en Chile el aborto terapéutico se encuentra comprendido dentro de las causales justificación, en especial la de ejercicio legítimo de una profesión, ya que el médico se encontraría obligado a sacrificar la vida del feto para mantener la de la madre.

De no considerarse de tal forma, incluso se le podría considerar como una causal de inexigibilidad de otra conducta, en especial la de fuerza moral irresistible, ya que la voluntad del médico se vería trastocada de tal forma que estaría "*obligado*" a realizar la intervención.

La ley no establece causales especiales de justificación en caso de homicidio, por lo tanto se rige por las reglas generales sobre justificación por los principios de interés preponderante e interés no comprometido

– Culpabilidad

El aborto voluntario requiere de dolo directo, es decir el sentido de la voz *"maliciosamente"*. Tratándose del aborto consentido, la exigencia del consentimiento en la mujer embarazada parece excluir, sin mayor necesidad argumental, la posibilidad de concebir en ella la comisión de este delito a título de dolo eventual, ya que el acuerdo implica necesariamente el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de su realización.

Respecto de la expresión "*maliciosamente*", utilizada por el art. 342, es suficiente para indicar como una exigencia el *dolo directo,* aplicable al tercero no calificado como al facultativo y como señala Garrido Montt*,* también es aplicable al *autoaborto.*

En cuanto al problema del error en el consentimiento, es posible imaginar el siguiente problema. Si un facultativo que practica el aborto había recibido del marido, la autorización de la mujer para practicarlo, siendo este consentimiento obtenido por *engaño*, pensando la mujer que sólo se sometía a un control de rutina, engaño que el facultativo ignoraba.

Continuando con lo anterior, la mujer no consiente y el médico no lo sabía, para este último la existencia del consentimiento de la mujer es una circunstancia de agravación o atenuación de la pena, que se resuelve en la práctica de la siguiente forma:

- El que cree que cuenta con el consentimiento de la mujer*, pero este es inexistente,* debe ser castigado como si dicho consentimiento existiera, esto es conforme al art. 342 N° 3 en relación con el 345, en su caso. Es decir condenado por aborto voluntario consentido.

- El que cree que está actuando sin el consentimiento de la mujer, pero de hecho dicho consentimiento existe, también ha de ser castigado por el art. 342 N° 3, en relación con el art. 345, según su caso.

Importa señalar el caso del consentimiento en el *aborto terapéutico,* que a pesar de no ser un elemento del tipo, es un supuesto fáctico de la causal de justificación, y al ser un error de tipo, excluiría el dolo, y por tanto, no habiendo aborto culposo*,* también la punibilidad del hecho. Lo anterior según las reglas estudiadas en la parte general, al tratar los efectos del error en los presupuestos fácticos de una causal de justificación.

- *El Aborto Honoris Causa*

El art. 344 inc. 2° disminuye la pena del aborto, cuando la autora de éste lo causa *"para ocultar (su) deshonra",* idea vinculada al menosprecio social que engendran relaciones extramatrimoniales para una mujer, con independencia del juicio moral de las mismas, lo que le significaría en la práctica, dar a luz y no ser considerada como una igual en la comunidad.

Por ejemplo

Finalmente, esta circunstancia sería aplicable a la mujer soltera que mantiene oculta su vida sexual extramatrimonial, a la mujer casada que oculta una relación adúltera, y a la mujer que oculta el ejercicio de la prostitución y cuyo embarazo y parto podría llegar a delatarla.

En cuanto a este punto, cabe recordar que por la fecha de promulgación del Código Penal, los casos de aborto honoris causa, pudieron haber sido prolíficos[19], sin embargo en la actualidad, se encuentran reducidos a su mínima expresión, debido al cambio de valoración social del embarazo no deseado.

7.2. Aborto No Voluntario

Debido a la falta de aplicación práctica de estos tipos de aborto, la referencia a ellos será realizada de forma somera, con el fin de procurar una mayor intensidad de aprendizaje a los contenidos de más continua aplicación.

- *Aborto No Voluntario Causado Con Violencia*

En este supuesto ante la oposición de la mujer embarazada a practicarse un aborto, un tercero, mediante violencia (golpes) o intimidación (amenazas inmediatas), interrumpe el embarazo, con el objetivo de causar la muerte del feto.

El único problema doctrinario se presenta por el exceso que pudiere existir en las lesiones, las cuales pueden desencadenar un delito de homicidio. En este caso se aplicará el principio de solución del concurso aparente de leyes penales, de la consunción, según el cual el delito más grave contiene al de menor intensidad, debiendo castigársele por el que merezca mayor pena.

[19] Que tienen una amplia producción.

- *Aborto No Voluntario Causado Sin Violencia*

Esta figura es residual de aquella en que el consentimiento de la mujer en el aborto voluntario, se hubiese prestado con algún vicio. Así, se estará frente a esta situación en el caso que el marido engañe a su cónyuge acerca del motivo de la visita a una clínica donde se realizan abortos.

- *El Llamado Cuasidelito de Aborto*

Se encuentra regulado en el artículo 343 del Código Penal[20] y sanciona a quien realice conductas violentas dolosas, contra una mujer cuyo embarazo es notorio o le conste al hechor, en este caso al sujeto activo se le representa la posibilidad de causar un aborto y aún así actúa.

Cabe señalar que las lesiones causadas deber ser dolosas, de ser culposas no responderá a título de aborto, sólo por el cuasidelito de lesiones.

De no existir esta norma, no existiría forma alguna de sancionar una eventual figura culposa de aborto, debido a que como se señaló en su oportunidad, este ilícito se encuentra en el título correspondiente a los "*Delitos contra el Orden de las Familias y la Moralidad Pública",* y los delitos culposos del Código Penal, sólo tienen aplicación para los delitos contra las personas, y no en relación a los delitos que afectan la vida humana dependiente.

Realice ejercicios nº 19 al 24

[20] Art. 343. Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencia ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.

CLASE 11

8. LAS LESIONES[21]

Una vez estudiados los delitos que afectan la vida humana dependiente e independiente, corresponde analizar los hechos delictivos que afectan el bien jurídico de la salud. De esta manera, dentro del delito de lesiones se pueden encontrar las lesiones menos graves, las simplemente graves y las graves gravísimas, éstas se explican a continuación.

8.1. Lesiones Menos Graves

Este tipo de lesiones constituye la figura básica, sobre la cual se van sistematizando las de mayor gravedad, debido a sus resultados o formas de comisión.

Así, cuando ciertas lesiones de mayor gravedad no se puedan encuadrar dentro del tipo correspondiente, se considerarán como menos graves, convirtiendo a este delito en un verdadero tipo residual o en términos extrajurídicos en un cajón de sastre, donde se pueden depositar todas las conductas lesivas.

---

[21] 3. Lesiones corporales

Art. 395. El que maliciosamente castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

Art. 396. 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.

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.

Art. 397. 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.

2° Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Art. 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.

Art. 399. Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimo o con multa de once a veinte unidades

Artículo 400. Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1º del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado.

- *Conducta*

La conducta en las lesiones necesita para su consumación un daño a la salud del sujeto pasivo (bien jurídico protegido), dejando en éste huellas o rastros perceptibles de dichos daños; se puede resumir en "*un menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental".*

Así, como se verá más adelante, las lesiones se configuran y se cuantifican por los efectos que producen en el sujeto pasivo.

- *Tipicidad*

Dentro de la tipicidad se comenzará su estudio por los sujetos que intervienen en este delito. En relación al sujeto activo, éste no tendría mayor importancia, a menos que se refiera a alguno de los señalados en el art. 390 (parientes especialmente descritos), caso en el cual el delito recibe una *agravación especial.* En cuanto al sujeto pasivo, debe tratarse de una persona, un individuo de la especie humana, vivo; esta situación da lugar al problema de las lesiones en el que está por nacer, que de no constituir actos de un aborto frustrado no serían punibles.

Cabe consignar que, las especiales relaciones de parentesco entre los sujetos activos y pasivos, pueden ser constitutivos del delito de *violencia intrafamiliar*, los cuales tienen una pena sensiblemente mayor a los del delito común.

Continuando con lo anterior, en cuanto a las relaciones entre el sujeto activo y pasivo se puede incluso dar la posibilidad de confusión de estas calidades en una misma persona (caso en el cual una persona se causa a sí misma las lesiones), por lo tanto, existe un caso de *autolesiones punibles,* y serán castigadas cuando éstas atenten contra un bien jurídico que excede al de la salud.

Por ejemplo

Sería el caso de alguien que utiliza para sí mismo, sustancias tóxicas que puedan afectar la *salud pública,* o quien mutila uno de sus miembros para evitar la realización de deberes militares, según el art. 295 del Código de Justicia Militar.

En relación a los medios de comisión, no hay limitación alguna, por lo que parece evidente que cualquier medio es admisible, siempre que el resultado producido sea imputable a quien lo ha empleado.

– Lesiones por Omisión

Al no limitar los medios de comisión, las lesiones menos graves podrían cometerse por omisión, sin embargo aquellas figuras que requieren una conducta positiva, como *mutilar, herir, golpear, etc.,* parecen excluir la posibilidad de comisión por vía omisiva, excepcionalmente en el caso de *credulidad o flaqueza de espíritu,* del art. 398.

Así, cuando una conducta omisiva cause lesiones de mayor gravedad, se deberán considerar las lesiones como menos graves, ya que éstas son las únicas que permiten la comisión por omisión.

– Resultado de las Lesiones Menos Graves

Para que las lesiones puedan considerarse como menos graves se debe atender al resultado causado. Vinculado a lo anterior, los resultados que posiblemente podrían darse son los que se mencionan a continuación:

a) Enfermedad o incapacidad para el trabajo de hasta 30 días.
b) Mutilación de parte de un miembro importante o menos importante.
c) Las cometidas por omisión, salvo que puedan ser subsumidas por el art. 398.

Todo lo anterior se realiza en función a un límite superior, ahora, en cuanto al límite inferior, se considerará para trazar la línea divisoria entre la lesiones menos graves y leves, parece a todas luces acertado adoptar el criterio señalado por la Ley del Tránsito, que reputa como leves todas las lesiones que tengan un tiempo de recuperación igual o menor a siete días.

- *Antijuridicidad*

Como se ha señalado el bien jurídico cautelado es la *integridad corporal del sujeto pasivo y la salud*. En cuanto a la eventual concurrencia de causales de justificación especiales, se pueden señalar las siguientes consideraciones.

Continuando con lo anterior, la integridad corporal y la salud no son bienes jurídicos disponibles, y por lo tanto, el consentimiento del sujeto pasivo no basta para justificar la acción de quien lo lesiona.

En virtud del *interés preponderante,* existen numerosos casos en los cuales el propio sujeto o tercero se encuentran justificados en causar cierta clase de lesiones; como se señala en el siguiente ejemplo.

Por ejemplo

Un caso de esto se encuentra en los *derechos de los padres* para corregir y castigar moderadamente a sus hijos, las lesiones que se causan al adversario en deportes violentos como el boxeo, las que tienen como resultado el mejoramiento de la salud a través de un tratamiento médico, las penitencias y mortificaciones de fuente espiritual, o para salvar la vida ajena a través de la donación de órganos o de sangre.

- *Culpabilidad*

En cuanto al dolo de lesionar abarca el conocimiento de la acción realizada (u omitida) y sus efectos en la persona del lesionado, y puede ser tanto directo como eventual.

Así, como no se acepta la simple atribución de resultado lesivo sin correlato subjetivo, tampoco se exige una suerte de *ánimo negativo,* (no querer matar) o su correlato *positivo* que sería el de un supuesto dolo específico de lesionar, que excluya el de matar.

Por lo anterior, se admiten como dolosas las lesiones causadas en una tentativa de homicidio, pero se rechaza dicha calificación cuando el resultado mayor, excede de lo conocido y querido por el agente, a menos que dicho resultado sea previsible y pueda, por tanto, atribuirse la culpa en el agente, caso en el cual se está ante un *delito preterintencional.* (en cuanto a la preterintencionalidad, el tema fue tratado al discurrir acerca de la culpabilidad en el delito de homicidio).

– Lesiones Culposas

La figura básica de lesiones como las del los art. 397 y 398 del Código Penal, admiten su comisión culposa, siempre que se cumplan los requisitos generales de esta, a saber, la capacidad y el deber de prever y evitar tales resultados.

En este contexto, los problemas mas frecuentes que se plantean en este caso, son los derivados de las lesiones a varias personas en un mismo hecho y el caso de las lesiones absolutamente imprevisibles.

En el primero de ellos, se entiende que el castigo sería a título de un sólo delito de lesiones culposas, graduando la pena según el art. 69 del Código Penal, pero parece más compatible con el objeto de protección de las normas en juego el castigo a título de concurso ideal de lesiones, aplicando el art. 69. (es decir, la aplicación de la pena mayor asignada al delito mas grave, debiendo el Juez ponderar la multiplicidad de las lesiones para recorrer la

pena dentro del grado, así, si corresponde una pena de 541 días a 3 años, el Juez podrá aplicar una pena de tres años).

En el segundo caso, aunque la jurisprudencia ha admitido supuestos en que el resultado era *absolutamente imprevisible,* como el de los ebrios que andan por la calle y resultan atropellados, lo cierto es que por regla general se entiende que es muy difícil argumentar como caso fortuito excluyente de la culpa derivada de la obligación de conducir "atento a las condiciones del tránsito", la existencia de obstáculos, baches o animales en el camino. Este caso dependerá de la relación de causalidad que pueda existir entre la conducta y el resultado, donde se ponderará la influencia del caso fortuito.

En cuanto a las lesiones producidas en el ejercicio de la medicina, el art. 24 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile ofrece algunos parámetros que, contrastados con la información disponible acerca de protocolos, procedimientos e instrucciones para realizar tratamientos o intervenciones, emanada tanto de la enseñanza en las Escuelas de Medicina como de los dispuesto por el Servicio Nacional de Salud, permiten determinar si un resultado es lesivo para la salud, puede atribuirse o no a la culpa del profesional a cargo.

8.2. Lesiones Agravadas por la Duración de sus Efectos (Lesiones Simplemente Graves)

Esta figura es *calificada,* en la medida de la duración de sus efectos o resultado, que explican la posición de la pena. Pero la ley las hace especiales, en razón de la forma de su comisión, esto es, restringida a las modalidades *activas* descritas en el encabezado del art. 397 y a las *activas omisivas* del art. 398.

- *Tipicidad*

Dentro de la tipicidad se hará referencia a las distintas situaciones que se encuentran incluidas en las lesiones simplemente graves o lesiones agravadas por la duración de sus efectos. A continuación se presentan las situaciones que se consideran lesiones simplemente graves.

– Enfermedad por Más de 30 días

La enfermedad, según el diccionario es una *alteración más o menos grave de la salud.* Se comprende toda perturbación o anormalidad de la capacidad funcional del individuo, aún las que consistan sólo o principalmente en trastornos mentales, como afasia o pérdida de la memoria.

Cabe señalar que el tiempo máximo de 30 días de recuperación, debe ser determinado, por los peritajes científicos realizados por el Instituto Médico Legal.

– Incapacidad para el Trabajo por Más de 30 días

La doctrina mayoritaria señala que sólo puede referirse al trabajo o labores habituales que desempeñaba el ofendido al momento de ser lesionado, y además, el tiempo de su duración debe ser acreditado mediante informes médicos, no bastando la apreciación particular.

Por ejemplo

Si se lesionan los dedos de un pianista, y su tiempo de recuperación es de 20 días se configura este delito, debido a la imposibilidad de realizar sus labores propias.

– Modalidades Específicas de la Conducta Punible

En los siguientes párrafos se mencionan las modalidades específicas de la conducta punible del delito de lesiones simplemente graves.

1) Modalidades Omisivas del art. 397 inc.1°

El artículo 397, se refiere expresamente a las formas de *herir, golpear o maltratar de obra*: estas son conductas activas, consistentes en romper la carne o los huesos con un instrumento cortante, dar en el cuerpo con un objeto contundente, o de cualquier modo realizar una *acción material* que produzca daño en la salud del otro.

En el caso que se produzcan resultados de lesiones graves, mediante la comisión por omisión, éstas serán consideradas como lesiones menos graves.

2) Modalidades del art. 398

Dentro de esta figura se encuentran la administración de sustancias nocivas y el abuso de credulidad o flaqueza de espíritu. A continuación se enumeran y explican las circunstancias establecidas en el artículo 398 del Código Penal.

2.1) Administración de Sustancias Nocivas

a. Objeto Material, Sustancias Nocivas. Se entiende este concepto de similar forma que el *veneno*, como algo nocivo para la persona que lo recibe en su organismo, por tanto, la calificación del hecho dependerá, en buena parte de los casos extremos, de los *conocimientos especiales* que tenga el ofensor acerca de la víctima. Sin embargo,

estas circunstancias se diferencian del veneno en el hecho que su administración no requiere el carácter de *alevosa*, característica especial de éste.

b. Conducta, Administrar a Otro. La conducta ilícita de administrar sustancias consiste en introducirlas en el organismo de la víctima, lo que puede hacerse a través de cualquier vía (oral, intravenosa, etc.), de manera directa o a través de otras personas, caso en el que se estaría frente a una *autoría mediata.* Cabe señalar que se excluye la administración de sustancias en cantidad insuficiente o que sólo lleve a enfermedad, como también la administración indiscriminada a personas indeterminadas, caso en el que se aplicaría lo previsto por el art. 315 y 316 del Código Penal.

c. Administración "A Sabiendas". La expresión "*a sabiendas*" (contrario a lo que señaló para el delito de parricidio, donde una expresión de este tipo excluye el dolo eventual) no es un elemento subjetivo del tipo, que permita calificarlo como delito de *intención trascendente*, ni consiste en el requerimiento de una culpabilidad más intensa; ella concierne sólo a la necesidad del conocimiento especial que el agente debe tener acerca de la naturaleza nociva de la sustancia que administra a la víctima. De esto se sigue que la administración de dicha sustancia y el resultado de lesiones que de ella deriva, pueden tener lugar tanto con *dolo directo* como con *dolo eventual*, y hasta es concebible a su respecto la hipótesis culposa, siempre que el sujeto conozca el carácter nocivo de la sustancia que administra.

d. Contagio de Enfermedades de Transmisión Sexual. Alguna parte de la doctrina, considera que el contagio deliberado de enfermedades de transmisión sexual estaría contenido en este delito, conclusión que se comparte, debido a que dan todos y cada de los presupuestos fácticos del tipo. Supóngase el caso de la mujer contagiada de VIH (SIDA), que en venganza con el género masculino, contagia su enfermedad a sus eventuales parejas sexuales.

2.2) Abuso de Credulidad o Flaqueza de Espíritu

Lo punible de este caso, son las "*supercherías (engaños, fraudes), filtros y brujerías de todo género, utilizadas con cualquier interés, por cualquier persona que abusa de la inferioridad de otra*", el siguiente ejemplo clarificará el concepto.

Por ejemplo

Es el caso del hombre que lleva a otro de poco espíritu a casa de una hechicera y los fantasmas que allí ve, le producen un arrebato al cerebro o le hacen perder la razón. Este claro ejemplo creado por el primer comentarista del Código Penal (Pacheco) el cual grafica a la perfección el espíritu de la norma.

Aparte del ejemplo citado, la importancia de esta modalidad de comisión de las lesiones graves es que permitiría incluir en ellas la importante casuística de su comisión por omisión, aparentemente dejada de lado por el art. 397.

Con todo, cabe señalar que "*los tribunales superiores no han tenido ocasión de pronunciarse respecto al sentido y alcance de esta disposición",*[22]en otras palabras las Cortes de Apelaciones o la Corte Suprema no han determinado la extensión de esta norma jurídica.

CLASE 12

8.3. Lesiones Agravadas por sus Efectos en la Vida del Ofendido

La pena de presidio mayor en su grado mínimo, cercana a la del homicidio simple, se reserva para las lesiones *graves-gravísimas,* esto es, las que dejan al ofendido "*demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme".*

En este caso el daño causado a la salud es equivalente a una *muerte en vida,* convirtiendo al lesionado en una persona distinta a la que era antes del delito. Este es el motivo por el cual la pena de este delito es equivalente a la del homicidio simple, ya que los efectos son de tal forma devastadores que no permiten al sujeto pasivo recobrar las condiciones de vida que tenía con anterioridad a la ocurrencia de los hechos.

Cabe señalar que al momento de la sentencia, estas lesiones deben carecer de una posible recuperación, tiñéndolas de carácter relativamente permanente.

Por último, los resultados de estas lesiones y sus formas de comisión, son rasgos específicos en su tipicidad, puesto que al prescindir del resultado se estaría frente a casos de lesiones *simplemente graves.*

- *Tipicidad*

Los resultados especialmente graves que se pueden obtener según el art. 397 N° 1 son los que se mencionan a continuación.

[22] Politoff/Matus/Ramírez. Op Cit, Pp. 141

– Demente o Demencia

El demente no es sólo quien sufre demencia, considerada como un deterioro progresivo e irreversible de las facultades mentales que causa graves trastornos de conducta, sino que sobre todo quien, padece locura o pérdida del juicio por cualquier causa, situación equivalente a la idea de *enajenación mental* arraigada en el concepto popular y ordinario del término.

– Inútil para el Trabajo

Se considera dentro de este término la imposibilidad de ejercer el trabajo que antes realizaba el ofendido, relacionado con todos aquellas labores que según sus condiciones personales y sociales de éste, ya que lo que se debe juzgar no es la posibilidad en abstracto de realizar cualquier trabajo imaginable, sino el efecto en la vida, causado por no poder trabajar, ya que el individuo pasa a *depender* de otros para procurarse subsistencia y la de su familia.

Para ejemplificar, si, constituye una lesión grave-gravísima, el daño causado en ambas manos, a una persona que sin estudios, subsiste gracias a las artesanías que fabrica.

– Impotente

En esta situación se encuentra quien, producto de las lesiones sufridas, ve desaparecer su capacidad reproductiva, debido a que ya no puede mantener una relación sexual normal (*impotencia coeundi*) o porque, pudiendo realizarlo, ha perdido su funcionalidad repoductiva *(impotencia generandi*).

Las consecuencias sicológicas que este hecho produce tienen importancia en la vida privada del ofendido, aunque en estos tiempos, su apreciación social sea diferente a la que tenía en la época de promulgación del Código Penal.

– Impedido de un Miembro Importante

El sentido natural y obvio de esta expresión, tiene relación con alguien que "*no puede usar alguno o algunos de sus miembros*", cualquiera sea la causa, pero el problema que se genera para estos efectos, es que ha de ser un miembro.

En este contexto, la pregunta lógica que surge a este respecto se refiere a cuales han de considerarse como miembros importantes. Por miembro, se entiende "*cada una de las extremidades del hombre o de los animales articuladas con el tronco*", o "*parte de un todo unida a él*".

De estos conceptos ha triunfado la teoría que señala que un *"miembro es todo órgano o parte del mismo que tenga una función particular, incluyendo además de las extremidades y sus partes distinguibles, los órganos internos y de los sentidos, y en general, cualquier parte del cuerpo que tenga una determinada función*, *pero excluyendo de la idea las partes de piel, carne y demás sustancias de que dichos miembros están constituidos."*[23]

La discusión más importante en esta materia es respecto a la calificación de importante de un miembro del que la persona queda impedida, para los efectos de aplicar la agravación del 397 N° 1.

Para llegar a una conclusión válida con respecto a este tema se debe señalar la correspondencia entre la mutilación de un miembro importante (corte y separación total del miembro) y su impedimento, debido a que de no hacerlo se podría incluso llegar a colegir que al sujeto activo le conviene (en cuanto a la gradación de la pena) cortar definitivamente un brazo a su víctima, que sólo dejarlo impedido del mismo, ya que la lesión grave-gravísima tiene mayor pena que la mutilación.

Así, nace el concepto de miembro importante-importantísimo, el cual se aplica para aquellos que por la función que cumplen, su impedimento es de tal forma inhabilitante que merece su causación una pena mayor que la de su mutilación.

Por ejemplo

Arrancarle al ofendido un ojo, es de tal forma inhabilitante y transforma la vida del sujeto activo de una forma sólo equiparable con la pérdida de la vida. En estos casos, se debe aplicar esta pena debido a que la aplicación de la mutilación del miembro tiene una pena menor.

– Notablemente Deforme

Cabe señalar que "*la desfiguración o fealdad corporal, cicatriz o huella más o menos permanente en el cuerpo o rostro, debe ser de tal naturaleza que equivalga, por sus resultados, a los otros casos indicados en el precepto legal correspondiente como inútil para el trabajo, demente, impotente, etc."*[24]

[23] Politoff/Matus/Ramírez. Op. Cit. pp.144-145.

[24] Politoff/Matus/Ramírez, Op. Cit. Pp. 147.

Lo anterior debe ser relacionado, debido a la interpretación sistemática, con los demás efectos previstos en la norma, así, la deformidad debe ser tal que esta modifique por completo la forma o estilo de vida del afectado, debiendo compararse, no sólo con la descripción del mismo precepto, sino que también con el homicidio simple, con el cual comparten la misma pena.

Por ejemplo

Un caso de esta lesión es la producida en la cara del sujeto que deje su rostro completamente quemado, haciendo imposible que retome su vida como la conocía anteriormente.

Finalmente, la posibilidad de recuperarse de la deformidad, hoy en día, gracias a la cirugía estética, aplicada como parte del tratamiento terapéutico, cuyos resultados efectivos, han de tomarse en cuenta para juzgar la verdadera magnitud de las lesiones producidas.

9. LAS MUTILACIONES

Las mutilaciones también son una forma agravada de la figura básica de lesiones, la diferencia capital es que el aumento de pena se fundamenta en la especial forma de comisión, es decir por la *mutilación de un miembro importante,* que en la época de promulgación del Código Penal, era considerado un detrimento irreparable para la integridad corporal.

En lo subjetivo la ley limita la culpabilidad de este delito únicamente a los supuestos del dolo directo, ya que la norma utiliza la expresión "*maliciosamente*". En consecuencia se excluye el dolo eventual y la culpa para la comisión de este delito.

De entenderse que se actuó con culpa o dolo eventual resultarían aplicables las normas sancionatorias correspondientes a las lesiones que si admiten estos elementos de la culpabilidad.

- *Tipicidad: La Conducta y El Sentido de la Expresión Mutilación*

Mutilar, significa para el diccionario, "*cortar o cercenar una parte del cuerpo, concepto que se restringe a la extirpación o ablación de una parte del cuerpo."*[25]

[25] Politoff/Matus/Ramírez. Op. Cit. Pp 149.

En este sentido, la mutilación ha de comprender la *totalidad del miembro,* no configurándose esta agravación por mutilación parcial.

- *Objeto Material: La Castración (art. 395)*

En un principio se entendía que la castración sólo podía realizarse por el cercenamiento de los órganos genitales masculinos, por lo tanto sólo podría ser sujeto pasivo de este delito un hombre*,* postura que ha sido abandonada por la doctrina mayoritaria, pues es la *capacidad reproductiva* y no la *virilidad,* el fundamento de protección legal*.*

La capacidad reproductiva se pierde cuando se extirpa la totalidad del aparato reproductor masculino, es decir, el pene y los dos testículos, produciendo con ello impotencia coeundi*;* pero también cuando la impotencia que se produce es únicamente generando, como cuando se trata de la extirpación de ambos ovarios o el útero de la mujer, o ambos testículos en el hombre.

En conclusión, según esta moderna concepción pueden ser sujeto pasivo del delito de castración una persona sin importar su sexo.

A continuación se presentan los distintos tipos de mutilaciones.

– Mutilación de Miembro Importante

Son miembros importantes aquellos que, excluyendo los comprendidos en el aparato reproductivo, deja al paciente imposibilitado de valerse por sí mismo o de realizar las funciones naturales que realizaba.

> "Una pierna, un brazo, un pie, etc.", representan casos clásicos de esta idea, según la cual han de considerarse las prótesis de estos miembros como señales de que el paciente no puede valerse por sí mismo, o que no puede ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba (correr, caminar, realizar un trabajo manual, etc.)[26].

Así, tratándose de la mutilación de miembros importantes comprendidos en el art. 397 (importantes-importantísimos), se aplicarán preferentemente estas últimas por tener una pena mayor, esto en plena concordancia con lo estudiado, tanto en la presente unidad como en lo referente a los principio de solución de Concursos Aparentes de Leyes Penales, en especial el principio de subsidiariedad.

---

26 Politoff/Matus/Ramírez . Op. Cit. Pp. 150.

– Mutilación de Miembro Menos Importante

La distinción entre miembro *importante* y *menos importante,* fue tomada de las críticas al Código Español de 1848-1850.

Al concepto negativo que puede darse de esta distinción, cabe añadir que conforme al tenor literal del Código Penal, no queda más que aceptar que un dedo o una oreja deben calificarse como miembros *menos importantes;* aunque es evidente, que atendida la gravedad de la lesión producida cuando se trata de varios dedos o ambas orejas mutiladas, podría configurarse la agravación de esta clase de delitos.

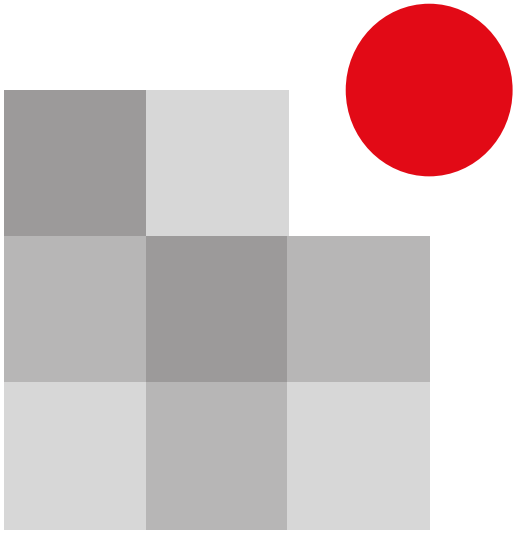
La distinción entre estos tipos de miembros no debe ser literal sino que debe ser realizada en atención a un criterio de funcionalidad, así, el corte de un dedo debe ser considerado como mutilación de miembro menos importante, en cambio si ese dedo es el *"pulgar",* el cual como se sabe es fundamental en la realización de cualquier actividad se debe considerar como mutilación de miembro importante.

- *Culpabilidad*

Las expresiones *maliciosamente* y con *malicia,* empleadas por los art. 395 y 396 han llevado a los autores a la conclusión que tales hechos sólo pueden cometerse con dolo directo, es decir con el golpe se dirige *directamente a mutilar.*

Realice ejercicios nº 25 al 30

RAMO: DERECHO PENAL II



iPLACEX
instituto profesional

UNIDAD II

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DEL INDIVIDUO

CLASE 01

1. LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD Y LIBERTAD INDIVIDUAL

En la presente Unidad serán analizados, como ya se expuso al dar inicio al curso, los contenidos correspondientes a las figuras especiales que pretenden proteger o cautelar los bienes jurídicos de la "Seguridad y Libertad Individual".

Como se verá a continuación, la manifestación de dichos bienes abarca diversos aspectos de la vida de un sujeto, entre otros la facultad de libre desplazamiento, la libertad de decisión libre o la de determinación sexual.

En conocimiento de lo anterior se realiza la prevención con anterioridad al desarrollo de cada figura especial, lo cual permite además solucionar en algunos casos problemas de interpretación. En tales casos la explicación se realizará en el momento pertinente.

1.1. Bienes Jurídicos Protegidos: La Libertad Individual

La libertad suele ser concebida como la *capacidad de autodeterminación*, de poder elegir libremente entre distintas opciones.

En el mismo sentido, Santo Tomás expresaba que la libertad o libre albedrío es una facultad de la voluntad y cuyo fin es Dios y finalmente el bien, siendo estos fines el primer limite al actuar humano, sin perjuicio de que las decisiones de las personas puedan tender a otros objetivos.

En otras palabras este destacado autor, reconociendo la capacidad del ser humano para, autogobernarse, desarrolla también la idea de la limitación a la misma, en su concepto, por la búsqueda del "bien", el cual se encuentra señalado o identificado con "Dios".

Las limitaciones a la libertad, las cuales desde que Santo Tomas esboza su teoría del "libre albedrío" en la actualidad son entendidas como la colisión de ésta (la libertad de un sujeto) con la de otro ser humano.

De comprobarse la colisión de derechos, se debe realizar aquel proceso que en doctrina constitucional se denomina "ponderación de derechos", la cual consiste en privilegiar, en este caso, por sobre la libertad de un individuo, bienes jurídicos de mayor entidad.

Por Ejemplo

En el caso que una persona sea portadora de una grave enfermedad contagiosa, su libertad puede ser limitada, en razón de la cautela de bienes jurídicos de mayor importancia, en este caso, la vida de los restantes miembros de la comunidad.

Cabe señalar que en este último caso, y en general en cuanto a la ponderación de derechos la referencia se hace explícitamente a las causales de justificación como integrantes de la antijuridicidad formal. Todo lo cual se analizó en la Segunda Unidad de la parte General del Derecho Penal.

En resumen y como ya se señaló, la libertad del hombre siempre estará relativizada por numerosos factores externos que de una u otra forma "determinan" el actuar humano, que en principio debería ser *autodeterminado.*

Lo contrario a la libertad es ser determinado por otra voluntad, ajena, pudiendo conculcarse o limitarse por las acciones de un tercero.

Pero así como la libertad se da solo en forma relativa, como ya se encuentra señalado, la voluntad que controla esta libertad, a su vez también se puede ver controlada por otra, así siempre existirá la dualidad entre libertad y alineación, a medida que aumenta uno disminuye el otro.

Por Ejemplo

En el caso que una persona, completamente libre, en el sentido físico, se vea dirigida por una causa que anula su voluntad, imaginemos el secuestro de uno de sus hijos para obtener una determinada decisión.

Sin perjuicio de todas las complejidades de la libertad, no se puede negar su calidad de bien jurídico sujeto a protección penal, pues aunque sea sumamente difícil su demostrabilidad, esta dificultad no le priva de ser de capital importancia para el desarrollo de la vida humana.

De no aceptar la libertad, aunque sea como un presupuesto relativizado, ninguna de las relaciones de la vida social (y menos las reguladas jurídicamente) podrían ser consideradas ya no legitimas, sino ni siquiera racionales: las ideas de casarse, votar,

comprar, acudir a tribunales, no serian posibles si no es a la luz de una libertad, aunque sea relativa, de la especie humana.

Por Ejemplo

La simple firma de un contrato, el hecho de caminar por la calle o de conducir un vehículo, son expresión de la libertad. En estos casos dentro de los límites valorados socialmente como positivos.

Las expresiones estimadas como negativas y por lo tantos prohibidas por el ordenamiento penal, son constitutivas de delito.

La libertad puede ser afectada principalmente por la fuerza, física o moral, o también por el engaño, que afectaría la libertad de elegir.

Por Ejemplo

En el *secuestro* de una persona, ésta se haya imposibilitada físicamente de trasladarse (se afecta la libertad ambulatoria), ya que un tercero determina sus acciones.

En cambio, en la *trata de blancas*, por lo general la persona actúa de una determinada manera por ser victima de un engaño, de una falsa representación de la realidad, de forma tal que conociendo la verdad no habría obrado así.

En consecuencia, para ser libre se requiere, como presupuesto esencial, la garantía de que tanto el Estado como la comunidad respetaran el ejercicio de dicha libertad.

Esta garantía o, mas bien, el conjunto de ella (ya que el concepto es mas amplio que el del Art. 19 N° 7 de la Constitución), entendidas como condiciones de la libertad, pueden ser agrupadas bajo el concepto de *seguridad individual,* que como bien jurídico básico en la organización democrática aparece vinculado a la mayor parte de los delitos que nuestro Código Penal agrupa en el Titulo III del Libro II bajo el epígrafe de “delitos contra los derechos garantizados por la Constitución”, en los artículos 296 a 298 y en la falta del articulo 494 N° 16 del Código Penal.

Así, es el mismo Código Penal el que en los tipos penales relacionados con el bien jurídico libertad individual apunta también, y principalmente a la seguridad individual como presupuesto de la libertad.

Por Ejemplo

El secuestro o la sustracción de menores, parecen establecidos únicamente para tutelar la libertad de los sujetos pasivos del delito, pero sólo bastó dar nuevamente una mirada a la conducta del delito, la cual pone en serio peligro la vida y salud de las víctimas, quienes quedan a merced de sus captores.

Así, el menor de edad que es sustraído del cuidado de quienes están a su cargo, corre el riesgo de ser lesionado gravemente o perder incluso la vida por lo malos tratos de sus los sujetos activos del delito,

Como presupuesto del ejercicio de la propia libertad, la seguridad individual es un bien jurídico de carácter *disponible* para quienes se encuentran en capacidad de disponer de su propia libertad.

Así, se desprende que en toda esta clase de delitos, el consentimiento ha de jugar un papel relevante de exclusión de tipicidad, salvo cuando participa un funcionario público.

Explicación

Para entender lo señalado con anterioridad en cuanto al valor del consentimiento, se debe hacer referencia a una de las “Salidas Alternativas” del nuevo procedimiento penal, la cual se denomina “Acuerdo Reparatorio” y que consiste en una convención entre la víctima y el imputado que pone término al “juicio penal”.

El “Acuerdo Reparatorio” sólo es procedente cuando lo bienes jurídicos afectados son de carácter disponible y no existe un interés público prevalerte (será el caso en que el ilícito fuera cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones).

CLASE 02

1.1.1. Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual y Honestidad

Esta especie de delitos protege la libertad sexual, entendiéndose como la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por otro.

Sin embargo, por carecer de un cabal desarrollo esta facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente en los impúberes, lo que se protege es tanto su libertad como su indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad, es por este motivo que el Código Penal sanciona con mayor rigor los ilícitos contra menores de edad.

Por Ejemplo

La violación contra una persona mayor de 14 años requiere de ciertas circunstancias de abuso y engaño que justifican la pena, en cambio para considerar violación, la cual se denomina “impropia”, el acceso carnal a un menor de 14 años estas circunstancias no son necesarias, requiriéndose únicamente la circunstancia de la menor edad, siendo indiferente a la ley el consentimiento del menor.

Así, en este caso se hace patente el hecho que la libertad de decidir del menor no es relevante y la ley presume la falta de la misma, sancionando al sujeto activo de la conducta.

Es importante señalar que además, se estaría protegiendo la *honestidad,* que se puede entender como la “facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que impongan las valoraciones dominantes”.

Los delitos contra la libertad y seguridad del individuo se clasifican de la siguiente forma.

Cuadro Nº 1: Delitos contra la Libertad del Individuo

- Delitos contra la libertad de autodeterminación y la seguridad individual:
  - Coacciones. (Art. 494 N° 16)
  - Amenazas. (Arts. 296 y ss)

- Delitos contra la libertad ambulatoria y seguridad individual.
  - Secuestro. (Art. 141)
  - Sustracción de menores. (Art. 142)
  - Torturas. (Arts. 150-A y 150-B)

- Delitos contra la libertad en la esfera de la intimidad.
  - Violación de domicilio. (Art. 144)
  - Allanamiento irregular. (Art. 155)
  - Violación de correspondencia. (Art. 146 y 156)
  - Violación de la intimidad como privacidad. (Art. 161-A)

- Delitos contra la libertad de conciencia y de culto. (Arts. 138 a 140).

- Otros delitos contra las garantías constitucionales relativas a la seguridad individual, cometidos por funcionarios públicos. (Arts. 149 a 161)

- Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y la honestidad.
  - Violación:
    - Propia. (Art. 361).
    - Impropia. (Art. 362).
    - Agravada. (Art. 372 bis).

- Estupro:
  - Por engaño. (Art. 363 N° 4)
  - Por abuso. (Art. 363 N° 1 a N° 3)

- Abusos Sexuales:
  - Propios. (Art. 366).
  - Impropios. (Art. 366 bis).
  - Agravados. (Art. 365).

- Corrupción de menores:
  - Exposición del menor a actos de significación sexual. (Art. 366 quáter)
  - Favorecimiento de la prostitución de menores. (Art. 367 y 367 ter)

- Comercialización de pornografía infantil. (Art. 374).

A continuación, se estudiarán las diversas clases de delitos contra la libertad individual, los que serán agrupados según el bien jurídico que cautelan.

CLASE 03

2. COACCIONES Y AMENAZAS

A continuación, se estudiarán los delitos relacionados con las coacciones y amenazas, ambos sancionados por ley.

2.1. Coacciones[1]

A. La Conducta

La conducta está constituida por impedir con violencia a otro hacer lo que la ley no prohíbe o compelerlo con violencia a efectuar lo que no quiera. Es un delito de acción y de lesión.

De acción, ya que como se verá, los verbos rectores del tipo sólo pueden ser desarrollados de forma activa,

De lesión, ya que sólo se entiende consumado el delito cuando el bien jurídico se ha visto efectivamente vulnerado.

[1] Art. 494. Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:
16. El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera.

- Impedir con violencia a otro hacer lo que la ley no prohíbe

Esta situación es discutida entre los autores respecto del tipo de fuerza la que puede ser moral o física.

Para Labatut, las coacciones incluso incluyen al engaño; la jurisprudencia española también añade la fuerza sobre las cosas que tengan efecto sobre el sujeto.

Al respecto (fuerza en las cosas que tengan efecto sobre el sujeto) cabe señalar que en la medida en que las cosas sobre las cuales se ejerce la fuerza están en conexión con las personas, esto es, que su destrucción tenga efectos sobre la capacidad de actuación, atentando directamente contra la libertad de autodeterminación, se incluiría dicha fuerza dentro del concepto de violencia.

Esta situación se conoce bajo el nombre de *coacción impropia.*

La formula "lo que la ley no prohíbe", implicaría, que cualquier persona podría lícitamente, por ejemplo, emplear violencia para impedir al que maneja un vehículo que, en forma prohibida por la regulación del transito, adelante a otro vehículo.

Sin embargo, no todo lo prohibido autoriza su impedición violenta.

Es así, que se encuentra mas apropiada la formula usada por el Código Penal español al señalar en su enunciado "el que sin estar legítimamente autorizado impidiere…", lo que es suficiente para fijar con precisión los limites de la conducta

Que el ejercicio de fuerza o violencia sobre una persona para precisarla a que diga, haga o no haga alguna cosa no es siempre merecedor de pena aparece de toda evidencia si se piensa en las causales de justificación.

Por Ejemplo

El padre que impide al hijo entrar en un lugar de expendio de drogas, cumple con el derecho de corrección que le otorga el Código Civil, y por lo tanto no se encuentra.

El médico que lleva grave a su paciente al hospital y obliga a un tercero que conduce el vehículo que los transporta, a aumentar la velocidad por sobre el máximo legal permitido (en relación con el art. 10 N° 10, prevalecía del deber que apunta al amparo de un interés superior de jerarquía)

El empleo de la fuerza para evitar que otro se suicide, se encontraría también justificado.

Cuando el Código Penal habla de lo que “la ley no prohíbe”, excluye del ámbito de aplicación del tipo legal el empleo de la violencia permitida por el orden jurídico, lo cual resulta del todo lógico, en concordancia con lo expuesto en la Parte General del Derecho Penal.

Límites de la violencia:

Tratándose de *vis absoluta (fuerza física),* en cuanto a su limite inferior, este incluye las simples vías de hecho no constitutivas de lesiones, pero que si afectan la libertad de autodeterminación.

Por Ejemplo

Los golpes de pies y puños, son considerados vías de hecho, en consideración a que frente a su aplicación no se producen efectos en la salud del sujeto pasivo, como en el caso de las lesiones, pero se requieren a lo menos estas para que la conducta sea considerada fuerza física.

Y en cuanto a su límite superior, lo encontramos en las lesiones leves. Si las violencias alcanzan una gravedad tal que produzcan un resultado de lesiones menos graves, entonces dicho delito desplaza al de coacciones, lo mismo que cualquier otra lesión de mayor entidad.

Por Ejemplo

Si una persona con el objeto de coaccionar a otra, le aplica ciertas vías de hecho que causan efecto de cierta gravedad en la salud de una persona (lo dejan imposibilitado parar el trabajo por 10 días), vulnerando aquel bien jurídico (salud), este delito de lesiones es de mayor gravedad que las coacciones.

En el caso se sancionará por las lesiones menos graves causadas, dejando sin sanción las coacciones por ser un delito de menor intensidad.

Los fundamentos que llevan a esas conclusiones fueron expuestos al momento de analizar el “Régimen de concursos”, en la Parte General del Derecho Penal.

En cuanto a la *vis moral,* debe la amenaza ser efectiva, pero al mismo tiempo no tener la gravedad de las amenazas que se consideran como elementos típicos de otras figuras especialmente sancionadas, como las propias amenazas, la violación, el robo con intimidación, etc.

- Compeler a otro (con violencia) a hacer lo que no quiere

Incluso se puede compeler a través de acciones que no causen daño.

Por Ejemplo

Cuando el jefe de la "barra brava" de un equipo de fútbol, trata de obligar a los demás espectadores a pifiar al nuevo refuerzo que no ha cumplido con las expectativas.

Hay casos en que se puede de manera licita, compeler a otro a hacer lo que no quiere, como el caso de quien obliga a un salvavidas a socorrer a un individuo que se esta ahogando.

En este caso se trata de conductas justificadas. No es bastante que el agente persiga un lícito para que su conducta violenta quede sin sanción, sino que el actor ha de estar autorizado por el ordenamiento jurídico para intervenir.

De ahí el elemento normativo inicial del precepto "*sin estar legitimante autorizado*".

- Elemento normativo del tipo

La expresión "sin estar legítimamente autorizado", es un elemento normativo del tipo. Se refiere a los permisos del ordenamiento jurídico en general y no necesariamente a las causales de justificación enumeradas por el Código Penal.

Recordar

Los elementos normativos del tipo, dentro de los que se encuadra esta expresión y sus efectos fueron analizados cuando se discurrió sobre la Tipicidad.

CLASE 04

B. Tipicidad

El sujeto activo de este delito puede ser cualquiera, lo mismo puede decirse, en principio del sujeto pasivo, aun si es un inimputable, salvo en los casos de limites fácticos, es decir, situaciones en que la libertad de actuar no puede ser afectada, ya que éste no existe o se encuentra limitada por causas diferentes.

Por Ejemplo

El caso de niños de pocos días de nacidos o de enfermos mentales catatónicos, este sería un ejemplo de la falta de posibilidad de actuar.

C. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

No es posible el cuasidelito de coacciones, ya que no hay cuasidelito de falta, y la coacción es una falta, debido a la pena asignada a la misma.

2.2. Amenazas[2]

A. La Conducta: amenazar

Amenazar, según el diccionario, es “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro”.

Sin embargo, la ley ha delimitado el ámbito de las amenazas constitutivas de delito, estableciendo para ellas especiales requisitos, en atención a los bienes sobre que recaen, su seriedad y verosimilitud.

Es decir, no cualquier amenaza es constitutiva de delito. Esta condición es únicamente entregada por la concurrencia de los elementos descritos.

Por Ejemplo

La amenaza de golpear a una persona con un tubo de papel, en un momento no determinado, no tiene relevancia en esta materia.

Los bienes sobre los cuales debe recaer la amenaza son:

- La *persona* (vida, salud e integridad corporal),
- El *honor* (igual consideración social), o
- La *propiedad* del amenazado o de su *familia* (cónyuges, ascendientes, descendientes, y colaterales hasta tercer grado consanguíneos y afines).

[2] Art. 296. El que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho, será castigado:
1º. Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo ilegítimamente cualquiera otra condición y el culpable hubiere conseguido su propósito.
2° Con presidio menor en sus grados, mínimo a medio, si hecha la amenaza bajo condición el culpable no hubiere conseguido su propósito.
3° Con presidio menor en su grado mínimo, si la amenaza no fuere condicional; a no ser que merezca mayor pena el hecho consumado, caso en el cual se impondrá ésta.
Cuando las amenazas se hicieren por escrito o por medio de emisarios, éstas se estimarán como circunstancias agravantes.
Para los efectos de este artículo se entiende por familia el cónyuge, los parientes en la línea recta de consanguinidad o afinidad legítima, los padres e hijos naturales y la descendencia legítima de éstos, los hijos ilegítimos reconocidos y los colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad legítimas.
Art. 297. Las amenazas de un mal que no constituya delito hechas en la forma expresada en los números 1º o 2º del artículo anterior, serán castigadas con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio.
Art. 298. En los casos de los dos artículos precedentes se podrá condenar además al amenazador a dar caución de no ofender al amenazado, y en su defecto a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad.

No hay amenaza si una persona interpela a otro señalándole que lo demandará si no le paga una deuda, ya que en este caso se esta ejerciendo un derecho, lo mismo si la interpelación se refiere a la denuncia de un delito o a la defensa legitima.

Por Ejemplo

El caso de quien amenaza con lesionar a quien intenta a su vez golpearlo con un elemento contundente, es irrelevante, ya que aunque éste se encuentra dirigido contra un bien Jurídico Protegido por la norma, la posible actuación o verificación de la amenaza no sería punible.

- Seriedad de la Amenaza

Esto significa que debe ser proferida seriamente, sin ánimo de burla o broma.

La amenaza que se profiere en broma o en un momento de exaltación no será delito, como tampoco la advertencia de males futuros cuya realización no depende de quien las hace.

Por Ejemplo

Es irrelevante la amenaza de lesiones proferida en contra de una persona por quien se encuentra participando en una “cámara escondida”, ya que su intención nunca será llevarla a cabo, careciendo de seriedad.

- Verosimilitud de la Amenaza

La amenaza, tiene relación respecto del mal con el que se pretende amedrentar, debe tratarse de un mal el cual sea su realización creíble para la persona que es amenazada, en cuanto su situación concreta.

Así entonces, la *verosimilitud* debe juzgarse situándose en la perspectiva del afectado.

Por Ejemplo

No constituye amenaza, aquella consistente en señalar que será golpeado por un rayo o la realizada con una pistola de agua.

Esta última situación puede ser considerada como amenaza, siempre y cuando la víctima se represente que la amenaza es real.

B. Tipicidad

El sujeto activo de este delito es indiferente.

No ocurre lo mismo con el sujeto pasivo, pues las amenazas de estos artículos se refieren únicamente a aquellas dirigidas contra particulares. Si se dirigen contra autoridades, en razón de su cargo o de algún acto de su ministerio, puede configurarse alguno de los delitos de orden político, comprendidos en los arts. 263 y 264 (desacato).

C. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

Sólo es posible cometer este delito con dolo directo, ya que siempre que hay un elemento subjetivo adicional se excluye el dolo eventual.

Explicación

No se puede concebir las amenazas proferidas con culpa o dolo eventual, ya que como se puede concluir del tipo penal, estas amenazas deben perseguir un objetivo, el cual debe ser querido por el autor y el cual en definitiva restringe el dolo al directo.

Realice ejercicios nº 1 al 8

CLASE 05

3. SECUESTRO[3]

A. La Conducta

Los verbos rectores son *"encerrar"* y *"detener"*. Ambas conductas implican la impedición de ejercer la facultad de cambiar de lugar libremente.

La detención es la aprehensión de una persona, acompañada de su privación de libertad. Incluye el amarrar, aturdir, narcotizar, etc. El resultado de esta conducta conlleva la privación de voluntad de una persona a través de la obligación de esta a permanecer en un lugar determinado.

El encierro, por su parte, consiste en mantener a una persona en un lugar de donde no puede escapar, aunque el espacio tenga salidas, pero que el encerrado no conoce o que cuya utilización implica peligro o una conducta inexigible (un salto demasiado alto para llegar a una ventana).

En cuanto al periodo de detención, como agravante solo se considerara en caso de superar los 15 días.

Una breve impedición para desplazarse, detenciones o encierros leves, como no abrir el ascensor en el piso requerido, o que el conductor no detenga el autobús en la parada solicitada, no alcanzan la intensidad del daño necesario para la subsunción en la hipótesis del art. 141 del Código Penal.

Tampoco constituye este delito la impedición de acceso a un determinado lugar, pero si se puede configurar el delito-falta de *coacciones* del art. 494 N° 16 del Código Penal.

---

[3] Art. 141. El que sin derecho encerrare o detuviere a otro privándole de su libertad, comete el delito de secuestro y será castigado con la pena de presidio o reclusión menor en su grado máximo.
En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito.
Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.
Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.
El que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

B. Tipicidad

El sujeto activo debe ser un particular ya que el funcionario publico en ejercicio de su cargo, comete detención ilegal según el art. 148 del Código Penal.

En cuanto al sujeto pasivo, la única limitación que establece la ley es su edad: solo puede ser mayor de 18 años. Si es menor, la figura corresponde a sustracción de menores.

Como atentado contra la seguridad personal, aun el enfermo catatónico y la persona dormida o inconsciente pueden ser objeto de este delito, también quien padece de una parálisis, temporal o permanente, cuya libertad y capacidad de ejercer la libertad ambulatoria se manifiesta a través de quien esta a su cargo.

- Secuestro por Omisión

Contrario a la conclusión a la que podría llevar un primer acercamiento, el secuestro puede realizarse tanto por acción como por *omisión impropia,* si se dan los requisitos de esta.

Por Ejemplo

Cometerá secuestro por omisión el criado que encierre a su patrón porque este padece sonambulismo y al día siguiente no lo libera.

Circunstancias:

Falta de voluntad, la detención o encierro debe hacerse *contra la voluntad* del sujeto afectado, si existe consentimiento de este la conducta se convierte en atípica y por lo tanto no puede ser sancionada, como en el caso de deportistas, o miembros de ciertas organizaciones religiosas, quienes consienten detenciones o encierros mas o menos prolongados, que excluyen la tipicidad del secuestro.

Por Ejemplo

En algunas sectas religiosas, los fieles deben permanecer obligatoriamente en ciertos ranchos, donde además deben trabajar para el beneficio de la comunidad a la que pertenecen, en estos casos, la privación de libertad, es consentida por el sujeto pasivo.

Elemento Normativo del Tipo:

Esta en la expresión *"el que sin derecho"*, que opera como un llamado de atención al juez para verificar la posibilidad de que exista una autorización para encerrar o detener a alguien en el ordenamiento jurídico que haga licita la conducta.

En el secuestro, la detención o encierro deben verificarse ilegítimamente, en situaciones no autorizadas por la ley o en aquellos casos en que el agente se ha excedido en el ejercicio de un derecho.

De no verificarse el elemento normativo, la conducta es atípica, así en casos autorizados como el de los Directores de Colegios respecto de los alumnos, o en las facultades de que gozan los Directores de Hospitales en ciertos casos de enfermedades contagiosas, o las que se conceden a los conductores de ferrocarril y a los capitanes de buque en que se le concede la facultad de detener en ciertas circunstancias, etc.

C. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

En cuanto a ella hay que hacer la distinción respecto de las figuras que establece el 141 del Código Penal. La figura básica del inciso 1° puede ser cometida tanto con dolo directo como con dolo eventual. Pero la figura del inciso 3° en que el secuestrador persigue un fin, solo puede cometerse con dolo directo. En cambio, respecto al daño grave en la persona o intereses del secuestrado, se admite el dolo eventual, y aun la culpa, y en la comisión de los delitos sancionados en el 141 inciso 5°, solo el dolo eventual, cuando su estructura típica lo permite.

CLASE 06

4. SUSTRACCIÓN DE MENORES[4]

A. La Conducta

El verbo rector es "*sustraer*", que es básicamente, sacar a un menor de edad de la esfera de resguardo en la que se encontraba, teniendo como primer objeto de protección, la seguridad individual de este y, en un segundo plano, su libertad ambulatoria y los derechos de custodia y patria potestad de las personas que lo tienen a su cargo.

Cuando se hace referencia a la "Esfera de Resguardo", en este particular caso está constituida por el cuidado que del menor deben tener aquellas personas que están obligados a éste.

El art. 142 N° 2 del Código Penal, contempla la *figura simple de sustracción de menores*, en que aparte de la conducta punible, no existe elemento subjetivo del tipo, ni delito calificado por el resultado, no se ha cometido otro delito doloso además de la sustracción.

B. Tipicidad

El sujeto activo puede ser cualquiera, menos quien tenga a su cargo la seguridad del menor, ya que de ser así, no habría "sustracción" del menor.

Como no se trata de una infracción a derechos tutelares, es decir aquellos derechos que mantienen aquellas personas que están al cuidado del menor, lo que importa es averiguar si la persona que toma al menor es que aquellas que por ley están a su cargo.

Así, ni los padres ni los tutores o guardadores legales pueden cometer este delito, aun en caso de conflicto entre distintos guardadores, nuestra ley contempla un delito especial en caso que incumpla su deber de entregar el menor a quien la ley le otorga preferencia: el delito de *negativa e entrega de un menor* que se contempla en el 355[5] del Código Penal, que excluye la aplicación del Art. 142.

---

[4] Art. 142. La sustracción de un menor de 18 años será castigada:
1.- Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor.
2.- Con presidio mayor en su grado medio a máximo en los demás casos.
Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala.
Art. 142 bis.- Si los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados. Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores.

[5] Art. 355. El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres,

No obsta a lo señalado la suscripción, por parte del Estado de Chile, en el ámbito del Derecho Civil de Menores, de la "Convención Sobre Aspectos Civiles Del Secuestro Internacional De Menores", cuyo propósito no es penalizar el traslado de los niños de un país a otro sin la debida autorización, sino asegurar el ejercicio de los derechos que en el ámbito civil, se confieren a los padres sobre cuidado personal y relación directa y regular de los niños, y en particular el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en estas materias, teniendo siempre en cuenta la seguridad del niño.

En otras palabras, el Tratado suscrito por Chile, materializa la regulación de los traslados de menores por personas a países diversos. Esta regulación absolutamente necesaria por la posibilidad de la creación de conflictos entre Estados o particulares por procesos derivados del ordenamiento Civil.

Por Ejemplo

Esta regulación permite solucionar los problemas derivados de la adopción de menores de diversas nacionalidades, los cuales eran transportados, en muchos casos, sin las competentes autorizaciones.

Junto con la limitación del secuestro, el sujeto pasivo de la sustracción de menores, debe ser menor de 18 años.

Aunque el art. 142 no distingue entre diferentes edades para efectos de la pena, si debe tenerse en consideración que respecto de los menores de 18 años pero mayores de 10, la ley reconoce una pequeña libertad de autodeterminación, lo que es importante para la configuración de este delito en el caso la falta de consentimiento del niño mayor de 10 años.

- Consentimiento del sujeto pasivo

Aunque en principio los menores de edad, no pueden disponer de su propia libertad y por lo tanto su consentimiento no produciría ningún efecto, el Código Penal recoge en el art. 357 una figura punible, *la inducción al abandono de hogar*[6], que hace necesario distinguir los efectos del consentimiento de un menor de edad en distintas situaciones:

guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

[6] Art. 357. El que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias

Menor de 10 años:

Su consentimiento nunca es relevante para excluir la tipicidad de la conducta de quien lo sustrae de su esfera de protección.

Mayor de 10 años, y menor de 18:

Su consentimiento excluye la tipicidad de este delito, lo que según la ley significaría que esta en condiciones de disponer de su libertad.

Esta extraña limitación de la edad hasta la cual el consentimiento del menor tiene relevancia y según la cual se puede sacar la idea de la sustracción tiene como efecto que, en tales casos, no hay sustracción de menores, sino que *inducción al abandono de hogar* por parte del menor, hecho que puede ser sancionado, sólo si es con el propósito de atentar contra el estado civil del inducido.[7]

Por Ejemplo

Por ejemplo si una persona convence, a una niña menor de 10 años a dejar su hogar para convivir con ésta, el hecho es punible, a pesar del consentimiento de la menor.

Si dicha fuga de su hogar es cometida por una menor de edad, mayor de 10 años, quien la convence será penado como *inductor* al abandono de hogar.

C. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

Como se señaló al tratarse el secuestro, la figura básica puede cometerse con dolo directo como eventual, en cambio la figura del numeral 1° del 142 del Código Penal, solo puede cometerse con dolo directo.

[7] Politoff/Matus/Ramírez. Op Cit pp 213.

CLASE 07

E. Elementos especiales en los delitos de Secuestro y Sustracción de Menores

Se analizarán a este respecto las disposiciones especiales establecidas por el legislador a fin de obtener ciertos efectos deseados o para prevenir la ocurrencia de ciertas lesiones a bienes jurídicos de mayor importancia.

- Agravación del secuestro por los motivos o resultado

a) Primera Agravante Simple: esta agravante, prescrita en el tercer inciso del Artículo 141 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito, "Si se ejecutare para obtener un rescate o imponer exigencias o arrancar decisiones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio".

   Este aumento de pena se encuentra establecido con la razón de sancionar con mayor intensidad aquella privación de libertad que tiene un objetivo pernicioso, ya que este tipo de secuestro amenaza de mayor forma el bien jurídico de la vida de la víctima, teniendo en cuenta que esta puede ser afectada si no se cumplen las exigencias planteadas.

   Consignar además que en el caso de producirse el concurso aparente de normas entre este artículo y el secuestro político, este deberá ser solucionado según el principio de alternatividad, estudiado en la tercera unidad de la Parte Especial del Derecho Penal.

b) Segunda Agravante Simple: esta agravante, prescrita en el cuarto inciso del Artículo 141 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito "*Si en cualesquiera de los casos anteriores, el encierro o la detención se prolongare por más de quince días o si de ello resultare un daño grave en la persona o intereses del secuestrado, la pena será presidio mayor en su grado medio a máximo.*"

   El motivo de prescribir esta agravante salta a la vista, ya que el tiempo en que se prolongue el secuestro aumenta las posibilidades de menoscabo en la seguridad personal, salud y vida de la víctima.

   En cuanto a la segunda hipótesis, el daño a los intereses de la víctima debe escapar a los causados por la sola privación de libertad, debiendo exigirse una privación de derechos de mayor intensidad.

Por Ejemplo

Si una persona por el hecho de estar secuestrado pierde la entradas que había comprado para asistir al concierto de su artista favorito, el daño a sus interese no será penalmente relevante. Ahora bien, si por el contrario deja de suscribir un contrato de plazo con una empresa extranjera, el daño a los intereses podría dar lugar a la aplicación de ésta agravante.

c) Hiper-Agravante: esta agravante, prescrita en el Quinto inciso del Artículo 141 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito, para "*el que con motivo u ocasión del secuestro cometiere además homicidio, violación, violación sodomítica o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 N° 1, en la persona del ofendido, será castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*"

Salta a la vista el motivo de aumentar la pena para el caso de cometerse estos delitos durante el secuestro, los delitos son los siguientes

- *Homicidio*
- *Violación,*
- *Violación sodomítica (violación a persona del mismo sexo)*
- *Castración*
- *Mutilaciones*
- *Lesiones Graves Gravísimas*

Los delitos ya mencionados deben ser cometidos con "motivo u ocasión", esto es durante la vigencia del estado antijurídico.

Además, el sujeto activo del secuestro, debe necesariamente participar en la comisión de ambos delitos para ser sancionado por la figura hiper-agravada. En cuanto a la participación y comunicabilidad de las circunstancias, se hace expresa referencia a lo señalado con ocasión del análisis de la "participación criminal" en la tercera unidad del estudio de la Parte General del Derecho Penal.

- Participación en el secuestro

"En la misma pena incurrirá el que proporcionare lugar para la ejecución del delito." Esta frase, contenida en el segundo inciso del artículo 141 del Código Penal, tiene el efecto de castigar como autor a quien ha colaborado en el ilícito, y que según las reglas generales

debería ser considerado como cómplice.

Cabe hacer presente que la participación en el ilícito puede ser realizada en cualquier momento de la duración del hecho.

Por Ejemplo

Serán participes del secuestro, quien manejó el automóvil en el cual se perpetró el hecho, quien facilitó el lugar para mantener a la víctima, quien enterado del delito proporciona los alimentos para el cautivo, aunque su intervención se produzca en momentos distintos. Lo anterior debido a las características de delito permanente del secuestro.

- Agravantes en la sustracción de menores

a) Agravante Simple: esta agravante, prescrita en el N° 1 del Artículo 142 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito, "si se ejecutare para obtener un rescate, imponer exigencias, arrancar decisiones o si resultare un grave daño en la persona del menor."

   Este aumento de pena, al igual que en el secuestro, se encuentra establecido con la razón de sancionar con mayor intensidad aquella privación de libertad que tiene un objetivo pernicioso, ya que este tipo de secuestro amenaza de mayor forma el bien jurídico de la vida de la víctima, teniendo en cuenta que esta puede ser afectada si no se cumplen las exigencias planteadas.

   Consignar además que en el caso de producirse el concurso aparente de normas entre este artículo y el secuestro político, este deberá ser solucionado según el principio de alternatividad, estudiado en la tercera unidad de la Parte Especial del Derecho Penal.

b) Hiper-Agravante: esta agravante, prescrita en el Artículo 142 del Código Penal consiste en aumentar la pena del delito, para "Si con motivo u ocasión de la sustracción se cometiere alguno de los delitos indicados en el inciso final del artículo anterior, se aplicará la pena que en él se señala."

   Salta a la vista el motivo de aumentar la pena para el caso de cometerse estos delitos durante el secuestro, los delitos son los siguientes:

- *Homicidio*
- *Violación,*
- *Violación sodomítica (violación a persona del mismo sexo)*
- *Castración*
- *Mutilaciones*
- *Lesiones Graves Gravísimas*

Al igual que en la Hiper agravante del Secuestro, los delitos ya mencionados deben ser cometidos con "motivo u ocasión", esto es durante la vigencia del estado antijurídico.

Además, el sujeto activo del secuestro, debe necesariamente participar en la comisión de ambos delitos para ser sancionado por la figura hiper-agravada. En cuanto a la participación y comunicabilidad de las circunstancias, se hace expresa referencia a lo señalado con ocasión del análisis de la "participación criminal" en la tercera unidad del estudio de la Parte General del Derecho Penal.

- Atenuante especial en el secuestro y la sustracción de menores

Esta atenuante se encuentra establecida en el artículo Art. 142 bis.- del Código Penal, y rebaja la pena a los partícipes en los delitos de secuestro de una persona o de sustracción de un menor, si "*antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño*" (…) "*Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones, el juez podrá rebajar la pena en un grado a la señalada en los dos artículos anteriores."*

La idea del legislador al establecer esta rebaja es prevenir los perniciosos efectos del no cumplimiento de las condiciones por parte de la familia de la víctima, beneficiando al sujeto activo que no ha dañado al sujeto pasivo.

Realice ejercicios nº 9 a 16

CLASE 08

5. TORTURAS[8]

A. La Conducta: aplicación de tormentos o apremios ilegítimos

Por tales deben comprenderse aquellos actos por los que cuales "se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales".

Las formas de apremio y tortura varían conforme a las mentes criminales de quienes la diseñan así se puede encontrar grandes diferencias entre los métodos de tortura, llevados a cabo en la República China (en la antigüedad) o en los practicados por los ejércitos Nacional Socialistas alemanes, durante la Segunda Guerra Mundial.

En Chile

Durante la Colonia, se aceptaba la aplicación de Tormentos para conseguir la confesión de un acusado, lo anterior debido a la influencia de los métodos practicados por el Tribunal de la Santa Inquisición.

[8] Artículo 150 A. El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.
Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.
Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.
Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.
Artículo 150 B. Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas:
1º. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero;
2º. Presidio o reclusión menor en su grado medio máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y
3º. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A.
En todos estos casos se aplicarán, además, las penas accesorias que correspondan.

Como se estudio, además, las penas corporales, abolidas en gran parte en el derecho chileno, eran una expresión del poder estatal de apremiar a sus ciudadanos. Según "Régimen de Penas Chileno", Unidad Tres Derecho Penal, Parte General.

B. Tipicidad

El sujeto activo debe ser un funcionario público en los términos del art. 260 del Código Penal.[9]

El art. 150-B ha establecido expresamente las penas aplicables a quienes, sin contar con dicha calidad, participen junto al funcionario público en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, aplicándoles en la mayor parte de los casos, la pena en un grado inferior a la correspondiente a los funcionarios públicos que participan en el hecho.

Lo anterior, es decir la rebaja de pena para quienes no detentan la calidad de funcionarios estatales, se encuentra prescrita, ciertamente en razón del diferente grado de deber de resguardo frente al bien jurídico protegido que recae en unos y otros.

Así, se encuentra obligado de una mayor manera, quien detenta un cargo público, ya que en sus actuaciones, representa la figura jurídica del mismo y por cierto en ellas debe propender al bienestar de los miembros de la comunidad.

- Elementos subjetivos del tipo

La figura del 150-A, parece no comprender elementos subjetivos.

Pero al utilizarse las expresiones *tormentos o apremios ilegítimos,* su objetividad se puede poner en duda, desde el elemento subjetivo que le da sentido al dolor de que inflige y que permite diferenciarlo de las lesiones comunes.

En otras palabras, los apremios no tienen por objeto ellos mismos, el funcionario no inflige dolor por el solo placer que pudiera causarle, el dolor que causa esta dirigido a un fin, el cual lo determina, y debe ser necesariamente como un elemento subjetivo del tipo.

Esta subjetividad esta dada por el elemento intencional consistente en el propósito de "castigar" al ofendido por un acto que cometió o que se supone que cometió, o de intimidarlo o coaccionarlo a el o por su intermedio a otro, por cualquier razón basada en cualquier tipo

[9] Art. 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 dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular.

de discriminación, racial, social, cultural o política; o de obtener de ella o de un tercero información o alguna confesión.

De no concurrir este elemento la conducta debe ser considerada como constitutiva de lesiones o de homicidio calificado por el ensañamiento, pero no se puede responder a título de torturas.

C. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

Cabe señalar que, la existencia del elemento subjetivo ya señalado, es decir, el propósito de "castigar" al ofendido por un acto que cometió o que se supone que cometió, o de intimidarlo o coaccionarlo a el o por su intermedio a otro, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, racial, social, cultural o política; o de obtener de ella o de un tercero información o alguna confesión, excluye la comisión a titulo culposo, lo que es coincidente con la ubicación sistemática de este delito (no se encuentra entre los delitos contra las personas). Recordar lo señalado en cuanto a la regulación en Chile de los delitos culposos.

Si es que se comprobaran lesiones culposas, causadas por tormentos o apremios ilegítimos, el inciso 4° del 150-A establece una pena especial, cuyo efecto es mas grave que el del régimen general del Art. 74 aplicable a un caso similar de "preterintencionalidad".

Realice ejercicios nº 17 al 22

CLASE 09

6. VIOLACIÓN[10]

La violación es un abuso sexual que se clasifica en propio, impropio, y agravados; los cuales se abordarán a continuación.

[10] Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.
Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes:
1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.
2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.
3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

6.1. Violación Propia

A. La Conducta

Según el art. 361 del Código Penal, “comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal a una persona mayor de catorce años, en alguno de los casos siguientes: 1° Cuando se usa fuerza o intimidación; 2° Cuando la victima se halla privada de sentido; y 3° Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la victima.

Por acceso carnal se entiende el acceso del pene, excluyéndose la posibilidad de introducción de otro tipo de objetos, casos en los cuales de lo que cabe hablar es de abusos sexuales. En la conducta se excluye la omisión y la autoría mediata.

B. Tipicidad

El *sujeto activo* solo puede ser un hombre, ya que es necesario el “acceso carnal”.

La palabra, acceso tiene implícita la introducción del órgano reproductor, introducción en el cuerpo del sujeto pasivo que sólo puede ser lograda por el pene

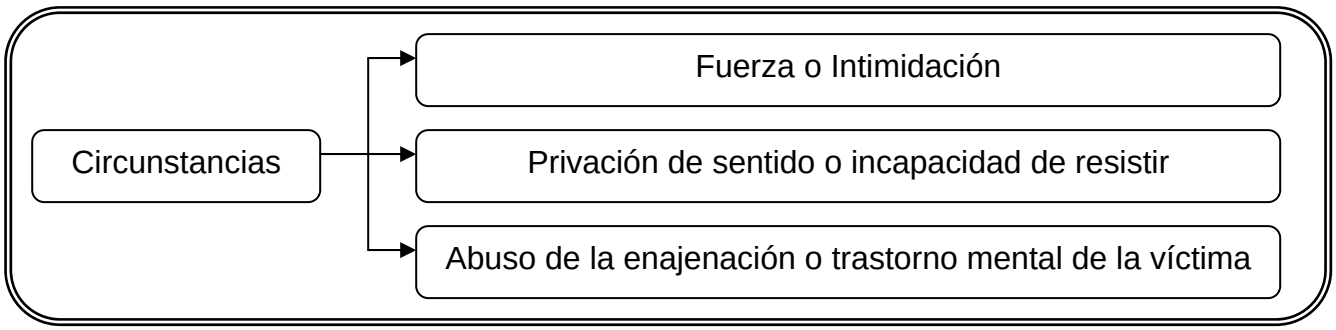
Los atentados sexuales perpetrados por mujeres sólo pueden ser calificados como abusos sexuales. El profesor Raúl Carnevali, en una opinión minoritaria sostiene que las mujeres pueden ser sujetos activos, opinión que no se comparte.

En cambio el sujeto pasivo puede ser cualquier persona, mayor de catorce años, extendiéndose la figura a casos que anteriormente eran sancionados como *violación sodomitita* del art. 365, a los que todavía otras disposiciones del Código Penal hacen referencia.

En cuanto a los menores de 14 años y su calidad como sujeto pasivo del delito de violación, estése a los que se señalará en relación al delito de Violación impropia.

- Circunstancias

Bajo la violación propia pueden producirse tres clases de circunstancias, siendo éstas las siguientes:



6.1.1. Fuerza o Intimidación

Respecto a la Fuerza; debe ser solo de carácter físico y sobre la persona violada, en el caso de ejecerse vis moral, se puede configurar otra de las causales de violación.

La fuerza puede ser ejercida por quien accede carnalmente a la persona ofendida o por otro, caso en el cual, este podría ser un hombre o una mujer. El que solo aplica la fuerza responde como autor bajo la figura de autor cooperador del articulo 15 N° 3 del Código Penal.

Por Ejemplo

Si la madre sujeta a su hija, la cual es mayor de edad, mientras su conviviente procede a accederla carnalmente. La madre sería coautora del delito, pero en ningún caso sujeto activo de la violación.

No es necesario que la fuerza se mantenga durante toda la actividad violatoria, ni tampoco que la resistencia sea continuada, basta que queden de manifiesto la *fuerza y la voluntad contraria.*

Pero la simple vía de hecho, propia de la relación sexual, no es fuerza en el sentido de este tipo, aunque exista voluntad contraria de la victima, si esta no se resiste producto de una *intimidación*, debe apreciarse dicha circunstancia; y si no lo hace porque no puede oponer resistencia por cualquier causa, como la invalidez, el agotamiento, etc., cabe aplicar la figura del art. 361 N° 2.

Es lógico que exista fuerza en una relación sexual, ya que existen ciertos procesos fisiológicos, como la penetración, que requieren del despliegue de una determinada fuerza física.

Lo básico en la fuerza es la falta de voluntad de la victima y que el agresor actúe por vías de hecho. La mayor o menor resistencia de la victima no es elemento del tipo, porque este no esta construido sobre la base de la fuerza física de la victima, sino del ejercicio de violencia por parte del agresor. La mayor o menor resistencia física es solo un medio de prueba.

Respecto a la Intimidación; es la violencia moral o amenaza de un mal grave con que se logra el acceso carnal contra la voluntad del sujeto pasivo, en estos casos no existe fuerza física (distinta a la del acceso carnal), la cual es reemplazada por esta sumisión de la voluntad de la víctima.

a) La amenaza constitutiva de intimidación. En esta clase de delitos debe ser algo más que la del simple delito de amenazas, de los arts. 296 y 297. Así, no solo se requiere su *seriedad y verosimilitud,* sino también *gravedad e inmediatez.*

b) Que la amenaza sea seria. Significa que exista y no sea dicha en broma, o cualquier otra forma que indica que quien la emite falta de voluntad real para ejecutarla.

El solo temor reverencial[11] o el que experimente la victima sin que el autor haya expresado de cualquier manera el mal que la victima imagina, no constituye la intimidación en este delito.

Así, la sola solicitación verbal de una prestación sexual no constituye intimidación, por fuerte que se exprese si no va acompañada de la manifestación del mal a que se expone la persona solicitada de no acceder a lo pedido.

Por Ejemplo

La solicitud de tener relaciones sexuales de un Senador de la República, aunque pueda generar temor en la víctima por el cargo que detenta no es intimidación si no va acompañada de la amenaza de un mal.

Tampoco hay intimidación en la amenaza de un mal irrealizable, como el de quien sin tener facultades legales exige un favor sexual señalando que "llevara detenida" a la victima si no accede (siempre que la victima sepa que el autor no posee dichas facultades y no se trate, por tanto de un engaño *intimidatorio*)

c) Que sea verosímil. Importa que, en el caso concreto, cualquier tercero situado en la posición de la victima pueda dar por cierta la realización del mal,

Así, la víctima debe representarse que de no acceder a la relación sexual, será objeto del mal con que se le amenaza.

Cobran especial importancia las condiciones personales de la agraviada y las circunstancias objetivas en que se encuentra, pues de ellas depende el juicio acerca de si la amenaza era capaz de vencer o no la resistencia de la voluntad de la victima.

[11] Temor frente al cargo que una persona detenta o función que ejerce.

Por Ejemplo

En el mismo caso de la solicitud del Senador, si éste amenaza a una mujer sin grados de conocimiento normales con que si no accede a su petición la hará detener, puede que éste crea probable que esto suceda y estaremos ante un especial caso de intimidación.

En este caso habría que aceptar que un engaño intimidatorio serio y verosímil también constituye intimidación.

d) La gravedad de la amenaza. Se refiere, a la clase de mal con que se amenaza, en la medida que solo una intimidación grave puede ser considerada en la violación.

Este mal debe ser un delito que afecta la *seguridad o integridad física* de la persona ofendida o de un tercero presente con quien esta tenga lazos de parentesco o afectividad.

También puede considerarse en este grupo de casos la fuerza que se ejerce sobre las cosas que sirven de protección del sujeto pasivo, como el caso de romper a golpes la puerta de la habitación donde se encuentra la victima.

En este caso, la víctima puede verse intimidada por esta sola acción, la cual refleja claramente la posible vulneración de los bienes jurídicos que se pueden amenazar.

e) La inmediatez de la amenaza (requisito esencial). Se refiere al carácter actual o inminente del mal con que se amenaza, el que debe ser dirigido a personas presentes y de la exigencia sexual de que se trata.

Además, la víctima debe considerar que el único medio que posee para evitar el mal con que se la amenaza es acceder al requerimiento del sujeto activo.

- Intimidación sin amenaza

Existe una parte de la doctrina que rechaza los fundamentos antes señalados, indicando que la intimidación es un concepto estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo, y que, por tanto, si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la intimidación será la consecuencia de haberse ejercido una amenaza en contra de la victima, es perfectamente concebible que el estado de conmoción pueda provenir de un hecho anterior del que el delincuente se podría aprovechar; de la sola presencia del agresor, y con mayor razón si son varios; de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueron conocidos por la victima; de comportamientos vejatorios

de que esta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor y hasta de las propias circunstancias de tiempo y lugar.[12]

Esta teoría tiene apoyo en parte de la doctrina española, que no parece mayoritaria, ni que tampoco corresponde al camino de la jurisprudencia seguida en ese país.

CLASE 10

6.1.2. Privación de Sentido o Incapacidad de Resistir

Respecto a la privación de sentido; sin haber fuerza ni intimidación, en esta hipótesis la victima no ha prestado su consentimiento, debido a que se encuentra imposibilitada para hacerlo, en este caso resulta con mayor claridad evidente que la libertad sexual no es el único bien jurídico tutelado, debido a que en este presupuesto en particular es la seguridad individual y la salud los bienes preponderantes.

En este caso el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, la cual reúne los señalados anteriormente, que se concreta debido al especial estado en que se encuentra la victima, que presupone la falta de consentimiento en el acceso carnal.

Lo que importa es que el sujeto activo conozca el especial estado de la victima y se aproveche de el para obtener el consentimiento a la relación sexual.

El aprovechamiento del estado de la victima será siempre necesario, si se toma en cuenta la posibilidad de un juego sexual donde el consentimiento en el acceso carnal este preestablecido, siendo la inconsciencia, al menos inicial, de uno de los intervinientes une elemento del acto en que interviene.

Por Ejemplo

Este sería la situación en que se encuentran los cónyuges que para conseguir mayor grado de excitación simulan que uno de ellos, en este caso la mujer, se encuentra privada de razón o dormida.

La *privación de sentido* consiste en un estado transitorio de perdida de conciencia en que la victima se encuentra imposibilitada para recibir las impresiones provenientes del mundo externo.

[12] Politoff/Matus/Ramírez. Op. Cit. Pp. 255 y sgtes.

Son ejemplos el estar dormido, somnoliento, ebrio, intoxicado, etc., siendo estos estados causados por la propia victima o inducidos por el propio violador; en todo caso, si la propia victima causa este estado con el motivo de mantener una relación sexual, a la que no accedería de otra manera, el hecho no es punible ya que estaríamos en presencia de una *actio liberae in causa.*

Recordar

La teoría de la *actio liberae in causa* hace referencia a los elementos negativos de la culpabilidad, en especial a la Privación temporal de sentido.

Respecto a la incapacidad de resistir; ésta ha de ser una incapacidad de *resistencia física.*

En cambio, si la incapacidad de resistencia deriva de otras causas sociales o mentales, estaríamos frente a un delito de estupro del art. 363 N° 2 o N° 3. es necesario un abuso de la misma, el que se dará siempre que no exista consentimiento de la victima en el acto sexual, aunque la penetración no resulte obstaculizada físicamente.

6.1.3. Abuso de la Enajenación o Trastorno Mental de la Víctima

Debe ser este abuso, destinado a *obtener el consentimiento de la victima.*

Lo contrario significaría que las personas con discapacidad mental nunca podrían tener relaciones sexuales consentidas, afirmación que es reñida incluso con los derechos constitucionales de quienes se encuentran privados de razón.

Si el ofendido padece de una enfermedad mental, habrá violación solo si el sujeto activo actúa sobre la base de esta circunstancia, aprovechándose de ella.

Luego, el estado mental de la victima debe ser conocido por el autor y aprovechado para obtener su consentimiento en el acceso carnal.

La enajenación o trastorno mental de esta circunstancia ha de consistir en un estado mas o menos sensible y permanente o transitorio, que vaya mas allá de la simple anomalía o perturbación mental del art. 363 N° 1, y que sea de tal importancia que impida a la victima entender el significado del acto sexual como actividad corporal y reproductiva.

Así, el elemento esencial de este punto, es el aprovechamiento de la enajenación mental.

Por Ejemplo

No constituye violación las relaciones sexuales consentidas entre dos personas que se encuentran en una situación de enajenación mental, ya que quien accede carnalmente se encuentra en la imposibilidad (absoluta en este caso), de obtener ventaja de la enajenación del sujeto pasivo.

Lo anterior es magistralmente expuesto por el Cantautor español Víctor Manuel, en la canción “Sólo pienso en ti”.

No toda enajenación mental servirá para sustentar la existencia de un delito de violación en la medida que la persona enajenada tenga la capacidad de consentir con sentido en el acto sexual, o si no ha existido abuso en la incapacidad respectiva por parte de un sujeto que se encuentra en las mismas condiciones de la victima.

C. Antijuridicidad

Se reduce a la posibilidad de la concurrencia de una causal de justificación, a lo que se debe responder negativamente, ya que ninguna de las previstas en el art. 10 del Código Penal podría darse en la practica, por la propia naturaleza del hecho punible, y porque, además, el consentimiento del ofendido opera como una causal de atipicidad sobre la conducta del sujeto activo, por tratarse de un elemento constitutivo del tipo, y no de una causal de justificación.

D. Culpabilidad

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

Por Ejemplo

Es concebible el caso en que el sujeto activo quiera tener relaciones sexuales con su cónyuge, pero ante la negativa de éste decida usar la fuerza para accederla carnalmente, pensando que su oposición no es tal, sino un juego. En el caso de representarse la posibilidad que esta oposición sea verdadera y actuar de todas formas con indiferencia de lo anterior.

E. Iter Criminis

Por ser un delito de “Mera Actividad”, no se permite la frustración, ya que si el autor realiza todo de su parte para la consumación del hecho, este ya se perfecciona. En este punto remitirse a lo expuesto en cuanto a la clasificación de los delitos como de resultado o del mera actividad.

6.2. Violación Impropia

El art. 362 del Código Penal castiga con pena agravada el acceso carnal a una persona “menor de catorce años”.

El primer problema se presenta en la forma de contar la edad de catorce años, ya que se puede interpretar como mayor de 14 años (desde los 15 años), o como menor de 14 años (desde los 13 años con 364 días). En conclusión se entiende mayor de 14 años a la persona que ha cumplido dicha edad, es decir con 14 años y un día ya es mayor de 14 años.

En esta hipótesis no se considera ni la falta de voluntad ni el prevalimiento de la edad de la persona ofendida.

Para que se configure la violación *basta que se de objetivamente la circunstancia de la edad de la victima, y que esta circunstancia sea conocida del autor a nivel de culpabilidad.*

Es decir, toda relación sexual con una persona menor de 14 años es violación.

El bien jurídico que se protege es la *indemnidad sexual*, estimándose que, tratándose de impúberes, se debe tutelar su libre desarrollo sexual en relación a los mayores, dadas las injerencias que pueden sufrir por parte de estos, en cuanto a la valoración de la significación de sus actos.

Una persona menor de catorce años se cree que no es capaz de tener actividad sexual, no teniendo ni la capacidad física para consentir ni procrear, ni la mental para comprender la significación corporal y reproductiva del acto. [13]

Pero cuando el menor de catorce años es púber biológicamente y conoce el sentido de sus actos en relación a la actividad sexual, lo que la ley protege con una categórica separación de edades es mas bien la *honestidad,* pues resulta mas reprochable, desde el punto de vista social tener relaciones con personas de tan corta edad.

Si alguien mantiene relaciones sexuales con un menor de 14 años que aparenta físicamente una edad mayor, se excluye el dolo para este delito, aunque pudiera darse

[13] Politoff/Matus/Ramírez. Op. Cit. Pp.263

eventualmente alguna de las otras circunstancias del art. 361, caso en el cual responde de todas maneras por el delito de violación propia. Pero si el agente cree acceder a un menor que en verdad es mayor y no concurre ninguna circunstancia de los art. 361 o 363, no se comete delito alguno.

En este delito no corresponde analizar la Antijuridicidad, puesto que con certeza se debe descartar la concurrencia de una causal de justificación durante su comisión, por su propia naturaleza y porque además el consentimiento de la victima, es irrelevante.

6.3. Figura Agravada[14]

Tiene lugar cuando con la violación, además se comete el delito de homicidio de la victima.

A este respecto, cabe señalar que es la pena de mayor gravedad del Código Penal y que además tiene la particularidad de ser la única pena compuesta por dos indivisibles, lo que tienen capital importancia para la determinación de la pena.

CLASE 11

7. ESTUPRO [15]

A. La Conducta

A este respecto se hace expresa referencia a lo señalado para la violación, ya que el Código Penal utiliza las mismas expresiones del artículo 361.

B. Tipicidad

La única diferencia con la violación se encuentra dada porque el sujeto pasivo ha de ser un apersona menor de 18 años y mayor de 14 años, cumplidos.

---

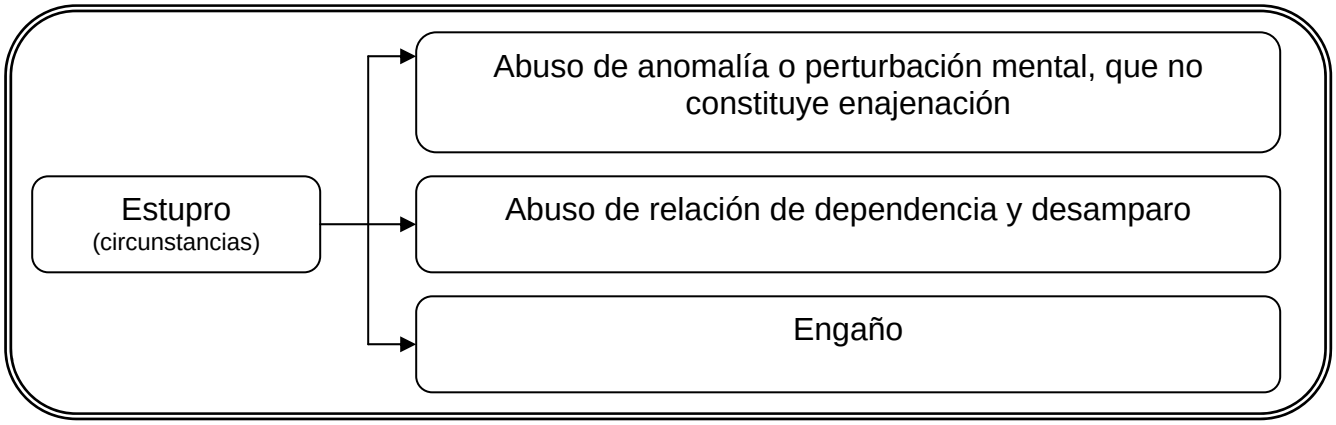
[14] Artículo 372 bis.- El que, con ocasión de violación, cometiere además homicidio en la persona de la víctima, será castigado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado.

[15] Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:
1º 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.
2º 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.
3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.
4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

La limitación de la edad de la víctima, no se encuentra justificada de manera alguna, de hecho como se verá, las circunstancias corresponden a casos de engaño o abuso que pueden perfectamente concurrir en personas mayores de edad.

- Circunstancias

Bajo el estupro pueden producirse tres clases de circunstancias, siendo éstas las siguientes:



1. Abuso de Anomalía o Perturbación Mental, que No Constituye Enajenación

Se trata de casos en que la enajenación mental no llega a ser total, pero si afecta la capacidad para comprender la significación del acto sexual, tanto a nivel corporal como reproductivo.

Al igual que en el caso de la enajenación mental del 361 N° 3, en esta forma de estupro no basta el mero trastorno o anomalía para configurarlo, si este no va acompañado de un abuso sobre el mismo, es decir, solo se castiga a quien accede carnalmente a otros, aprovechándose para ello de su discapacidad mental.

Por Ejemplo

Constituye estupro el acceso carnal a una menor que afectada por una depresión no puede comprender la significación de sus acciones, lo cual es aprovechado por el sujeto activo para obtener el consentimiento viciado de la víctima.

Aquí se aprecia claramente que la edad de la victima no debiera jugar rol alguno, salvo por disposición legal.

2. Abuso de Relación de Dependencia y “Desamparo”

Lo que constituye el abuso es el aprovechamiento de una situación de dependencia que supone una amenaza latente para la victima sobre su seguridad personal o económica, que no es la amenaza grave propia de la intimidación del art. 361.

Este es el típico caso de abuso de una relación de dependencia laboral conocido como “*acoso sexual*”. Al limitarse el estupro a menores de edad, se produce un efecto imprevisto respecto de las formas graves de acoso sexual sobre mayores de edad, que en caso alguno podrán considerarse como “violación por intimidación” del 361 N° 1.

Además, en la figura del estupro del 363 N° 3, se incorpora la figura del *abuso de “desamparo”,* cuya única diferencia con la del N° 2 seria la de recoger la idea de la *transitoriedad* de la dependencia, que origina el *desamparo* de la víctima frente a quien puede ampararla; caso en el cual es evidente que alguna relación debe existir entre quien accede carnalmente y su victima, que explique la posibilidad del autor de “abusar” de ella, con la amenaza latente de mantenerla en el “desamparo” o de no prestarla la ayuda requerida.

Por Ejemplo

Comete estupro quien obtiene el consentimiento viciado de la menor aprovechándose que ésta es hija de su conviviente a la cual mantiene económicamente siendo el sustento principal del hogar, situación que es conocida por la víctima.

Nuevamente se hacen presentes las observaciones respecto de la edad.

3. Engaño

Esta figura gira en torno al concepto de *autodeterminación sexual*, sancionando el engaño acerca de la significación sexual de la conducta, cuando la victima no tiene la madurez suficiente para apreciarla, siendo susceptible de ser engañada por su ignorancia o inexperiencia.

Historia

Antiguamente se consideraba en Chile para configurar esta causal de engaño por abuso de la inexperiencia de la víctima, el hecho de conseguir el consentimiento viciado por parte de la menor, bajo la falsa promesa de Matrimonio. Este concepto, ya ha sido abandonado por la jurisprudencia.

C. Antijuridicidad

En cuanto a la antijuridicidad formal y material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

Se puede aceptar en este caso, como en la violación impropia, la eficacia excusante del error de prohibición, al ser invencible o insuperable, en cuyo caso excluirá el dolo y por ende el castigo, de lo contrario solo correspondería aplicar la atenuante de la responsabilidad penal prevista en el art. 11 N° 1 del Código Penal.

Por Ejemplo

Si un turista se enamora de una niña de 13 años y mantiene relaciones sexuales con ella, sin conocer que en Chile esa conducta es penada, se le aplicará lo señalado en su momento para el Error de Prohibición.

7.1. Disposición Común a la Violación Impropia y al Estupro

Se puede considerar en estos casos el error en la apreciación de la edad de la víctima, ya que, esta circunstancia puede ser desconocida por el autor, representándose que el sujeto pasivo es mayor de edad, en tal caso se le aplicará el tratamiento general del error de tipo.

Cabe señalar que en cuanto a la circunstancia de la edad, el autor puede responder hasta a titulo de dolo eventual.

Por Ejemplo

Supongamos que en una fiesta una niña de trece años convence a su conquista que es mayor de edad y que este se representa la posibilidad que tenga menos de catorce años, pero decide de igual manera y con indiferencia a esta circunstancia mantener relaciones sexuales con ella.

En este caso responde a título de Violación Impropia.

Realice ejercicios nº 23 al 26

CLASE 12

8. ABUSOS SEXUALES

A. La Conducta

Se encuentra en el art. 366 ter como "cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la victima, que haya afectado sus genitales, el ano o la boca de la víctima, aunque no haya contacto corporal con ella" *que no sea constitutivo de violación o estupro.*

B. Tipicidad

La significación sexual esta dada por el *ánimo libidinoso,* de otro modo los tocamientos propios de los juegos deportivos, los exámenes médicos y caricias o correctivos de los padres respecto de los hijos, e incluso las aglomeraciones de la vida moderna, deberían considerarse como conductas típicas.

Para comprobar el ánimo se debe recurrir a la forma en que ocurrieron los hechos.

Por Ejemplo

Se puede presumir el ánimo libidinoso en el Ginecólogo que ante la visita de una paciente, realiza los exámenes pertinentes, sin utilizar guantes, con el objeto de procurar su excitación.

Respecto de los sujetos, en los abusos sexuales propios el sujeto pasivo es una persona mayor de catorce años, y en los impropios menor de esa edad.

8.1. Abusos Sexuales Propios

Debe concurrir la conducta señalada en el art. 366, siendo para la ley indiferente la concurrencia de las circunstancias, o de violación o de estupro aplicándole a ambas situaciones la misma pena.

Con esta equiparación se le resta importancia al medio de comisión y a la mayor lesividad que representa en uno u otro caso para la victima, sin embargo esta no es una tendencia de la ley respectiva ni de la regulación del abuso sexual, toda vez que se otorga autonomía a los actos de connotación sexual consistentes en la introducción de objetos o en la utilización de animales en ello (art. 365 bis).

8.2. Abusos Sexuales Impropios

Requieren la misma conducta típica, pero con la diferencia que la pena se ve agravada por tratarse de un sujeto pasivo menor de catorce años.

La pena agravada se aumenta aún más en caso de concurrir las circunstancias de la violación o estupro.

8.3. Abusos Sexuales Agravados

En este caso se otorga una especial agravación a todos los casos de abusos sexuales, distinguiendo si se tratan de abusos sexuales propios o impropios, y si en estos concurren además las circunstancias del art. 361 o 363.

Esta agravación se produce cuando los abusos sexuales consisten en la "introducción de objetos de cualquier índole por vía anal, bucal o vaginal o en la utilización de animales en ello".

En este caso, obviamente, se excluyen conductas como la obtención de un beso a la fuerza, o tomar la temperatura de otro.

Observación

La introducción por vía anal, vaginal o bucal de partes del cuerpo, distintas al pene, como por ejemplo los dedos, sólo configuran Abusos Sexuales (Propio o Impropios) simples, ya que el cuerpo humano no es un objeto.

En cuanto a la utilización de animales, solo es comprensible la agravación de la pena en cuanto se intente la introducción del pene del mismo en las victimas, quedando subsumidos los restantes usos que se les de a los animales o a sus partes, en las figuras de abusos sexuales propios o impropios.

C. Antijuridicidad

No resultan aplicables las causales de justificación establecidas en la ley, por ser contrarias a la naturaleza de la conducta típica sancionada.

En cuanto a la material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

Admitir, la eficacia excusante del error de prohibición, al ser insuperable, excluiría al dolo, y por lo tanto el castigo, de lo contrario, solo se podría aplicar la minorante de responsabilidad penal del art. 11 N° 1

Realice ejercicios nº 27 y 28

9. CORRUPCIÓN DE MENORES

En este delito, el objeto de protección principal es la *indemnidad sexual*, y también la *honestidad,* pero no la libertad sexual, lo que se refleja en el castigo, sin consideración a la edad del menor, de hechos donde intervienen menores de dieciocho años pero mayores de catorce, como en los delitos de sodomía consentida, favorecimiento de la prostitución y producción y comercialización de material pornográfico.

9.1. Exposición del Menor a Actos de Significación Sexual

A. La Conducta

Es realizar acciones de significación sexual distintas a las constitutivas de violación o abuso sexual, ante un menor de edad, determinarlo a efectuar dichas acciones delante del sujeto activo o de otro, hacerlo ver o escuchar material pornográfico, o presenciar espectáculos del mismo carácter.

En cuanto a la descripción de la conducta, sólo queda latente la duda en cuanto a que tipo de material gráfico debe considerarse como pornográfico, teniendo en cuenta la proliferación que en los medios de comunicación masiva (televisión o Internet) se hace de material de dudosas características.

Material Pornográfico

Es aquel constituido por la representación del acto sexual explícito, en cual como recurso visual se exhiben los genitales de los participantes en él.

B. Tipicidad

Los sujetos pueden ser un hombre o una mujer, ya que el legislador señala “el que”, mientras que el sujeto pasivo puede ser un hombre o mujer, pero menor de edad.

C. Antijuridicidad

No resultan aplicables las causales de justificación establecidas en la ley, por ser contrarias a la naturaleza de la conducta típica sancionada.

En cuanto a la material, no existen modificaciones a lo establecido en la Parte General del Derecho Penal, estudiado en la Unidad Dos del curso anterior.

D. Culpabilidad

Admitir, la eficacia excusante del error de prohibición, al ser insuperable, excluiría al dolo, y por lo tanto el castigo, de lo contrario, solo se podría aplicar la minorante de responsabilidad penal del art. 11 N° 1.

9.2. Breve Análisis de Figuras Especiales de Corrupción de Menores

Cabe señalar que lo que cambia en relación a la Primera analizada es únicamente la conducta sancionada es por ello que se hará referencia únicamente a este punto.

a) Sodomía[16]

Está regulado en el artículo 365 del Código Penal y tiene por objeto de sanción el acceso carnal a un varón menor de 18 años (pero mayor de 14 años, de ser menor sería violación impropia).

En este caso, no existe falta, ni vicio del consentimiento, sólo se sanciona la relación homosexual entre varones, cuando uno de ellos es menor de edad.

Desde un punto de vista Constitucional, no existe motivo para establecer esta discriminación, la cual se hace patente cuando se colige que las relaciones lésbicas, cuando una de las participantes es menor de edad son impunes.

[16] Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

b) Favorecimiento a la Prostitución[17]

Está regulado en el artículo 367 del Código Penal y tiene por objeto de sanción la conducta consistente en auxiliar la prostitución de un menor de edad para ser contratado por otro.

Cabe hacer notar que el menor debe ser mayor de 14 años, pues de lo contrario sería coautor de violación impropia.

Antiguamente la Habitualidad en esta especie de conductas era un elemento esencial del tipo, así, quien participaba una vez en dichos actos no cometía este delito, en la actualidad la repetición de la conducta es una circunstancia agravante.

c) Favorecimiento a la Prostitución Impropio[18]

Está regulado en el artículo 367 TER del Código Penal y tiene por objeto de sanción la conducta consistente en contratar los servicios sexuales del menor.

Cabe hacer notar que el menor debe ser mayor de 14 años, pues de lo contrario sería autor de violación impropia

d) Posesión y Comercialización de Material Pornográfico Infantil[19]

Está regulado en el artículo 374 BIS del Código Penal y tiene por objeto de sanción la conducta consistente en la realización, adquisición y almacenamiento de material pornográfico infantil, configurándose como un tipo alternativo, es decir que cualquiera de la Hipótesis es sancionable.

En el material deben participar menores de edad y no es típico el almacenamiento de material pornográfico donde adultos se disfrazan de niños en su realización.

---

[17] Artículo 367. El que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá la pena de presidio menor en su grado máximo.
Si concurriere habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño, se impondrán las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de treinta y una a treinta y cinco unidades tributarias mensuales.

[18] Artículo 367 ter. El que, a cambio de dinero u otras prestaciones de cualquier naturaleza, obtuviere servicios sexuales por parte de personas mayores de catorce pero menores de dieciocho años de edad, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será castigado con presidio menor en su grado máximo.

[19] Artículo 374 bis.- El que comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.
El que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

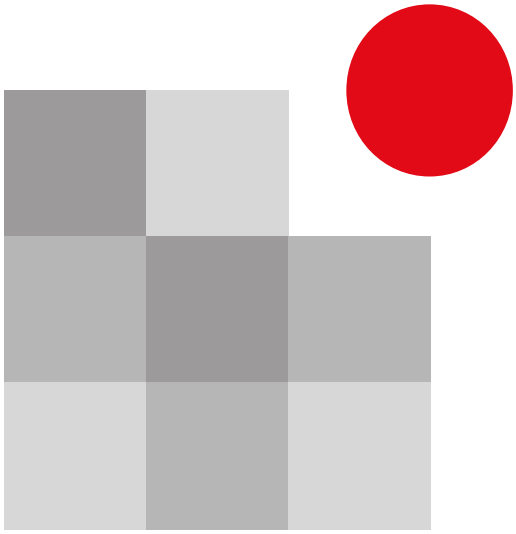
9.3. Pedofilia, su Relación con los Delitos Sexuales contra Menores

Pedofilia es el término vulgar para encasillar estos delitos, cabe señalar que cada uno de ellos tiene un tipo penal propio, los cuales después de los hechos que ha atravesado el país en esta materia ha visto endurecida la legislación.

Además de la creación de tipos legales, la ampliación de los ya existentes y su adaptación a los nuevos medios de comunicación masiva, se han restringido, no sin errores, las Medidas de Cumplimiento Alternativo de las Penas Privativas de Libertad, establecidos en la Ley 18.216.

Realice ejercicios nº 29 y 30

DERECHO PENAL II



IPLACEX
instituto profesional

UNIDAD III

LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

CLASE 01

1. DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.

1.1. Aspectos Preliminares

Los delitos contra la propiedad se encuentran tipificados en el título IX del libro segundo del Código Penal (en adelante CP.), a partir del artículo 432 del mismo cuerpo legal, bajo el concepto de *crímenes y simples delitos contra la propiedad*.

Como sabemos, la propiedad es uno de los bienes jurídicos más protegidos en Chile tanto a nivel legal como Constitucional. En efecto, el artículo 19 de la Constitución Política de la República es generoso en la consagración y defensa del derecho de propiedad como se desprende del numeral 21 del citado artículo.

Asimismo, la propiedad es protegida en el Código Civil y en el Derecho Penal con penas severas, las cuales son consideradas exageradas por algunos legisladores, esto debido a que como veremos en el desarrollo de la presente unidad, ciertos tipos de delitos contra la propiedad tienen asignadas penas superiores a las establecidas, como por ejemplo, para el homicidio, siendo éste un delito más grave.

Por ejemplo, conforme al artículo 436 del Código penal sanciona el robo con violencia o intimidación en las personas, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, esto es, de 5 años y un día a 20 años. En cambio el homicidio simple es sancionado por el artículo 391 número 2 del mismo cuerpo legal, con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, esto es, de 5 años y un día a 15 años

La paradoja anterior puede ser explicada por los principios político-económicos del constituyente de 1980, así como por el aumento de penas que ha experimentado este tipo de ilícitos (principalmente por requerimientos de mayor seguridad ciudadana), sin que ello haya implicado una reestructuración general de las penas asignadas a los diversos delitos contenidos en el CP., para lograr una armonía entre sus normas y el sentido común.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que muchos legisladores y sectores sociales siguen abogando por que este tipo de delitos (sin duda de gran impacto social) sean más severa y eficazmente castigados. En este sentido apunta la ley número 20.253 de 14 de marzo de 2008 que modifica el Código Penal y Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías.

1.2. Bienes Jurídicos Protegidos en los Delitos Contra la Propiedad.

Siguiendo a Politoff[1], el concepto penal de propiedad es mucho más amplio que su concepto civil, pues la protección penal de este bien jurídico no sólo comprende el dominio o posesión sobre una cosa determinada, sino también los demás derechos reales.

En este sentido los bienes jurídicos protegidos a través de la represión penal son todos aquellos derechos de las personas que pueden ser estimables en dinero, es decir, que formen parte de su activo patrimonial.[2]

Debido a lo anterior, se ha planteado por la doctrina, la sustitución del concepto de propiedad, por el de patrimonio en lo que se refiere a la protección del bien jurídico de los delitos en estudio. Sin perjuicio de ello, en el estudio particular de cada tipo penal comprendido en la presente unidad, señalaremos, específicamente, el bien jurídico que se protege.

Asimismo, cabe recordar que muchos de los delitos contra la propiedad que veremos más adelante, no sólo protegen la propiedad o patrimonio, sino que además, protegen otros bienes jurídicos de distinta naturaleza. Así, por ejemplo, en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas, aparte de la propiedad, se protege la seguridad e integridad de las personas.

1.3. Clasificación de los Delitos.

La doctrina suele hacer una distinción amplia de los delitos contra la propiedad, incluyendo en ésta los delitos de enriquecimiento, y delitos de destrucción que no constituyen enriquecimiento para el sujeto activo.

Con fines didácticos a continuación describimos dicha clasificación:

I. Delitos de enriquecimiento: Por enriquecimiento hay que entender el ánimo de lucro, por lo tanto la comisión de este delito constituye un aumento o ventaja patrimonial para el sujeto activo, por ejemplo hurto, robo, delitos o usurpación de propiedades y de derechos reales, estafas, etc.

Estos delitos pueden llevarse a cabo, a través de dos modalidades:

---

[1] Politoff Sergio, Matus Jean Piere, Ramírez Cecilia, Lecciones de Derecho Penal, parte especial, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2004, Santiago-Chile, pp. 297

[2] Labatut Glena Gustavo, Derecho Penal, parte especial, tomo II, séptima edición, Editorial Jurídica de Chile, año 1996, Santiago-Chile, pp. 195

a) Apoderamiento o apropiación (hurto, robo): Los cuales se clasifican a su vez en:

i) Apoderamiento *sin violencia:* hurto y robo con fuerza.
ii) Apoderamiento *con violencia:* robo con violencia, robo por sorpresa y usurpación.

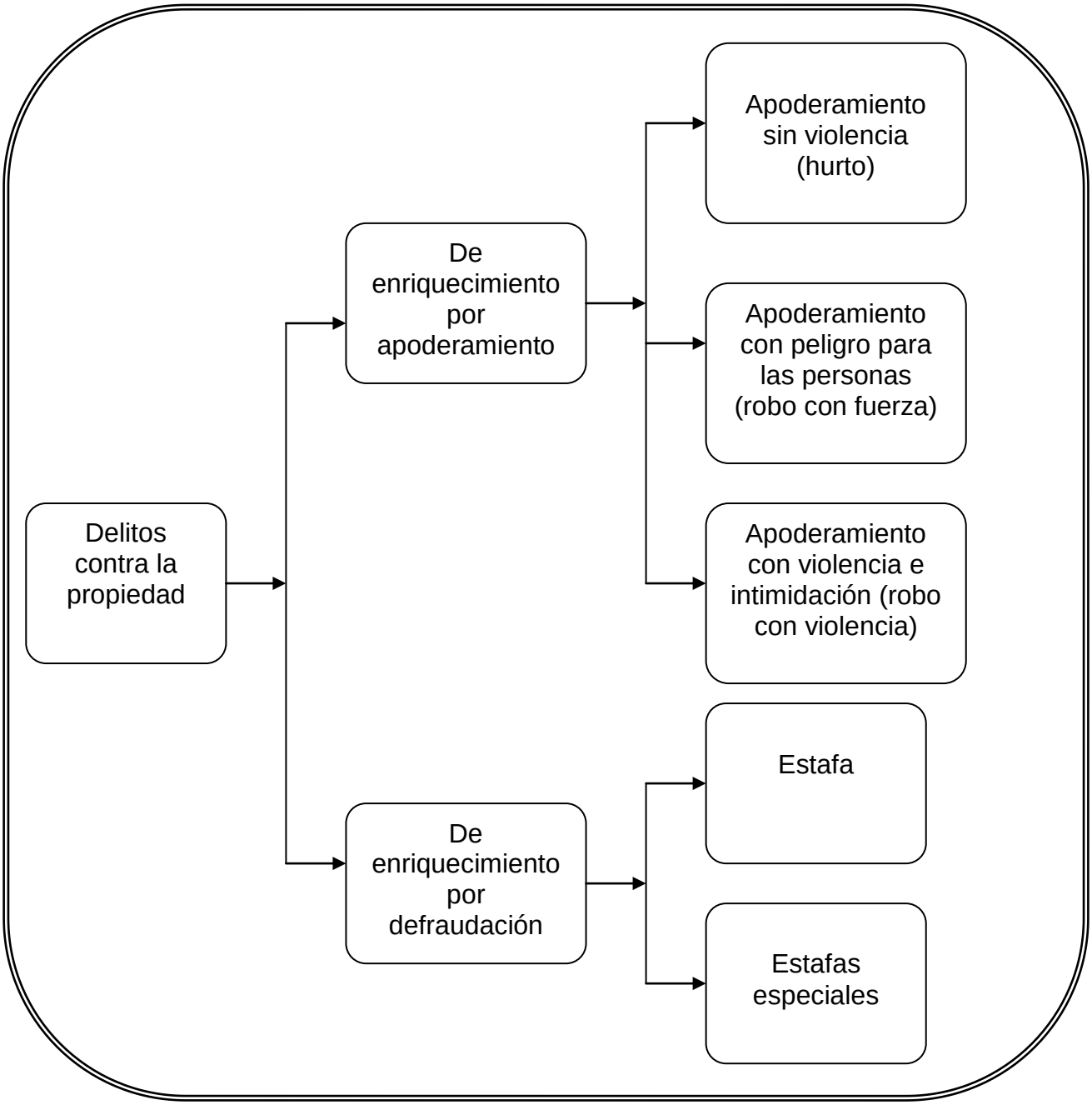
b) Defraudación: Existe una determinada situación que se da entre sujeto pasivo y sujeto activo (engaño, confianza, etc.). Aquí se incluyen las estafas y todas las figuras relacionadas.

II**.** Delitos de destrucción sin enriquecimiento: Son aquellos en que el sujeto activo persigue un perjuicio del sujeto pasivo, sin obtener provecho propio, como: incendios, estragos y daños.

No obstante la clasificación descrita, dado los delitos que serán objeto de nuestro estudio, ensayaremos una clasificación que sólo comprenderá delitos contra la propiedad que constituyen enriquecimiento para el sujeto activo, comenzando por los delitos de enriquecimiento por apoderamiento, dentro de los cuales se encuentran los delitos de apoderamiento sin violencia (hurto); los delitos de apoderamiento con peligro para las personas (robo con fuerza en las cosas) y los delitos de apoderamiento con violencia e intimidación (robo con violencia e intimidación en las personas) y delitos de enriquecimiento por defraudación (estafas).

Como se puede apreciar, los delitos contra la propiedad que serán objeto de nuestro estudio constituyen los de mayor ocurrencia y, por ende, de mayor significación social en nuestro país.

Cuadro Nº 1: Clasificación de los Delitos Contra la Propiedad (De Enriquecimiento)



Así entonces, estudiaremos los delitos de hurto; robo con fuerza en las cosas; robo con violencia e intimidación en las personas; estafa y estafas especiales. Asimismo, estudiaremos las disposiciones comunes a los delitos de robo y hurto establecidas en el CP.

El análisis de cada uno de los delitos antes mencionados comprenderá la conducta; la tipicidad; la antijuridicidad y la culpabilidad; orden ajustado al concepto doctrinario de delito que lo define como aquella *conducta típica, antijurídica y culpable*[3].

CLASE 02

2. EL HURTO

El artículo 432 del CP. Establece que 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.

Como se puede apreciar, el hurto está concebido en el código penal como una figura residual a los delitos de robo con fuerza e intimidación, pues ante la inconcurrencia de los elementos del tipo de esto dos últimos, como son la fuerza en las cosas o la violencia e intimidación en las personas, nos encontraremos frente al ilícito penal de hurto.

En consecuencia de puede definir el delito de hurto como la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse y sin que concurran la violencia o intimidación en las personas, ni ciertas formas de fuerza en las cosas[4] (toda vez que sólo determinados tipos de fuerza en las cosas, como los señalados en los artículos 440, 442 y 443 del CP., configuran el delito de robo con fuerza en las cosas, de lo que se desprende que en el delito de hurto si puede existir algún tipo de fuerza mientras no sea de aquella definida para el robo con fuerza y señalada en los artículos indicados).

---

[3] Como veremos, para estar en presencia de un ilícito penal, el sujeto activo debe realizar una conducta, que puede consistir en una acción u omisión; dicha conducta debe estar tipificada, es decir, expresamente señalada por la ley como punible y merecedora de determinada pena; asimismo, la conducta típica debe ser antijurídica, es decir, contraria a derecho en el sentido de que no exista respecto de ella causales de justificación que derive en su irreprochabilidad penal; finalmente, la conducta típica y antijurídica debe ser culpable, es decir, ser consecuencia del dolo (hay dolo si el hechor sabía y también quería lo que hacía, en cuyo caso estamos en presencia de un delito) o culpa del sujeto activo (cuando el hechor ha vulnerado una norma de cuidado, en cuyo caso estamos en presencia de un cuasidelito)

[4] Etcheberry Alfredo, Derecho Penal, parte especial tomo tercero, tercera edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, año 1999, Santiago-Chile pp. 295.

2.1. Tipicidad

a) Sujetos:

El sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona con exclusión del dueño de la cosa y de las personas nombradas en el artículo 489 del CP., todos los cuales gozan de una excusa legal absolutoria. Tampoco es sujeto activo de este delito el acreedor que sustrae cosas de su deudor para hacerse pago de una deuda (artículo 494 número 20 del CP.), ni el tenedor legítimo que recupera furtivamente la cosa sobre que recae su derecho.

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona que tenga una relación jurídicamente protegida con la cosa (dueño, poseedor, usufructuario).

b) Objeto material:

De la lectura del artículo en comento se pueden igualmente extraer ciertos requisitos relativos al objeto material de este tipo penal, cuya inconcurrencia obsta a que nos encontremos frente a la existencia de un delito de hurto:

- En primer lugar, cabe tener presente que el objeto del delito de hurto sólo puede ser una cosa corporal mueble[5] , susceptible de ser aprehendida y extraída y que además tenga valor económico superior a media UTM, pues si el valor es inferior nos encontraremos en presencia de una falta,[6] toda vez que, este delito se sanciona de acuerdo al valor del objeto extraído.

- Luego, la cosa mueble debe ser ajena, no puede pertenecer a la persona que se apodera de ella. Tampoco existe hurto respecto de cosas que no pertenecen a nadie o res nullius, y pueden ser adquiridas por ocupación (por ejemplo los peces), ni respecto de las cosas abandonadas o res derelictae; ni respecto de las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (como la alta mar), ni de los bienes nacionales de uso público y;

- Avaluable en dinero, significa que la cosa hurtada debe tener valor económico. Sobre este punto, cabe recordar que conforme lo dispone el artículo 446 del CP., la pena asignada al delito de hurto está relacionada al valor del objeto hurtado.

[5] Por cosa mueble debemos entender aquellas que son extraíbles o transportables, de este modo, puede ser objeto de hurto el dinero, un computador, un automóvil. No puede ser objeto del delito de hurto una casa o una parcela, pues existe un tipo penal especial para el apoderamiento de bienes inmuebles cual es la usurpación que no será objeto de nuestro estudio.
[6] Politoff Sergio, Matus Jean Piere, Ramírez Cecilia, Op. cit. pp. 302

- Sin la voluntad de su dueño: es decir, el dueño de la cosa no debe haber prestado su consentimiento para que el tercero se apropiare de ella[7].

2.2 Bien Jurídico Protegido.

Está claro que el bien jurídico protegido en el delito de hurto es la propiedad o posesión que se tenga sobre determinada cosa mueble. Se requiere una relación fáctica entre el sujeto pasivo y una cosa susceptible de avaluación económica.

2.3. Conducta.

La conducta del delito de hurto consiste en apropiarse con ánimo de lucro (esto es con ánimo de obtener un beneficio, de enriquecerse) de cosa mueble ajena sin que concurran los elementos del robo (fuerza en las cosas o violencia e intimidación en las personas). Para efectos del estudio de los delitos contra la propiedad por apropiación, debemos entender por "apropiarse" el hecho de sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con el ánimo de comportarse como propietario de ella.

2.4. Antijuridicidad.

El problema de la antijuridicidad dice relación con la existencia de causales de justificación que harían irreprochable la realización de la conducta típica para el derecho penal por no estimarse socialmente dañosa, pese a adecuarse perfectamente al tipo. De este modo la ausencia de antijuridicidad en una conducta típica deriva en su irreprochabilidad penal.

En cuanto al delito de hurto, las causales de justificación se encuentran relacionadas al llamado hurto famélico, esto es, la existencia de un estado de necesidad para solventar necesidades básicas del sujeto activo o de su familia más cercana.

Por ejemplo, piénsese en el caso de un padre que sustrae un tarro de leche en una farmacia o de un supermercado con el objeto de alimentar a sus hijos menores de edad que presentan problemas alimenticios.

[7] Garrido Montt Mario, Derecho Penal, parte especial, tomo IV, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, Santiago-Chile, pp. 157

Como hemos visto, la existencia de causales de justificación implica la irreprochabilidad penal de la conducta típica por no concurrir el requisito de la antijuridicidad. Debido a ello, bien nos podemos encontrar frente a una conducta típica de hurto, que sin embargo no constituye tal ilícito penal por concurrir una causal de justificación y por lo mismo, no ser antijurídica dicha conducta. Al contrario, la inexistencia de causales de justificación convierten a la conducta típica en antijurídica y, por lo mismo, sancionable por el derecho penal de concurrir, además, el requisito de la culpabilidad.

2.5. La culpabilidad.

El delito de hurto requiere dolo directo[8] en lo referente a la conducta apropiatoria, por lo que el sujeto activo ha buscado apropiarse de la cosa mueble ajena; en cuanto al valor de la cosa sustraída y al hecho de contar con el consentimiento del dueño, se puede admitir la comisión con dolo eventual[9].

Se excluye la posibilidad de la comisión de hurto con culpa (negligencia, infracción a una norma de cuidado)

2.6. Penalidad.

Sólo con fines didácticos, y para completar lo señalado más arriba, debemos señalar que, la pena asignada al delito de hurto está determinada en razón del valor de la cosa hurtada. En este sentido el artículo 446 del CP., establece los siguientes rangos:

- Si la cosa vale más de 1/2 UTM. y menos de 4: Presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 UTM.
- Si la cosa vale más de 4 UTM. y menos de 40: Presidio menor en su grado medio y multa de 6 a 10 UTM.
- Si la cosa vale más de 40 UTM. y menos de 400: Presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de 11 a 15 UTM.
- Si la cosa vale más de 400 UTM.: Presidio menor en su grado máximo y multa de 21 a 30 UTM.

[8] Existe dolo directo cuando la realización del hecho típico es precisamente el objetivo que el sujeto activo quiere lograr.
[9] Existe dolo eventual cuando el sujeto activo se ha representado el resultado como posible, pero ello no lo inhibe de realizar igualmente la acción.

2.7. Otros tipos de hurto.

El delito que hurto que hemos analizado previamente corresponde a la figura de hurto simple. No obstante, el CP., contempla la existencia de hurtos calificados y de hurtos especiales que, someramente, veremos a continuación.

a) Hurtos calificados.

El hurto simple se convierte en calificado, y por ende, recibe una mayor pena, cuando concurren alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 447 del CP., esto es:

- Si el hurto se cometiere por dependiente, criado o sirviente asalariado, bien sea en la casa en que sirve o bien en aquella a la que lo hubiere llevado su amo o patrón. Como se puede apreciar, se agrava este tipo de hurto por el aspecto moral que implica la violación de confianza como el debilitamiento de la defensa privada[10].

  La norma está redactada en forma amplia respecto a la identificación del sujeto activo, quien puede ser tanto un dependiente, criado o sirviente. Lo importante es que se encuentre unido por la víctima en una relación de dependencia asalariada y permanente, por lo que la prestación de servicios esporádicos, como los prestados por un gásfiter, no pueden incluirse dentro de los sujetos activos de este hurto agravado.

  Asimismo, el delito puede cometerse en dos lugares: La casa en que se prestan los servicios o; la casa en que el amo o patrón hubiere llevado al dependiente.

- 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. Como señala Etcheberry, la terminología usada por esta norma refleja un concepto obsoleto de las relaciones industriales, pues se basa en la existencia del maestro, el oficial y el aprendiz, éstos últimos que viven en la casa del primero, donde está instalada la industria. No obstante, se incluyen en esta agravante a los obreros que en la actualidad prestan servicios en establecimientos industriales. También se incluyen en esta norma a quienes prestan servicios en una casa de forma esporádica (jardineros, gasfiteros)[11].

- Si el hurto se cometiere por el posadero fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda. Como se aprecia, nuevamente estamos en presencia de una norma con terminología anacrónica. Por ello, como señala Politoff, el sujeto activo de este delito debe entenderse al actual empresario

[10] Etcheberry Alfredo, Op. cit., pp. 308
[11] Etcheberry Alfredo, Op. cit., pp. 310

hotelero y el objeto del delito lo constituyen las cosas que hubiere llevado al lugar el pasajero del hotel.

- Si el hurto 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 o bodega. El objeto material de este tipo de hurto lo constituyen las cosas que los pasajeros lleven consigo.

b) Hurtos especiales.

- Hurto de Hallazgo (artículo 448 del CP): se trata de la apropiación de especies al parecer perdidas, y que en verdad es una apropiación sin sustracción, puesto que las cosas ya han salido de la esfera de custodia de su propietario o detentador[12]

Como señalamos, en este delito el ataque contra el patrimonio no se realiza por sustracción ni por fraude. Se trata de un delito de omisión para el que la ley distingue dos formas de comisión, según si las cosas al parecer perdidas provienen o no de una calamidad natural.

Por tratarse de un delito de omisión, ello implica que el sujeto activo tenga una obligación que omite realizar. La situación que crea la omisión nace del hecho de hallar una especie mueble al parecer perdida, esto es, que se encuentra fuera de la esfera de resguardo de su dueño o poseedor.

Además, para que se configure el delito, el sujeto activo debe saber quien es el dueño de la cosa o que se trate de una de las especies señaladas en el artículo 448 inciso segundo del CP., de lo contrario no se configura el delito.

La omisión penada por la ley consiste, pues, en que una vez encontrada una cosa mueble al parecer perdida, sabiendo quien es su dueño o en los demás casos señalados en el artículo 448 inciso segundo, el sujeto que las ha encontrado no la entregue a su dueño o a la autoridad.

- Hurto de energía eléctrica: El artículo 168 del DFL Nº 4 de 24 de julio de 1959 dispone que el que sustrajere energía o corriente eléctrica directa o indirectamente mediante conexiones clandestinas o fraudulentas, incurrirá en las penas señaladas en el artículo 446 del CP. En los casos de reiteración, se procederá en conformidad a lo dispuesto en el artículo 451 del mismo cuerpo legal.

Realice ejercicios nº 1 al 5

[12] Etcheberry Alfredo, Op. cit., pp. 311

CLASE 03

3. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

El delito de robo con fuerza en las cosas comparte, como veremos más adelante, los supuestos fácticos del delito de hurto, con la salvedad que en este caso la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro, se realiza con fuerza en las cosas, la que se encuentra definida en el tipo penal, pero que en general supone el empleo de energía para vencer la especial protección con que la cosa apropiada está revestida, ejerciéndose la fuerza no sobre la cosa que será objeto de apropiación, sino sobre las defensas o resguardos de la cosa.[13]

Además, el delito de robo con fuerza en las cosas se clasifica, en cuanto a su lugar de comisión, en robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación; robo con fuerza en lugar no habitado; robo con fuerza en bien nacional de uso público. Tales ilícitos se encuentran tipificados en los artículos 440, 442 y 443 del CP., estableciéndose en cada caso las hipótesis de fuerza en las cosas que los configuran.

Las citadas normas disponen lo siguiente:

El artículo 440 del CP., señala que 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:

- 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.

- Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

- Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

Por su parte el artículo 442 del CP., establece que 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:

- Escalamiento

[13] Etcheberry Alfredo, Op. cit., pp. 316

- Fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.

- Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.

Finalmente el artículo 443 del CP., señala que con la misma pena señalada en el artículo anterior (presidio menor en sus grados medio a máximo), se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas o verdaderas que se hubiere 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 utiliza medios de tracción.

El inciso segundo agrega que se sancionará igualmente con la pena del artículo anterior al que se apropiare de alambres de tendido eléctrico, cables de los servicios telefónicos, telegráficos, de radiocomunicaciones o de televisión, o alambres de electricidad o comunicaciones de las empresas de ferrocarriles, escalando para ello las torres, pilares o postes en que los alambres o cables estén instalados, ya sea que se ingrese o no a los recintos cerrados o cercados donde se encuentren emplazadas dichas torres, pilares o postes o extrayéndolos en cualquier forma de su lugar de instalación, sea que se trate de redes subterráneas, subacuáticas o aéreas, mediante el uso de alicates, cortafríos o en general, cualquier otro instrumento o elemento idóneo para cortar alambres o cables.

Nótese, como señalamos anteriormente, que el legislador establece para cada uno de estos delitos de robo los supuestos fácticos que constituyen la fuerza en las cosas.

Nótese igualmente que el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación tiene asignada una pena mayor a los otros dos tipos de robo por los motivos que estudiaremos más adelante.

3.1. Bien jurídico protegido en los delitos de robo con fuerza en las cosas.

En la mayoría de los casos de robo con fuerza en las cosas el bien jurídico protegido será la propiedad o el patrimonio, no obstante, como veremos, subyace en este tipo de delitos un peligro potencial para la integridad y seguridad de las personas lo que implica que, por ejemplo, en el caso del delito de robo con fuerza en lugar habitado, nos encontremos en presencia de más de un bien jurídico protegido, lo que se refleja claramente en la pena asignada a dicho delito.

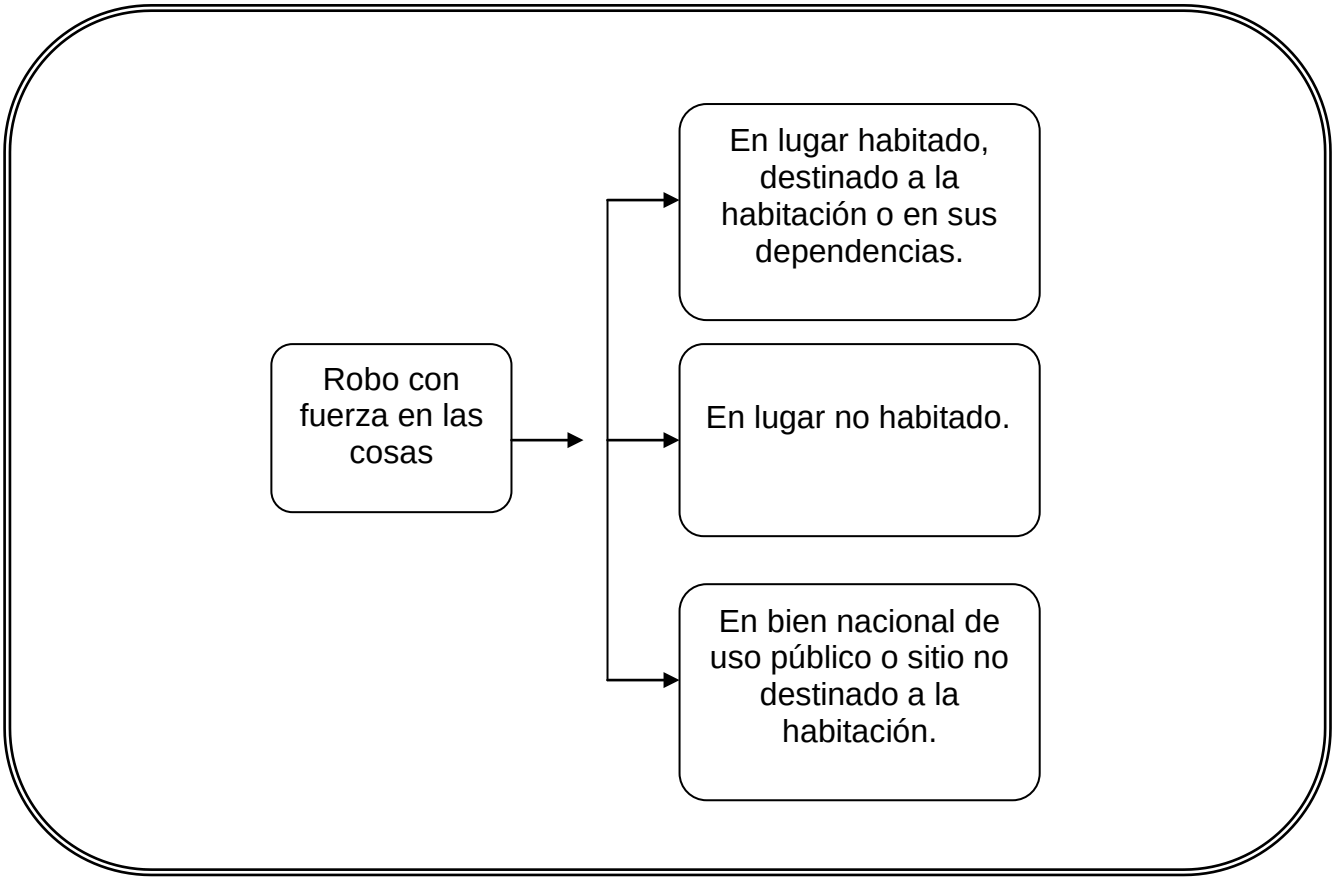
3.2. Antijuridicidad.

A diferencia del hurto en el que se plantea la posibilidad del hurto famélico como causal de justificación, en los delitos de robo con fuerza en las cosas, no existen casos específicos de antijuridicidad que debamos analizar, por tanto, en cada caso particular deberá constatarse la existencia de causales de justificación respecto de la conducta del sujeto activo que derive en la irreprochabilidad penal de su conducta.

3.3. En cuanto a la culpabilidad,

Si bien la doctrina no lo señala, resulta evidente que no se puede cometer el delito de robo con fuerza en las cosas por culpa, ni por dolo eventual sino sólo por dolo directo pues el sujeto activo debe querer sobrepasar las barreras de seguridad que protegen a la cosa que será objeto del robo y debe querer, además, apropiarse de ella con ánimo de lucro.

Cuadro Nº 2: Robo con Fuerza en las Cosas Según el Lugar de Comisión del Delito



CLASE 04

A continuación analizaremos cada una de las figuras de robo anteriormente señaladas:

A.- Robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias.

A.1.- Acerca del bien jurídico protegido en este delito.

Como señalamos anteriormente, en el caso del delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, si bien el principal bien jurídico protegido es el patrimonio del sujeto pasivo, indirectamente se protege la integridad y seguridad de las personas que habitan en el lugar, seguridad que se ve mayormente afectada ante la eventualidad de un encuentro entre la víctima y el sujeto activo, lo que podría dar origen a un enfrentamiento entre ambos, situación que justifica su mayor penalidad en comparación con el robo en lugar no habitado y en bien nacional de uso público. Lo anterior, es decir, la existencia de más de un bien jurídico protegido hace conocer a este tipo de delitos como delitos pluriofensivos.

A.2.- Tipicidad.

El artículo 440 del CP., señala que 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 (de 5 años y un día a 10 años) si cometiere el delito:

- 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.

- Haciendo uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

- Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

A.3.- Conducta.

La realización del tipo penal de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias está compuesto por dos conductas: entrar con fuerza en las cosas por alguno de los medios señalados en el artículo 440 del CP. y sustraer, con ánimo de lucro una o más cosas muebles ajenas avaluables en dinero.

Cabe hacer presente, que la conducta de entrar debe tener como propósito el de sustraer, no configurándose este delito si un sujeto entra con fuerza en las cosas pero con un propósito distinto al de sustraer especies. Igualmente, la fuerza en las cosas debe ser ejercida para ingresar, no configurándose el delito si al salir se ejecuta por parte del sujeto activo alguna de las hipótesis de fuerza en las cosas.

Por ejemplo, si un sujeto ingresa a una casa que se encontraba con la puerta abierta, sustrae especies y para salir rompe una ventana, no se configura el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, sino que podría configurarse la figura residual de hurto, pues no existió fuerza en las cosas para ingresar al lugar del robo.

A.4.- Hipótesis de fuerza en las cosas señaladas en el artículo 440 del CP.:

a) Escalamiento:

No debemos entender el término escalamiento en su acepción de acción y efecto de subir a algún sitio o salvar una altura valiéndose de escalas o trepando por una gran pendiente, sino más bien como la acción de entrar en algún sitio ocultándose o violentamente. Siendo el mismo legislador el que en el numeral primero del artículo 440 dispone lo qué debe entenderse por escalamiento, esto es: cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos o fractura de puertas o ventanas.

- Entrar por vía no destinada al efecto: se refiere a vía no destinada al efecto de ingresar al lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias, por tanto, se ingresa por vía no destinada al efecto si el sujeto hace ingreso al lugar del robo a través de una ventana que se encuentre abierta, (si la ventana se encuentra cerrada y el sujeto la rompe para ingresar habrá escalamiento pero no por entrar por vía no destinada al efecto, sino por fractura de ventana). Por el contrario, no habrá ingreso por vía no destinada al efecto si se ingresa por una puerta abierta, pues las puertas están destinadas al efecto de ingresar a un lugar cerrado (igual que en el caso

anterior, si se rompe una puerta cerrada para ingresar no estaríamos en presencia de escalamiento por ingresar por vía no destinada al efecto, sino en una hipótesis de escalamiento por fractura de puerta).

- Entrar por forado: esta hipótesis implica que el sujeto activo hace un agujero para atravesar una de las barreras de protección del lugar habitado (ejemplo un agujero en una pared o techo) y lo utiliza para ingresar al lugar del robo, de modo que el que emplea un forado que ya existía, no ingresa por forado, sino por vía no destinada al efecto[14], toda vez que esta hipótesis requiere que el sujeto activo realice un forado para ingresar.

- Entrar con rompimiento de pared o techo: supone la destrucción violenta de la pared o techo, pero no se usa el lugar destruido para ingresar, sino que el rompimiento es un medio para entrar al lugar del robo, incluso por vía no destinada al efecto. (por ejemplo, se rompe la pared para ingresar un gancho que abrirá la puerta).[15]

- Entrar por fractura de puertas o ventanas: rotura de una puerta o ventana con el objeto de ingresar al lugar del robo.

b) Uso de llaves falsas, o verdadera que hubiere sido substraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo.

En este caso, a diferencia del anterior, el rompimiento de la barrera de protección del lugar habitado no se produce ejecutando acciones violentas sobre dichas barreras, sino que éstas son burladas a través de uno de los instrumentos señalados.[16]

c) Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad.

En este caso el sujeto activo hace ingreso al lugar del robo valiéndose de un engaño. La norma señala tres supuestos:

- Seducción[17] al trabajador de casa particular: esta seducción consistiría en conquistar la voluntad de un trabajador de casa particular (engañándolo) para que éste último permita al sujeto activo el ingreso al lugar del robo. Por ejemplo, se engaña al trabajador de casa particular haciéndole creer que el dueño de casa ha ganado un premio y le solicita acceso al lugar habitado para esperarlo.

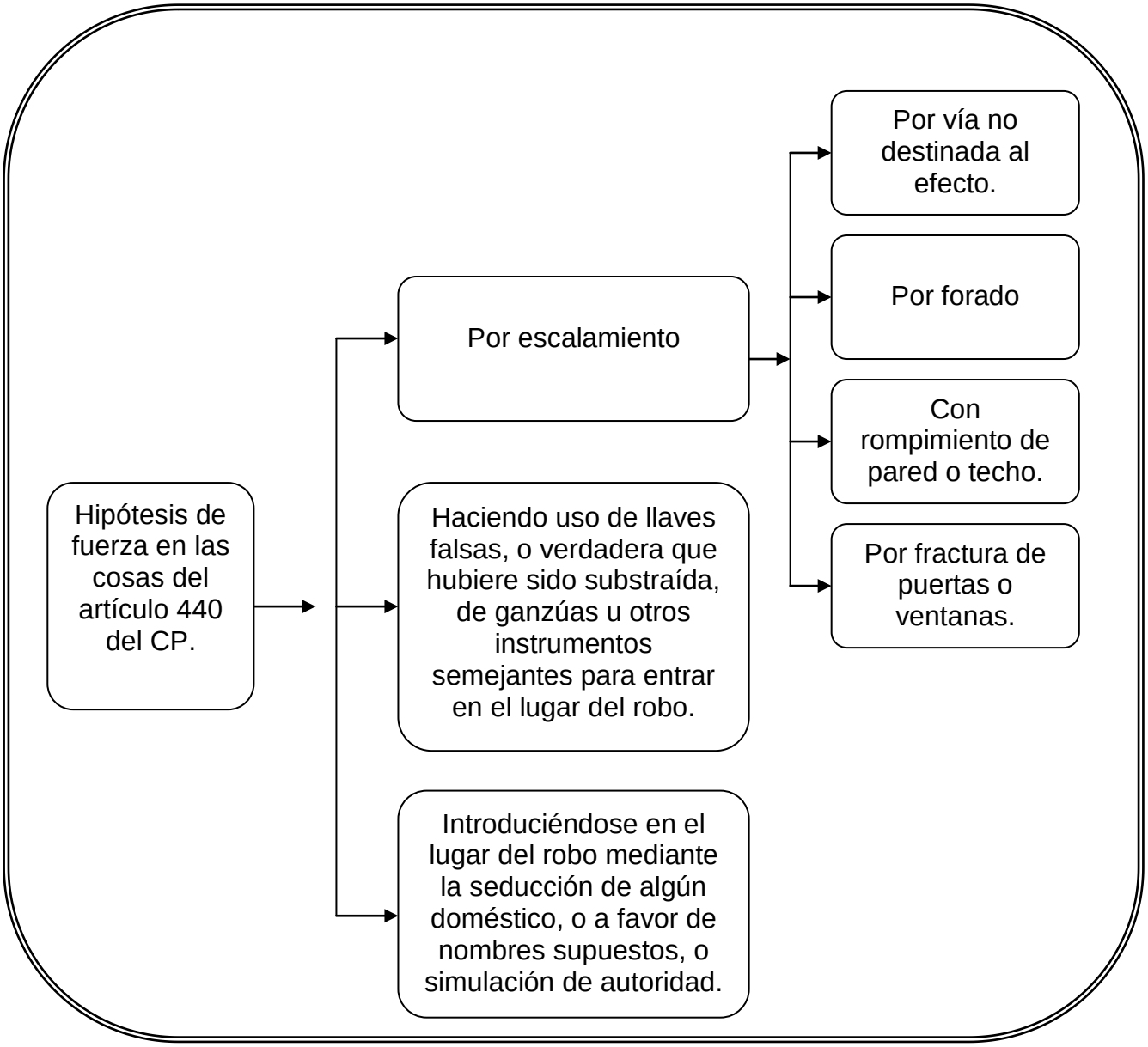
---

[14] Politoff Sergio, Matus Jean Piere, Ramírez Cecilia, Op. cit. pp. 340
[15] Politoff Sergio, Matus Jean Piere, Ramírez Cecilia, Op. cit. pp.341
[16] Politoff Sergio, Matus Jean Piere, Ramírez Cecilia, Op. cit. pp. 342.
[17] La seducción de que habla esta norma no es de contenido sexual, sino que está concebida como un engaño para lograr el acceso al lugar del robo.

- Usar el favor de nombres supuestos: por ejemplo, el sujeto activo señala al trabajador de casa particular o a quien se encuentre en el lugar que es pariente del dueño de casa.

- Entrar con simulación de autoridad: como el caso en que el sujeto activo muestre una identificación falsa de la policía de investigaciones o una orden de embargo falsa para hacer ingreso al lugar habitado.

Cuadro Nº 3: Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar Habitado, Art. 440 CP.



A.5.- Circunstancias específicas del lugar de comisión del ilícito

En cuanto a los lugares en donde este delito puede ser cometido, es necesario hacer las siguientes precisiones:

Por lugar habitado entenderemos aquel en que se encuentran una o más personas al momento de cometerse el robo, se trata, según señala Garrido Montt de un equivalente al concepto civil de morada[18].

Por lugar destinado a la habitación es aquel cuya finalidad normal es servir de morada aunque en el momento de perpetrarse el delito no esté habitado, como una casa de veraneo[19].

Dependencias de un lugar habitado o destinado a la habitación son los patios, jardines, garajes y demás sitios o edificios contiguos a la construcción principal, en comunicación interior con ella y con la cual forman un solo todo.[20]

CLASE 05

B.- Robo con fuerza en lugar no habitado.

Lugar no habitado es todo lugar cerrado no destinado a la habitación y en el cual, en el momento de cometerse el delito, no se encuentra persona alguna, como una oficina, una tienda u otro semejante que no sea dependencia inmediata del lugar habitado o destinado a la habitación.[21]

Tal como en el caso del robo con fuerza en lugar habitado, el artículo 442 del CP., establece cuáles son las distintas modalidades de fuerza ante cuya concurrencia nos encontraremos en presencia del robo con fuerza en lugar no habitado.

Valga para este delito todo lo señalado respecto al delito de robo con fuerza en lugar habitado, con excepción, obviamente del bien jurídico protegido, pues en este caso no estamos en presencia de un delito pluriofensivo (ya que al no ser habitado el lugar de comisión del delito, no hay riesgo para la seguridad de las personas, siendo el patrimonio el único bien jurídico protegido en este delito) así como del lugar de comisión del delito; de la

[18] Garrido Montt Mario, Op. Cit. pp. 223.
[19] Labatut Glena Gustavo, Op. cit. pp. 207
[20] Labatut Glena Gustavo, Op. cit. pp. 207
[21] Labatut Glena Gustavo, Op. cit. pp. 209

pena asignada al mismo y a las hipótesis de fuerza en las cosas que estudiaremos a continuación.

Por tanto, en este caso el objeto del delito seguirá siendo una cosa corporal mueble, ajena, que es substraída por un sujeto, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucro.

B.1.- Tipicidad.

El artículo 442 del CP., establece que el robo con fuerza en lugar no habitado, se castigará con presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años) siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- Escalamiento
- Fractura de puertas interiores, armarios, arcas, u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados.
- Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiese substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados.

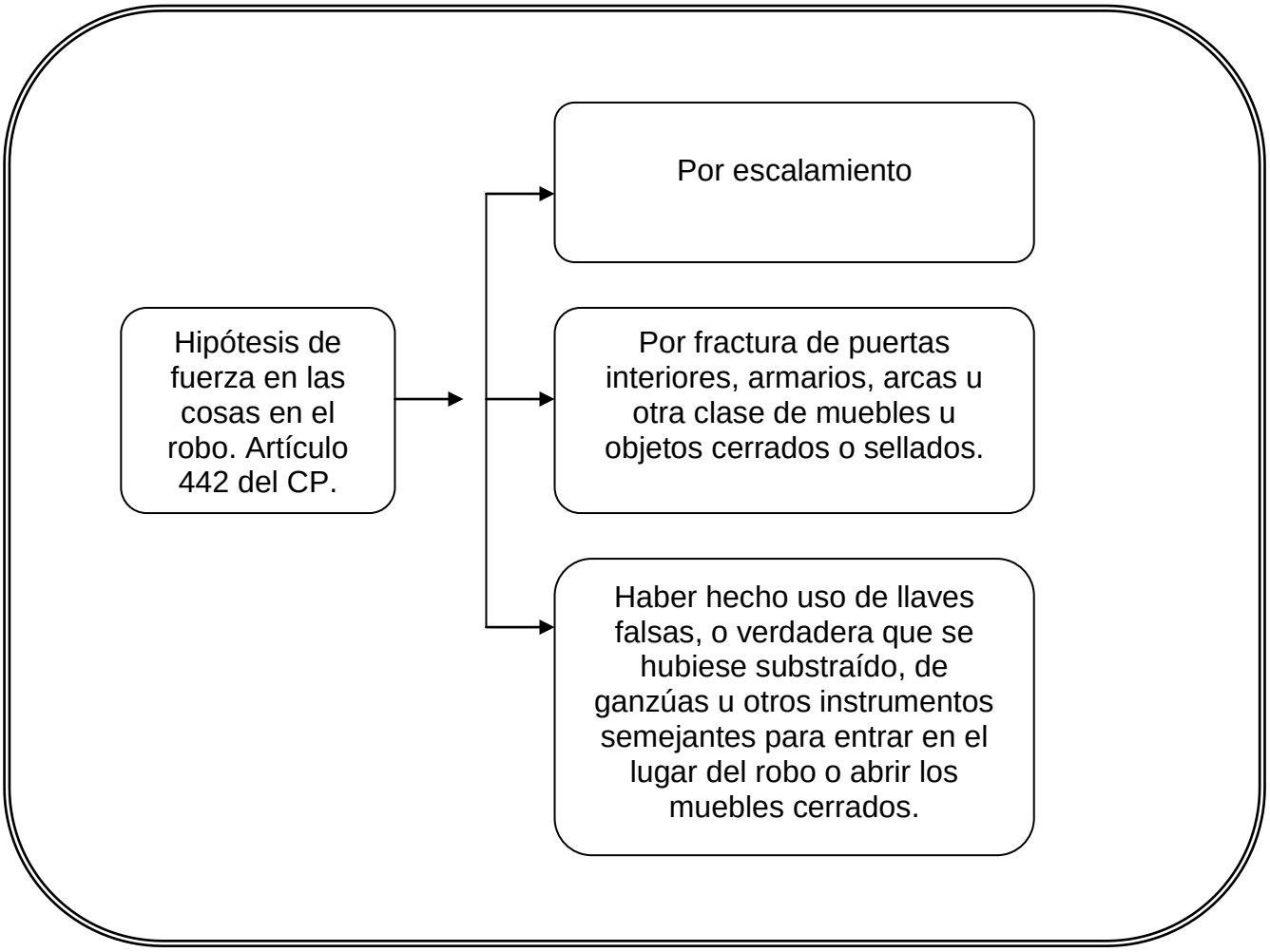
Como se puede apreciar la primera hipótesis de fuerza en las cosas es igual a la establecida para el delito de robo con fuerza en lugar habitado, siendo la segunda y la tercera las que se modifican en el sentido que revisaremos a continuación.

- El escalamiento: damos por reproducido lo señalado al respecto en el delito de robo con fuerza en lugar habitado.
- Fractura de puertas interiores, armarios, arcas, u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados: como se puede apreciar, a diferencia del delito anterior, en este caso la fractura (interior o interna), no recae sobre los resguardos exteriores que protegen el lugar, sino sobre los resguardos particulares de las cosas mismas que serán objeto del robo. Esta situación puede perfectamente concurrir en el caso del robo en lugar habitado o destinado a la habitación y existiría idéntica razón para castigarlo que con respecto al lugar no habitado. Pero la ley ha restringido la punibilidad de esta hipótesis sólo a este último tipo de robo.[22] (por ejemplo, el caso de que un sujeto ingrese a una oficina y rompa el cajón de un escritorio para extraer un objeto de su interior).

[22] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp 330.

- Haber hecho uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere substraído, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados: la diferencia con el delito anterior, radica en que en este caso se puede usar la llave, ganzúa u objeto semejante tanto para ingresar al lugar no habitado como para abrir los muebles cerrados que se encuentren en él. Así el sujeto activo comete este delito si se vale de uno de los instrumentos señalados para entrar al lugar no habitado, como cuando ingresa al mismo sin emplearlas, pero luego recurre a ellos para, ya en el interior, abrir muebles cerrados, como estantes, baúles, cajones de escritorio. (por ejemplo, se configura este delito si un sujeto ingresa a una tienda cuya puerta se encontraba abierta y luego usa una llave falsa para abrir una caja fuerte y extraer dinero; y también si el sujeto, estando la puerta cerrada, usó las llaves falsas para ingresar a la tienda).

Cuadro Nº 4: Robo con Fuerza en las Cosas en Lugar No Habitado, Art. 442 CP.



C.- Robo con fuerza en las cosas en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación.

Esta variedad de robo fue introducida por la ley 11.625, principalmente para reprimir las apropiaciones de vehículos estacionados en la vía pública, y que anteriormente debían ser considerados hurtos.

El lugar de comisión de este ilícito son los bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación.

Por bien nacional de uso público debemos entender aquellos bienes cuyo dominio pertenece a toda la nación y cuyo uso puede ser ejercido libremente por todos los habitantes de la nación, por lo que sanciona el robo de especies que se encuentren en calles o plazas.

Por sitio no destinado a la habitación entenderemos aquellos recintos no cerrados, que carecen de delimitación ostensible (no tiene cercos, muros o techo), y que nadie ocupa actualmente como morada en los momentos en que se comete la apropiación[23]. Un ejemplo de este tipo de sitios lo constituyen los predios rurales.

Igualmente, en este delito, la fuerza no recae en los resguardos sino en la cosa misma que será objeto de la apropiación.

C.1.- Tipicidad.

El artículo 443 del CP., señala que con la misma pena señalada en el artículo anterior (presidio menor en sus grados medio a máximo), se castigará el robo de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación si el autor hace uso de llaves falsas, o verdadera que se hubiere 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 utiliza medios de tracción.

El inciso segundo agrega que se sancionará igualmente con la pena del artículo anterior al que se apropiare de alambres de tendido eléctrico, cables de los servicios telefónicos, telegráficos, de radiocomunicaciones o de televisión, o alambres de electricidad o comunicaciones de las empresas de ferrocarriles, escalando para ello las torres, pilares o postes en que los alambres o cables estén instalados, ya sea que se ingrese o no a los recintos cerrados o cercados donde se encuentren emplazadas dichas torres, pilares o postes o extrayéndolos en cualquier forma de su lugar de instalación, sea que se trate de redes subterráneas, subacuáticas o aéreas, mediante el uso de alicates, cortafríos o en general, cualquier otro instrumento o elemento idóneo para cortar alambres o cables.

[23] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 236

a) Circunstancias del lugar: como dijimos, el lugar de comisión puede ser bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación.

b) La fuerza en las cosas en el robo en bien nacional de uso público o sitio no destinado a la habitación.

En este delito la fuerza se refiere a la que se aplica directamente sobre la cosa objeto del robo (o a los medios que los protegen) y no a la necesaria para entrar al lugar, siempre que esta no consista en el mero despliegue de energía física del autor. Es necesario utilizar algún medio para ejercer esa fuerza, ya sea el uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes; o medios de tracción; escalamiento de postes (escalamiento en sentido natural); o uso de instrumentos idóneos para cortar cables., a no ser que se trate de la fractura de algún medio de protección como puertas, vidrios, cierros, candados u otros. Lo que en definitiva importa es el medio con que se aprehende la cosa que se sustrae.[24]

c).- Objeto sobre que recae el delito:

Conforme a lo que dispone el inciso primero del artículo 443 del CP., el objeto del delito lo constituye, primeramente, las cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación; mientras que conforme al inciso segundo de la misma norma, se refiere exclusivamente a los cables o alambres del tendido eléctrico o los servicios de comunicaciones, sea que éstos se encuentren suspendidos en postes o no. Si están suspendidos de postes, la ley exige para configurar el delito, el escalamiento (en sentido natural) de dichos postes; si falta el escalamiento, la fuerza se configura por utilizar alicates, cortafríos o, en general, cualquier instrumento idóneo para cortar alambres o cables.[25]

Realice ejercicios nº 5 al 13

[24] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 353
[25] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 354

CLASE 06

4. ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS

Se puede definir como aquel robo en que el sujeto activo, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, se apropia de cosa mueble ajena usando violencia o intimidación en las personas.

Se trata de un delito que además de constituir un atentado contra la propiedad, se atenta la libertad, la vida, seguridad personal y la salud e integridad individual de las personas.

Fundamental en la comprensión de éste delito, es la determinación de los conceptos de violencia e intimidación. Sin perjuicio de volver sobre estos conceptos en el análisis del presente delito, señalaremos que la violencia supone el empleo efectivo de fuerza material o física sobre la víctima, mientras que la intimidación constituye una amenaza, pero siempre una amenaza de emplear en forma inmediata la fuerza física[26].

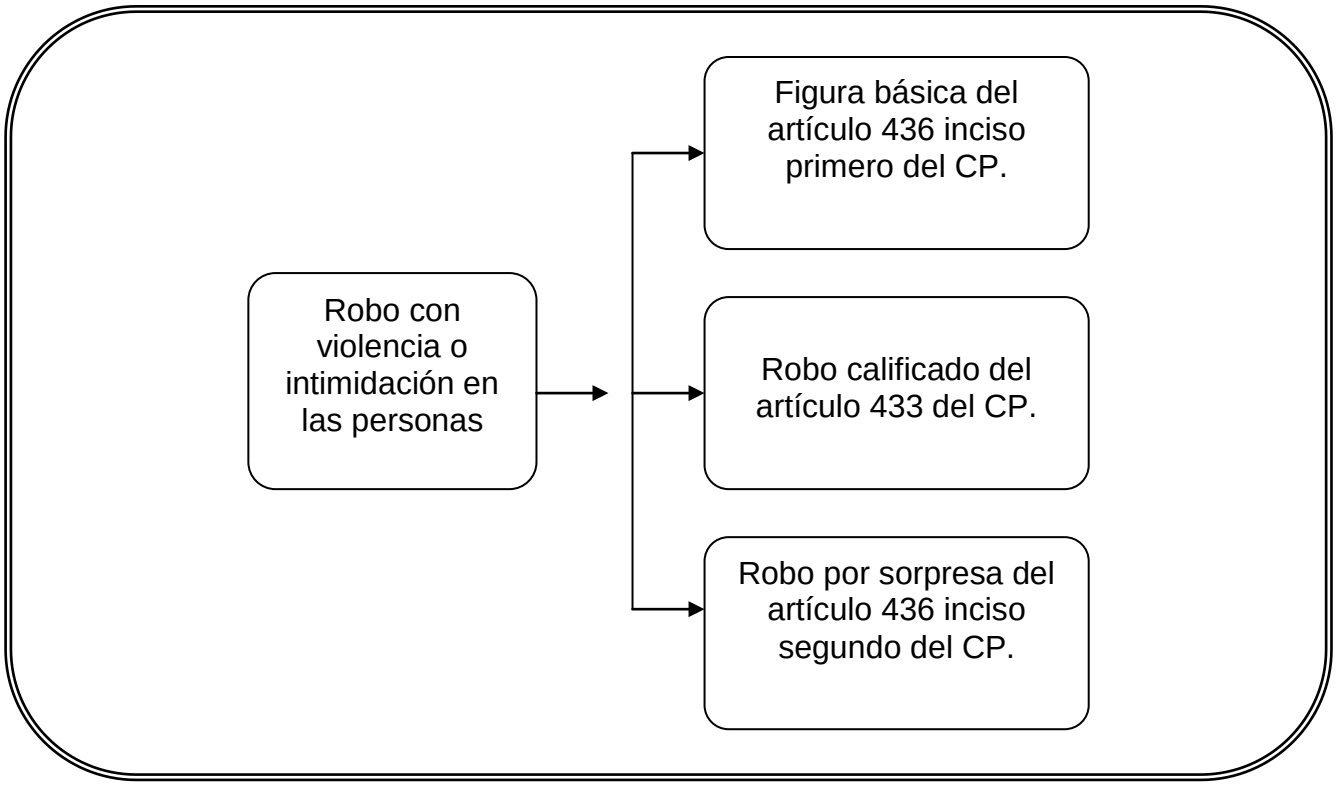
Ejemplo de fuerza la constituye la circunstancia de que el sujeto activo golpeé a la víctima para sustraerle la billetera.

Ejemplo de intimidación lo constituye la circunstancia de que el sujeto activo apunte a la víctima con un arma de fuego para que ésta haga entrega de su billetera.

En el delito de robo con violencia o intimidación en las personas se distinguen tres figuras: la figura simple del artículo 436 inciso primero; el robo calificado del artículo 433 y el robo por sorpresa del artículo 436 inciso segundo.

[26] Etcheberry Alfredo, Op. cit., pp. 335.

Cuadro Nº 5: Robo con Violencia o Intimidación en las Personas



4.1. Figura básica del robo con violencia o intimidación en las personas.

La figura básica del robo con violencia o intimidación está descrita en el inciso primero del artículo 436. Al igual que el hurto simple, el presente delito se encuentra establecido de forma residual a las figuras calificadas del mismo. En efecto, la norma señalada dispone que fuera de los casos previstos en los artículos anteriores (robo calificado y actos de piratería), los robos ejecutados con violencia o intimidación en las personas, serán penados con presidio mayor en su grado mínimo a máximo (esto es, de 5 años y un día a 20 años), cualquiera que sea el valor de las especies substraídas.

A.- Tipicidad.

El artículo 436 señala como sujetos activos de este delito a quienes cometan robo empleando para ello Violencia o intimidación en sus víctimas. La redacción de la frase “fuera de los casos” es técnica desde el punto de vista de la tipificación de la figura simple de este delito, no diciendo el artículo en comento el comportamiento específico, sino meramente

señalando la pena la cual es altísima: presidio mayor en cualquiera de sus grados. Asimismo que la norma señale que se incurre en este delito "cualquiera que sea el valor de las especies substraídas", muestra que la relevancia está en los otros bienes jurídicos protegidos y no sólo el patrimonio (antiguamente las penas por robo dependían del monto de lo robado).

En el contexto antes señalado, se sostiene que la tipicidad del robo con violencia o intimidación en las personas, exige, ante todo, determinar el concepto de violencia o intimidación. La violencia supone el empleo efectivo de fuerza física. La intimidación, es la amenaza, pero siempre amenaza de emplear fuerza física y no de otra cosa. La amenaza diversa, caería dentro del campo del delito que lleva ese nombre que por cierto es una figura penal distinta de esta. La intimidación, es crear en la víctima, el temor de un daño físico inmediato, para sí, o para otra persona presente.

De acuerdo al diccionario de la R.A.E. intimidar es "causar o infundir miedo" y puesto que miedo es "una perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo real o imaginario", la intimidación supone una relación comunicativa en la que una persona perturba a otra haciéndole ver la posibilidad, real o imaginaria, de un riesgo o daño. Naturalmente, este riesgo o daño no tiene por qué recaer en quien sufre el miedo, puesto que el requisito es que la persona sufra la perturbación psíquica de que se trata (miedo).

El problema que la intimidación presenta es el de establecer si ésta tiene o no un límite objetivo. En el caso de personas extremadamente sensibles que se intimidan con mucha facilidad, el solo temor de la víctima no constituye el delito, éste debe ser infundido de alguna manera por el autor, esto es, se exige que el hechor ejerza una amenaza implícita o explícita. En ese sentido podemos decir que el carácter objetivo de la intimidación precisa de una amenaza y que ésta haya causado temor en la víctima.

B.- La conducta.

Consiste en apropiarse de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y empleando la amenaza o la fuerza física para atentar en contra de la integridad personal de la víctima, siempre que este último atentado no supere el límite de una lesión leve o de mediana gravedad, pues si se sobrepasa la referida gravedad del ataque, el hecho pasa a constituir el delito de robo calificado del artículo 433 del CP., como veremos más adelante[27].

C.- Modalidades de la conducta. La violencia y la intimidación.

La manera en que se concreta la apropiación de la cosa mueble ajena lo constituye la violencia y/o la intimidación ejercida sobre la víctima.

[27] Garrido Montt Mario, Op. cit., pp. 192

En cuanto a la violencia el artículo 439 del CP., señala que constituye violencia los malos tratamientos de obra, lo que implica cualquier acometimiento físico en contra de una persona[28]. Esta violencia material puede ejercerse sobre el dueño de la cosa o sobre un tercero (por ejemplo, si se ejerce violencia sobre la trabajadora de casa particular para que indique donde se guardan las joyas de la dueña de casa).[29]

El artículo 439 del CP., hace extensiva a la noción de violencia (lo que resulta muy discutible en la doctrina) al que para obtener la entrega o manifestación de la cosa alegare orden falsa de autoridad, o la diere por sí, fingiéndose ministro de justicia o funcionario público. Resulta evidente que esta extensión contraviene el sentido lógico de la expresión "violencia", e implica la asimilación de violencia a la simulación de autoridad que estudiáramos al tratar el delito de robo con fuerza.

La intimidación en este tipo de robo, es la amenaza dirigida a una persona, de que se le inflingirá un mal de manera inmediata si no procede a la entrega de una cosa o renuncia a impedir que quien la expresa se apropie de esa cosa, la que puede ser realizada en forma verbal (ejemplo, me entregas la plata o te mato), o por vías de hecho (ejemplo, poner en la víctima un arma cortante en el cuello para que entregue sus joyas).[30]

La distinción reciente resulta muy apropiada, por cuanto la conducta apropiatoria, realizada a través de la intimidación, puede consistir en la entrega por parte de la misma víctima de la cosa objeto del robo, por ejemplo, se amenaza de muerte con un arma cortante y la víctima entrega su billetera.

Asimismo, mediante la intimidación, por medio de arma cortante, la víctima se abstiene de realizar cualquier acto mientras el sujeto activo toma posesión de la bicicleta que el primero había dejado en la vereda.

Pero no cualquier amenaza es suficiente para configurar el delito de robo con intimidación en las personas, se requiere que esta sea idónea, apta o de una adecuada intensidad para obligar a la víctima a la entrega de la cosa o a la renuncia a impedir la apropiación, y debe consistir en un mal que se inferirá al amenazado en caso que se niegue a hacer aquello que se le solicita de una manera inmediata.

[28] Garrido Montt Mario, Op. cit., pp. 184
[29] Garrido Montt Mario, Op. cit., pp. 185
[30] Garrido Montt Mario, Op. cit., pp. 186

D.- Momento en que debe emplearse la violencia o intimidación

Conforme lo dispone el artículo 433 del CP., la violencia o la intimidación contra las personas puede tener lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer la impunidad.

E.- Idoneidad de la fuerza y la intimidación para configurar el tipo penal.

En cuanto a la violencia, no toda violencia, en el sentido de malos tratos, es adecuada para constituir el delito de robo en estudio, pues debe tratarse de un significativo atentado contra la integridad o seguridad personal. Será violencia para éstos efectos aquella que importe una lesión efectiva y seria de la integridad de las personas y aquella que importe una lesión efectiva y seria a la seguridad de las personas mediante su privación de libertad[31].

De este modo no constituiría robo con violencia, por ejemplo, la apropiación precedida de un empujón por parte del sujeto activo a la víctima.

En cuanto a la intimidación, siguiendo a Politoff[32], para que la amenaza la constituya, debe reunir determinados requisitos que la hagan apta para obligar a la víctima a realizar la conducta solicitada.

- Debe ser seria: ello implica que este señalamiento de un mal futuro e inmediato, debe existir objetivamente, por lo que la amenaza que se hace en broma o de forma absurda es impune aún si se entregan las especies por un temor imaginario de la víctima (por ejemplo, la víctima imagina que un sujeto la amenazó debido a sus gestos y la ropa que vestía).

- El mal con que se amenaza debe ser grave: esto es, debe importar un ataque a la vida salud o integridad del amenazado o de otra persona relacionada que se encuentre presente y al alcance del hechor. (no importaría un mal grave, por ejemplo, si se amenaza a la víctima con insultarla si no hace entrega de la cosa o la amenaza con desacreditarla públicamente o la amenaza con darle una bofetada).
- Asimismo, el mal con que se amenaza debe ser verosímil, esto quiere decir que el mal amenazado debe parecer posible de realizarse al ofendido, aunque definitivamente el mal no sea verdadero (por ejemplo se amenaza de muerte a una persona para que entregue sus pertenencias apuntándola con un arma que parecía real, pero que resultó ser de fogueo). Para determinar si la amenaza es verosímil, hay que atender a la concreta situación relacional entre el afectado y el autor del delito y no sólo al medio que reemplea para amenazar (queda excluido de este concepto el temor de una

[31] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 361
[32] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 362 y siguientes

persona extremadamente sensible que se intimidó con un arma notoriamente falsa como una pistola de agua).

- Finalmente, la amenaza debe ser concreta, es decir que se trate de un mal que seguirá directamente a la amenaza, de forma inmediata.

CLASE 07

F.- Bien jurídico protegido en el delito de robo con violencia o intimidación en las personas

El delito de robo con violencia o intimidación es un delito pluriofensivo, pues este tipo penal protege la seguridad e integridad de las personas, además de la propiedad o el patrimonio.

G.- Relación del medio empleado (violencia o intimidación) y el apoderamiento.

Existe una relación de medio a fin en cuanto al medio empleado y el apoderamiento en donde la violencia o la intimidación constituyen el medio por el cual el sujeto activo se apropia de la cosa mueble ajena, y dicha relación puede darse tanto si la violencia o intimidación se ejercen para facilitar la apropiación, o en el acto de cometerla, o después de realizada para facilitar la impunidad.[33]

De este modo, la violencia o la intimidación deben estar relacionadas subjetivamente con la apropiación o con la impunidad del hecho, pues de no mediar esa conexión ideológica esas acciones podrían constituir dos delitos independientes como hurto y lesiones

Por ejemplo, piénsese en el caso de un sujeto que discute con otro y luego lo golpea. Al ver a su contradictor en el suelo, abatido, aprovecha dicha circunstancia para sustraer su billetera.

En este caso, no existió una vinculación subjetiva del sujeto activo entre la conducta de agredir y la de sustraer, por lo que no existiría delito de robo con violencia, sino lesiones y hurto.

[33] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 357

H.- Antijuridicidad.

Al igual que en el caso de los delitos de robo con fuerza, tampoco en el robo con violencia o intimidación se suscitan problemas específicos de causales de justificación que pudieren devenir en la irreprochabilidad de la conducta. Valga para este caso lo señalado sobre el mismo punto en el robo con fuerza en las cosas.

I.- Culpabilidad.

Según Garrido Montt, la realización del tipo penal requiere dolo directo, pues el sujeto tiene que querer apropiarse de lo ajeno y debe querer emplear la fuerza física (violencia) en contra de la víctima o coaccionarla psicológicamente (intimidación) con motivo de ese apoderamiento.

Resulta evidente, en todo caso, que el robo con violencia o intimidación no se configura sólo con culpa.

4.2. Figuras calificadas de robo con violencia.

El artículo 433 numeral 1 del CP., castiga con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado (presidio mayor en su grado medio va de 10 años y un día a 15 años, por lo que la extensión de la pena señalada en el artículo 433 del CP. va desde 10 años y un día al presidio perpetuo calificado) al que con motivo u ocasión del robo comete, además, homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves gravísimas.

El numeral 2 del mismo artículo castiga con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo al autor de robo con violencia o intimidación cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por más de un día, o se cometieren lesiones simplemente graves.

4.2.1. Figuras más graves de robo calificado del numeral 1 del artículo 433 del CP.

La norma citada castiga con la pena de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo calificado al que con motivo u ocasión del robo comete, además, homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves gravísimas.

a) Robo con homicidio:

Siguiendo a Etcheberry, se comete homicidio con motivo del robo cuando el homicidio aparece para el sujeto activo, como un medio para lograr o facilitar la ejecución del delito (se

mata para robar). En cambio se comete homicidio con ocasión del robo si el homicidio es para el delincuente una manera de lograr su seguridad o impunidad (se mata al robar)

En este sentido, cometería homicidio con motivo del robo, por ejemplo, quien al identificar a la víctima del robo, decide dispararle para darle muerte para proceder a sustraerle sus pertenencias.

Asimismo, cometería homicidio con ocasión del robo, por ejemplo, quien luego de obtener la entrega de las especies por parte de la víctima, le dispara para evitar ser seguido o denunciado por ésta.

En cuanto al homicidio, la doctrina mayoritaria considera que se incluye en la figura de robo con homicidio tanto el homicidio simple como el calificado.

En cuanto a la culpabilidad, respecto del homicidio es necesaria la presencia de dolo, aunque sea en su forma de dolo eventual.

b) Robo con violación:

Como sabemos la violación consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal en contra de varón o mujer en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 361 del CP.

Como se podrá apreciar, dada la naturaleza del delito de violación, difícilmente puede concebirse un caso en que éste delito sea cometido con motivo del robo, es decir, en conexión de medio a fin con la apropiación, por lo que sólo resta la hipótesis de que se cometa con ocasión del robo.[34]

c) Robo con mutilación o lesiones gravísimas.

Aquí se comprende tanto la castración, como las mutilaciones del artículo 396 y las lesiones gravísimas del artículo 397 número 1 del CP. Las mutilaciones requieren ser realizadas con dolo directo, mientras que las lesiones gravísimas pueden ser realizadas con dolo directo o eventual[35].

[34] Etcheberry Alfredo, Op. cit., pp. 343
[35] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 371

4.2.2. Figuras calificadas menos graves del robo con violencia o intimidación del numeral 2 del artículo 433 del CP.

Las hipótesis del numeral segundo del artículo 433 del CP., sancionan con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo al autor de robo con violencia o intimidación en los siguientes casos:

a) Cuando la víctima del robo es retenida por los malhechores bajo rescate, esto es, bajo la exigencia de un precio para devolverle la libertad; o por más de un día aunque no se le exija rescate.

b) Que el ofendido por el delito sufra lesiones graves de las señaladas en el artículo 397 número 2 del CP., esto es, las que causan enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de 30 días.

CLASE 08

4.3. Robo por sorpresa.

Conforme lo dispone el artículo 436 inciso segundo del CP., se considerará como robo y se castigará con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo (541 días a 5 años) la apropiación de dinero, alhajas, ropas u otos objetos 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.

Como señala Labatut, este delito se ubica en un lugar intermedio entre el robo y el hurto, tanto en lo referente a las características de su comisión, como a la pena que la ley le asigna.

Siguiendo a Politoff, en este delito el bien jurídico protegido no solo es el patrimonio, sino también la seguridad de las personas, que se puede ver afectada, especialmente, cuando se trata de sustracción de objetos que portan consigo. (por ejemplo, el caso de un sujeto que se acerca a una mujer y tira violentamente los aros que portaba, dejando dañadas sus orejas).

4.3.1. Conducta.

La norma del artículo 436 inciso segundo dispone la existencia de dos tipos de conducta que pueden configurar este delito:

a) Sustraer por medio de sorpresa:

Debemos entender por sorpresa el arrebato repentino, súbito e imprevisto de una cosa que lleva consigo la víctima, lo que le priva a ésta, toda posibilidad de repelerlo[36]. En efecto, el sujeto activo actúa de manera tal que su víctima se ve impedida de reaccionar oportunamente para evitar la sustracción. Como se puede apreciar, el presente caso cubre los llamados lanzazos, en que el delincuente se acerca a su víctima y repentinamente toma su cartera, sus joyas u otros objetos que ésta porte para luego huir del lugar.

b) Sustraer aparentando riñas o haciendo maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.

En este caso el estado de debilitamiento de la defensa de la víctima, no se logra por la rapidez o habilidad del malhechor (como en el caso anterior), sino por la distracción de la víctima o por la dificultad que ésta tiene para vigilar y proteger sus pertenencias debido a la aglomeración.[37]

Según Politoff, en cuanto a la culpabilidad se requiere el dolo necesario para actuar por sorpresa o aparentar riñas o hacer otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión.[38]

Realice ejercicios nº 14 al 18

5. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DELITOS DE ROBO Y HURTO

Se trata de un conjunto de disposiciones contenidas en el Nº 5 del titulo IX del libro segundo del CP., que tratan diversas materias dirigidas a reglamentar situaciones inherentes a estos delitos[39], tales como el iter criminis, la autoría, el objeto material del delito y circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Sobre este punto, Politoff, Matus y Ramírez coinciden, en el sentido de que estas disposiciones reflejan los vaivenes del legislador en la materia, cada vez más celoso y dispuesto a sancionar con la mayor severidad posible esta clase de delitos, lo que muchas

[36]Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 377
[37] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp. 346.
[38]Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 378
[39] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 246.

veces lleva a paradojas punitivas insostenibles, como la sobrevaloración que los delitos de hurto o robo pueden llegar a tener frente a los delitos contra las personas, situación de difícil justificación racional.[40] Sobre este punto, cabe recordar la penalidad asignada, especialmente a los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia, en comparación con la penalidad del homicidio simple.

En cuanto a las disposiciones comunes a que hacemos referencia, nuestro estudio se concentrará en el iter críminis, concursos y participación criminal, y circunstancias agravantes y atenuantes.

5.1. En cuanto al iter críminis.

El artículo 450 del CP., establece que los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, en los de robo por sorpresa, en el de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias, se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa. Lo que implica en la práctica una equiparación de la pena en estos delitos al grado de consumados, aun cuando sólo hayan llegado al grado de tentativa.

Conforme establece el artículo 7 del CP., son punibles no sólo el crimen o simple delito consumado, sino también el frustrado y tentado. El inciso tercero de la misma norma señala que hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Es decir, en la tentativa, el autor da inicio a la ejecución del delito, pero no da término al mismo por lo que el delito no se llega a consumar.

Es necesario, además, tener presente lo dispuesto en el artículo 444 del CP., donde se presume autor de tentativa de robo al que se introdujere con forado, fractura, escalamiento, uso de llave falsa o de llave verdadera substraída o de ganzúas en algún aposento, casa, edificio habitado o destinado a la habitación o sus dependencias.

Sobre esta norma cabe señalar, como se desprende de su sola lectura, que su aplicación puede implicar la asignación de penas no del todo justas. En efecto, será castigado con la misma pena el sujeto que ingresa a un lugar habitado por escalamiento y sustrae especies desde su interior; que el sujeto que salta la reja de una casa para robar en su interior y luego se arrepiente y huye del lugar. En este caso el arrepentimiento del sujeto activo no implica para el hechor ningún beneficio en cuanto a la aplicación de la pena.

[40] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 379

5.2. Reglas concursales.

a) El artículo 453 del CP.,

Esta norma señala que cuando se reunieren en un hecho varias de las circunstancias que podrían calificarlo al mismo tiempo de hurto, hurto agravado, robo con fuerza o robo con violencia o intimidación, sólo se aplica la pena que corresponda al delito más grave, pudiendo el tribunal aumentarla en un grado.

La disposición plantea la alternativa de que en un hecho delictivo concurran coetáneamente diversas circunstancias calificantes, por ejemplo, se realiza con escalamiento de una casa habitación (fuerza en las cosas) y además lesionando a su propietario (violencia en las personas). En este caso se prefiere la pena de la segunda (violencia en las personas), porque tiene asignada una pena más alta, la que a su vez se puede aumentar en un grado.[41]

b) Reiteración de hurtos (artículo 451 CP):

Se refiere al concurso real de delitos de la misma especie, es decir, la comisión de varios delitos. En este caso, una vez determinada la pena que se impondrá en conformidad al artículo 451 del CP., todavía es posible aumentarla en un grado en caso de concurrir las circunstancias del artículo 447 del CP[42].

5.3. Participación en el delito.

Existen algunas reglas referentes a la participación en el delito, relativas a la presunción de autoría y al delito de receptación, para nuestro estudio, nos referiremos sólo a la primera.

a) Presunción de autoría del artículo 454 del CP.

Se presume autor de hurto o robo de una cosa a aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario.

Se trata de una presunción simplemente legal (que puede desvirtuarse con prueba en contrario) e implica que si se encuentra acreditada la existencia de un robo o un hurto y la tenencia de la cosa hurtada o robada en poder de un tercero que tiene antecedentes por delitos similares, puede deducirse que ese tercero es el autor del delito. Por el contrario si

[41] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 254
[42] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 380

ese tercero prueba la legítima adquisición de las especies o tiene irreprochable conducta anterior, puede deducirse que no es el autor del delito[43].

CLASE 09

5.4. Reglas relativas a circunstancias atenuantes:

a) El arrepentimiento eficaz del artículo 456 del CP

El artículo 456 del CP., establece que si antes de perseguir al responsable o antes de decretar su prisión devolviere voluntariamente la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 y 434 del CP (figuras calificadas de robo con violencia o intimidación en las personas y actos de piratería), se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito. Asimismo, nada obsta a que el arrepentimiento eficaz implique además la aplicación de la circunstancia atenuante general del artículo 11 Nº 7 del CP. (reparación celosa del mal causado).

Para que opere esta atenuante es necesario: devolver la cosa hurtada o robada en forma voluntaria y de manera oportuna, esto es, antes de perseguir al imputado (perseguir su responsabilidad criminal) o antes de la formalización de la investigación en su contra.

5.5. Reglas relativas a circunstancias agravantes.

a) Cometer el delito en lugar que favorezca la impunidad (456 bis Nº 1)

Se agravan los delitos de robo y hurto si se cometen en lugares que por cualquier condición favorezcan la impunidad, entre ellos, los sitios oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o sin vigilancia policial.

b) Ser la víctima niño, anciano, inválido o persona en manifiesto estado de inferioridad física.

Esta circunstancia abarca prácticamente a todas aquellas personas que no están en condiciones de afrontar al delincuente. Según la doctrina, quedan comprendidas dentro de estas personas las que se encuentren en estado de ebriedad.[44]

[43] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 382
[44] Labatut Gustavo, Op. cit. pp. 217

c) Ser dos o más los malhechores[45].

Sobre este punto, cabe mencionar que en el caso del robo con intimidación, esta agravante no es aplicable si la intimidación efectuada sobre la víctima se produce precisamente por el hecho de ser dos o más los malhechores, dado el principio de que no se puede castigar dos veces por el mismo hecho (non bis in idem). Por ejemplo, si la victima de un robo con intimidación fue precisamente intimidada en razón del número de los delincuentes que la asaltaban, esta misma circunstancia no se puede considerar igualmente para agravar la pena asignada al delito. Tendría aplicación la agravante, en cambio, si aun siendo varios los delincuentes, la intimidación en la víctima tuvo su origen no en el número de sujetos, sino en el arma de fuego con que uno de ellos la amenazó.

d) Ejercer la violencia en las personas que intervengan en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito.

En este sentido, no se aplicaría la agravante si las personas que acuden en auxilio de la víctima, resulten con lesiones o sean víctimas de homicidio.

e) Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el artículo 10 Nº 1.

Esto es, servirse de personas enajenadas mentales, o privados totalmente de razón por causas ajenas a su voluntad como los hipnotizadores que se valen de su arte para hacer cometer hurtos o robos, los que serán siempre considerados autores, y su delito se considera revestido de esta circunstancia agravante.[46]

f) Premeditación o alevosía.

El artículo 456 bis señala que en caso de haberse ejercido violencia sobre las personas, serán aplicables las circunstancias agravantes de los numerales 1 y 5 del artículo 12 del CP., esto es, premeditación o alevosía.

Realice ejercicios nº 19 al 20

[45] Se han suscitado dudas acerca del alcance de la expresión “malhechores” utilizada en la norma, pues un sector de la doctrina ha considerado que aquella expresión implicaba que la calidad de malhechor implicaba que el sujeto haya cometido con anterioridad crímenes o simples delitos, lo que excluiría a quienes no habían delinquido con anterioridad. No obstante, actualmente dicha disputa perece estar superada considerándose que el término malhechor, sólo implica pluralidad de sujetos, siendo indiferente la circunstancia de que haya cometido previamente otro crimen o simple delito.
[46] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 366

6. LOS DELITOS DE ENRIQUECIMIENTO POR DEFRAUDACION: LAS ESTAFAS

La estafa está concebida en el CP., como una forma de engaño, pero no todo engaño constituye una estafa, como veremos más adelante.

Nuestro estudio en el presente título, se centrará en el delito de estafa propiamente tal y en algunas figuras especiales de estafa señaladas en la ley como la estafa calificada, el fraude en la entrega, estafa con causa ilícita, apropiación indebida y celebración de contratos simulados.

6.1. La figura básica de estafa.

6.1.1. Bien jurídico protegido.

En la figura de la estafa el bien jurídico protegido, según la doctrina no sería la propiedad en el sentido que se le atribuye en los delitos de hurto y robo, donde la acción criminal recae sobre un objeto material preciso respecto del cual la víctima tiene una relación jurídica que es directamente afectada por el delito.[47]

Aquí, el bien jurídico protegido sería más bien el patrimonio como una universalidad, entendiendo como patrimonio al conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder de disposición de una persona, siempre que ese poder se encuentre jurídicamente protegido.[48]

6.1. 2. Tipicidad.

A) Los sujetos.

La determinación del sujeto activo de este delito parece ser irrelevante. En cuanto al sujeto pasivo o víctima, esta puede ser tanto una persona natural o jurídica, de derecho público o privado e incluso potencias extranjeras, en la medida que sean competentes los tribunales chilenos para conocer del delito.[49]

[47] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 414
[48] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 416
[49] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 420

B) Elementos objetivos del tipo.

El artículo 473 del CP., dispone que el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimo a multa de once a 20 unidades tributarias mensuales.

Como se puede apreciar, en este delito el legislador nuevamente señala primeramente los casos de estafas más graves para establecer finalmente, como una figura residual, la figura básica del artículo en comento.

Pese a la simpleza de los términos en que la norma se encuentra redactada, comprende los elementos de engaño y perjuicio.

Por engañar, según lo señala el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende dar a la mentira apariencia de verdad e inducir a otro a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes o fingidas.

En el perjuicio importa la representación de un hecho que realiza o afecta al perjudicado, a través de una disposición patrimonial (entregar algo, perder algo, o dejar de ganar algo) que es provocado por otro, y que tiene como resultado una pérdida patrimonial avaluable en dinero ,es decir, un perjuicio patrimonial.[50]

De lo señalado precedentemente, se desprenden los elementos objetivos de esta figura que son:

- El engaño;
- El error que ese engaño produce a la víctima;
- La disposición patrimonial que provoca el autor del delito en la víctima a través del engaño; y
- El perjuicio patrimonial producido en la víctima.

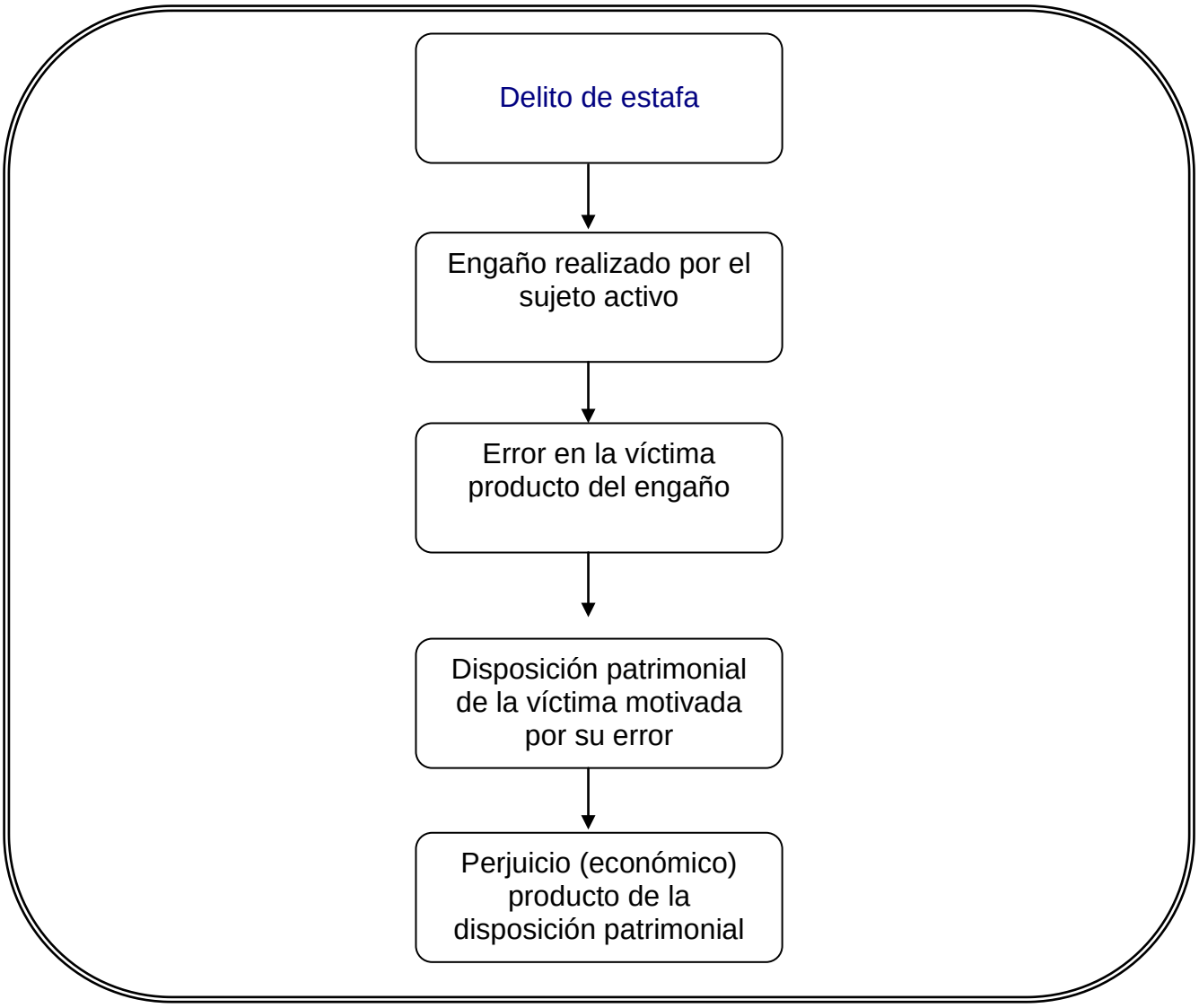
Los elementos antes mencionados se encuentran entrelazados en la configuración del tipo penal de estafa, de modo que el sujeto activo realiza un engaño, que produce en la víctima un error, el que lleva a la víctima a efectuar una disposición patrimonial, la que finalmente le provoca un perjuicio.

Así, no habrá delito de estafa si el engaño no induce a error, o si ese error no induce a realizar a la víctima una disposición patrimonial, o si esa disposición patrimonial no produce perjuicio.

[50] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 418

CLASE 10

Cuadro Nº 6: Elementos Objetivos del Delito de Estafa



De lo anterior fluye que la relación de causalidad que debe existir entre la acción (engañar) y el resultado (perjuicio patrimonial) es mucho más extensa que en el resto de los delitos, pues el nexo causal debe incluir además el error y la disposición patrimonial.

B.1. La conducta. El engaño.

Entenderemos por engaño (sin perjuicio del concepto dado por el diccionario), cualquier conducta que influyendo en la representación intelectual de otro, le conduzca a una falsa idea de la realidad o lo mantenga en ella[51].

El engaño, como elemento característico del delito de estafa, permite diferenciarlo de otros delitos contra la propiedad o el patrimonio, pues el que estafa valiéndose de un engaño, se hace entregar voluntariamente la cosa por la víctima, a diferencia de lo que ocurre en el robo o en el hurto donde el sujeto activo se apropia de la cosa sin la voluntad de su dueño. Otra diferencia entre la estafa y los delitos mencionados radica en que la estafa puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles[52]

a) Formas del engaño.

El engaño, siguiendo a Politoff, se puede llevar a cabo a través de tres formas: la simulación expresa; el engaño por actos concluyentes y el engaño por omisión de quien está en la obligación de declarar la verdad

- La simulación expresa consiste en aparentar un hecho respaldándolo con una afirmación mendaz[53].

- El engaño que se basa en actos concluyentes, es decir, el que se basa en aparentar un hecho respaldándolo no necesariamente en afirmaciones mendaces, sino aun verdaderas, pero realizando conductas que lleven al engañado a un error[54].

- El engaño que se basa en una omisión de quien está en obligación de declarar la verdad. A diferencia de los dos casos anteriores, se trata de un engaño por omisión, por lo que sólo puede cometer estafa por esta forma de engaño quien esté obligado a decir la verdad para sacar de un error a otro (por ejemplo, el caos de quien solicita un crédito a una casa comercial presentando una liquidación de sueldo, pero omitiendo señalar que su contrato ya está terminado)[55]

[51] Cramer, Schönke, Schröder en Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 424
[52] Labatut Gustavo, Op. cit. pp. 225
[53] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 424
[54] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 424
[55] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 425

b) Idoneidad del engaño.

No todo engaño es susceptible de generar el elemento objetivo constitutivo del delito de estafa, sino que, siguiendo a Labatut, debe reunir dos condiciones:

- Que sea fraudulento: es decir, que el engaño actúe como causa determinante del error en virtud del cual la víctima realiza la prestación que representa el objeto material del delito.

- Que sea serio y capaz: es decir, suficiente para mover la voluntad de una persona normal. La investigación de idoneidad del engaño se debe realizar con criterio objetivo y subjetivo, considerando no sólo la naturaleza del engaño, sino también las condiciones personales del engañado[56].

La simple mentira, en principio, no es constitutiva de engaño, pero puede llegar a serlo si en el caso concreto ésta era apta para inducir a error a la persona a quien se dirige el mensaje que contiene dicha mentira, un ejemplo claro de ello lo puede constituir las palabras de un sacerdote o un médico[57].

B.2. El error, efecto del engaño.

El error en el delito de estafa es consecuencia directa del engaño de que a sido objeto la víctima a través de la acción engañosa que lo ha llevado a una falsa representación de la realidad.

Se discute si la ignorancia de los hechos es o no equiparable al error. Según Etcheverry, la ignorancia de hechos puede constituir error, siempre que ella haya sido provocada por la simulación del sujeto activo[58].

En cuanto al momento en que el error debe producirse, por regla general el error se produce por la acción engañosa, la excepción la constituye el engaño por omisión, donde el error es anterior a la acción engañosa, la que sólo contribuye a mantener a la víctima en su error omitiendo declarar la verdad.

[56] Labatut Gustavo, Op. cit. pp. 226
[57] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 431
[58] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp. 396

B.3. La disposición patrimonial.

Por motivo del error, el engañado debe realizar una disposición patrimonial, de manera que, así como el engaño que no induce a error no puede constituir fraude, igualmente, el error que no provoca una disposición patrimonial en la víctima, tampoco lo constituye[59].

La disposición patrimonial es el hecho material que del engañado obtiene el estafador. Según Etcheberry, disposición patrimonial consiste en el acto de voluntad por el cual el sujeto pasivo (víctima), provoca, activa o pasivamente una disminución de su patrimonio. Generalmente se trata de la entrega de dinero o de otro tipo de cosas, pero ello no es esencial, pues, puede tratarse de adquirir un compromiso, como aceptar una letra de cambio, o de renunciar a un crédito, o de una simple omisión, como no reclamar de un derecho dentro del plazo legal.[60]

Cabe señalar sobre os puntos señalados recientemente, que el patrimonio de una persona no sólo se menoscaba por la salida de bienes físicos, sino por la salida de derechos, por el no ingreso de bienes o derechos que han debido ingresar a él y por la adquisición de obligaciones o compromisos, aunque no se haya efectuado todavía, la prestación respectiva[61].

B.4. El perjuicio.

La disposición patrimonial debe producir un perjuicio al que sufre el engaño o a un tercero que se constituye en sujeto pasivo del delito, puesto que no necesariamente el engañado es igualmente el sujeto pasivo del delito. Por ejemplo, el caso del guardarropa que entrega el abrigo a un tercero que se hace pasar por su dueño. En este caso el guardarropa es el sujeto pasivo de la acción, y el dueño del abrigo será el sujeto pasivo del delito[62].

El perjuicio importa un detrimento efectivo en el patrimonio, una pérdida apreciable pecuniariamente, por tanto, habría estafa si se vende un computador clonado al precio de uno original; pero no habría estafa cuando el mismo computador se vende no al precio de uno original sino al precio menor de un clon.[63]

---

[59] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 329
[60] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp. 398
[61] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp. 399
[62] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 330
[63] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 434

6.1.3. Antijuridicidad.

En cuanto a la antijuridicidad, no existen en esta materia particulares causales de justificación que pudieren incidir en que la conducta típica no sea antijurídica.

6.1.4. Culpabilidad.

Según la doctrina dominante el delito de estafa admite sólo el dolo directo el que debe cubrir todos los elementos típicos, es decir, engaño, error, disposición patrimonial, perjuicio y relación de causalidad entre todos ellos[64].

No obstante, según Politoff, nada en la norma parece excluir la posibilidad de que este delito se pueda cometer con dolo eventual. En todo caso es claro que no existe la estafa culposa.

Realice ejercicios nº 21 al 24

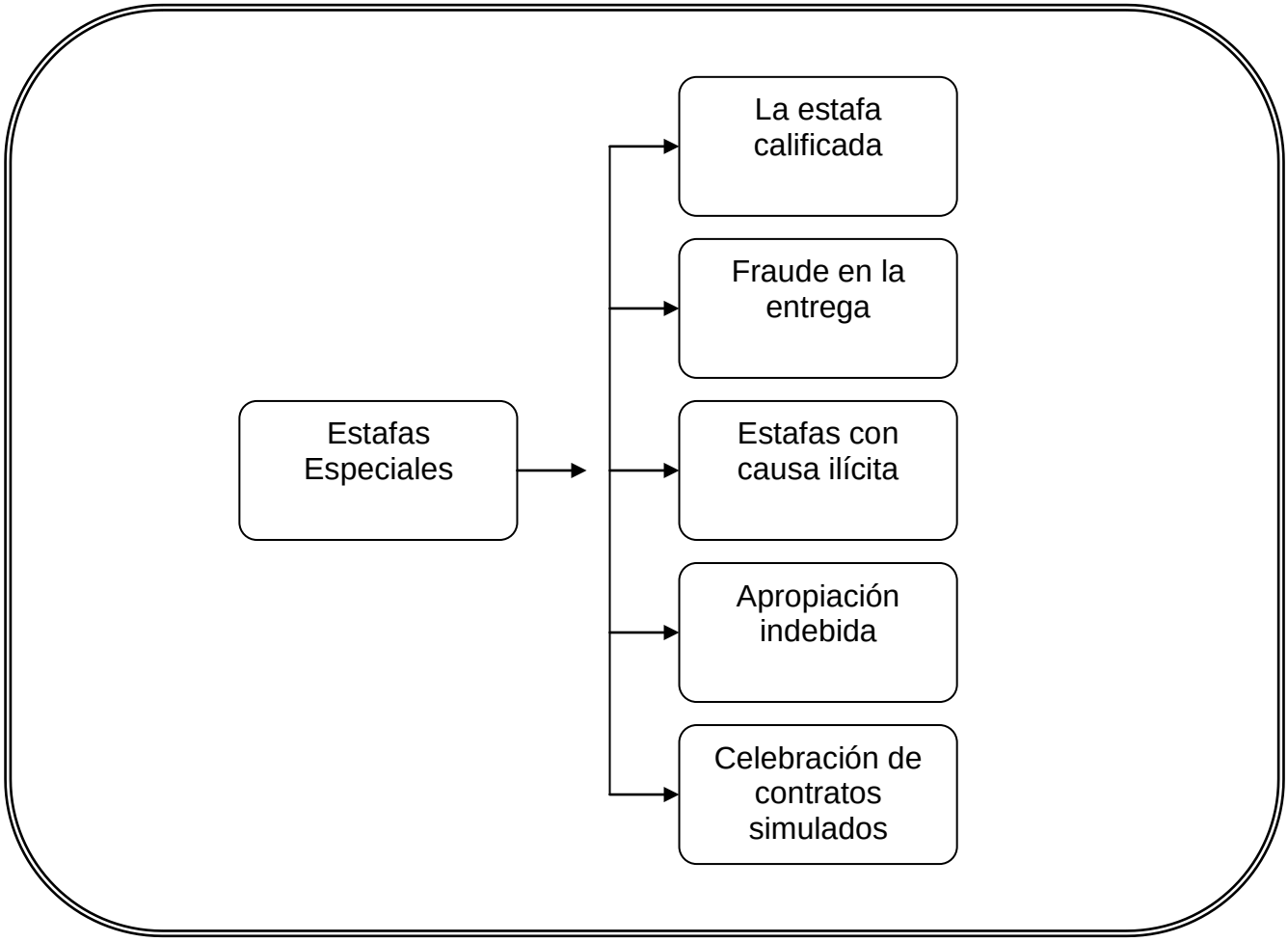
CLASE 11

7. ESTAFAS ESPECIALES

La estafa antes estudiada corresponde a la figura básica de la misma, pues, como lo adelantamos en su oportunidad existen otros tipos de estafa que estudiaremos a continuación.

[64] Esto implica el conocimiento y la voluntad del sujeto activo de engañar, de producir error, de provocar una disposición patrimonial y un perjuicio.

Cuadro Nº 7: Estafas Especiales



7.1. La Estafa Calificada.

El artículo 468 del CP., establece que incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o créditos supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante.

La alusión al artículo 467 dice relación con la pena asignada al delito, las que se encuentran establecidas en relación al monto de lo defraudado.

La doctrina ve en la presente disposición, la necesidad de crear una apariencia o puesta en escena, como forma de engaño, sin perjuicio de que además deben concurrir los elementos objetivos de la estafa, estudiados en la figura anterior.

Según Politoff[65], este sería el único tipo de estafa especial en que se precisaría un ardid, el que en el caso del uso de nombre fingido consistiría en una apariencia de verosimilitud que es capaz de determinar en la víctima una prestación.

En cuanto al hecho de aparentar bienes, crédito, negociación imaginaria, comisión o empresa, el elemento común es el de aparentar, es decir, hacer aparecer como cierto algo que no lo es, de tal manera que el sujeto pasivo se crea falsa representación sobre su existencia.

En cuanto a la atribución de poder, influencia o crédito supuesto, entendemos por atribuir, el señalar o asignar una cosa a alguien como de su competencia.

Finalmente, al usar la norma la expresión "usar cualquier otro engaño semejante", abre la posibilidad a otras hipótesis que se pueden aparentar, como edad, título, cualidades personales, etc.[66]

7.2. Fraude en la entrega.

El artículo 467 del CP., dispone que el que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio será penado:

- Con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

- Con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta.

- Con presidio menor en su grado mínimo y multa de cinco unidades tributarias mensuales si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro.

- Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

[65] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 444
[66] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 445

Las penas señaladas para este delito dicen relación con el monto de la defraudación y se trata de una pena compuesta, pues es castigado con presidio y multa.

Por su parte, el artículo 469 Nº 1 y 2, pormenoriza formas especiales y calificadas de entrega fraudulenta:

Artículo 469: Se impondrá respectivamente el máximum de las penas señaladas en el artículo 467. Es decir, se trata de un fraude en la entrega agravado.

- Nº 1. A los plateros y joyeros que cometieren defraudaciones alterando en su calidad, ley o peso los objetos relativos a su arte o comercio. En este caso el engaño se satisface con la sola declaración del platero o joyero, que falta a la buena fe depositada en su arte sin que sea exigible al público una verificación efectiva de lo que recibe.

- Nº 2. A los traficantes que defraudaren usando de pesos o medidas falsos en el despacho de los objetos de su tráfico. Al igual que en el caso anterior, los clientes se encuentran en una desventaja con respecto al comerciante, pues difícilmente podrán constatar la exactitud de lo que se les pesa o mide, debiendo hacer fe de sus solas palabras.

a) Tipicidad en la figura básica.

a.1) La conducta.

La conducta consiste en defraudar a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio. Para ello, bastaría que por medio de la declaración del sujeto activo se diera lo malo por bueno o lo deficiente por completo, siempre que el sujeto pasivo no esté en condiciones de impedir ese engaño. De allí que pueda afirmarse que esta figura no es un mero incumplimiento de contrato, sino engaño acerca de la cantidad, calidad o sustancia de la cosa que se entrega.[67]

Como se desprende del tipo penal, este tipo de fraude requiere la existencia de un título, un acto jurídico válido que haga nacer en un sujeto la obligación de entregar una cosa determinada.

En cuanto a la culpabilidad, esta figura, según Garrido Montt, requiere dolo directo, puesto que el agente debe actuar conociendo las anomalías de lo que entrega en relación a lo que debe. El dolo eventual no tiene cabida en este delito.

[67] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 446

CLASE 12

7.3. Estafas con causa ilícita. Artículos 469 Nº 5 y 470 N 7 del CP.

El artículo 469 Nº 5 del Código Penal castiga con el máximum de las penas del artículo 467 a los que cometieren defraudación con pretexto de supuestas remuneraciones a empleados públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

Se trata de una figura calificada en razón del daño que significa para el prestigio de la administración pública[68]. Se sanciona una forma especial de engañar, que constituye una figura agravada de estafa que como tal afecta al patrimonio, pero que, al mismo tiempo, puede afectar a otro bien jurídico, distinto al recién señalado, como es el honor de un tercero: empleado público[69].

El comportamiento prohibido consiste en defraudar, de manera que en esencia constituye una estafa, porque lo reprimido es la actividad destinada a engañar a otro causándole un perjuicio patrimonial. Pero exige una modalidad especial de ejecución que consiste en suponer o aparentar que se remunera a un empleado público para que realice o se abstenga de hacer algo que queda en la órbita de sus funciones.

Se simula ese pago indebido para obtener la prestación pertinente de la persona engañada, que entrega el dinero necesario y que normalmente irá en beneficio del estafador (por ejemplo, el abogado que solicita a su cliente una cantidad de dinero con el falso pretexto de que la entregará al juez para obtener una sentencia en un sentido determinado, y que aprovecha en su propio beneficio). Conducta que afectará al patrimonio del engañado y también a la dignidad del empleado a quien falsamente se le atribuye cohecho; por ello, la disposición deja a salvo la acción por el delito de calumnia a favor de éste último[70].

- El artículo 470 Nº 7 del CP., sanciona con las penas del artículo 467, sin agravar, a los que en el juego se valieren de fraude para asegurar la suerte.

El tipo objetivo hace referencia a la actividad desarrollada con motivo de un juego, actividad que debe tener por objeto engañar a los demás jugadores con un ardid de cualquier naturaleza, siempre que esté dirigido a eliminar el azar, garantizar el resultado en beneficio de algún o algunos jugadores, en perjuicio de los restantes. Se trata de un delito de resultado de manera que se perfecciona con el perjuicio real sufrido por terceros, no siendo suficiente la simple ejecución de la actividad engañosa[71].

[68] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp. 414
[69] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 351
[70] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 352
[71] Garrido Montt Mario, Op. cit. pp. 356

Tratándose el juego en si mismo de una actividad prohibida en general conforme lo dispone el artículo 1466 del Código Civil, la acción criminal que se concede, hace excepción a la regla de que lo dado o pagado por causa u objeto ilícito no puede recuperarse[72].

7.4. Apropiación indebida.

El artículo 470 Nº 1 del CP., dispone que: Las penas del artículo 467 se aplicarán también

Nº 1. 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.

En cuanto a la prueba del depósito, en el caso a que se refiere el artículo 2217 del Código Civil, se observará lo que en dicho artículo se dispone.

Pese a que a esta figura se le aplican las penas de la estafa, existen importantes diferencias entre ambas, en efecto, en la estafa el elemento característico es el engaño, mientras que en la apropiación indebida lo es el abuso de confianza, pues el dolo surge con posterioridad a la entrega. Asimismo, la estafa recae indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles, mientras que la apropiación indebida recae sólo sobre bienes muebles[73].

El bien jurídico lesionado por la apropiación indebida es el derecho personal de la víctima a la restitución o al uso determinado de la cosa, obligaciones que pesan sobre el hechor y que éste quebrantó violando así la confianza depositada en él[74].

La conducta consiste en la apropiación o distracción que realiza el sujeto activo de la o las especies que él mismo detentaba y que tenía la obligación de restituir.

Según Labatut, el término distracción debe ser entendido en el sentido de aplicar la cosa, con ánimo de dueño y con intención de reponer, a usos propios o ajenos. Garrido Montt define el término distracción como el hecho de dar a la cosa un uso o destino diferentes de los que le están asignados.

Siguiendo a Labatut, hay que tener presente que el simple retardo en la devolución de la cosa, reconociendo dominio ajeno, no configura este delito.

---

[72] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 448
[73] Labatut Gustavo, Op. cit. pp.234.
[74] Labatut Gustavo, Op. cit. pp. 234

El perjuicio como elemento del delito está expresamente exigido en el texto legal, por lo que de no existir perjuicio para la víctima, no se configura el tipo penal, aunque se haya producido la conducta apropiatoria o distractoria por parte del sujeto activo.

7.5. Celebración de contratos simulados.

El Código Penal en su artículo 471 Nº 2 señala que será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos a multa de once a veinte unidades tributarias mensuales:

Nº 2. El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado: Aun cuando la expresión contrato simulado pudiere hacer pensar en los fraudes por engaño, la verdad en la figura no precisa, necesariamente, de engañar a nadie. Se trata sólo de crear una apariencia de negocio jurídico que en la realidad no existe o que es diferente. Pero las partes no buscan provocar un error en nadie en particular, ni determinar a través de ello una disposición patrimonial, pues sólo se busca la creación de un aparato externo que justifique una situación que se desea mantener oculta o cuyos efectos se quieren evitar[75].

El bien jurídico protegido en este delito son los derechos patrimoniales estimables en dinero que pueden ser defraudados mediante la conducta penalmente sancionada.

La defraudación consiste en celebrar un contrato mendaz, cuyo contenido declarado difiere de la verdadera voluntad de los contratantes, capaz de inducir a error a otro desconocedor de esa verdadera voluntad, y de provocarle un perjuicio[76].

Puesto que la simulación contractual no es en si misma ilícita, la ley ha puesto como condición objetiva de punibilidad la efectiva producción de un perjuicio patrimonial en otro[77]. Este perjuicio debe consistir en la lesión de un derecho efectivamente existente, real o personal, de que es titular un tercero, debiendo derivar el perjuicio de la precisa circunstancia de ser simulado el contrato.

En cuanto a la culpabilidad, la simulación contractual requiere dolo directo, y tratándose la celebración de un contrato de un acto en que intervienen a lo menos dos personas, los contratantes comparten la calidad de coautores del delito y si uno de ellos es también engañado, y por tanto no ha otorgado el contrato, el delito se transformaría en estafa.

Realice ejercicios nº 25 al 30

[75] Etcheberry Alfredo, Op. cit. pp. 442
[76] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 462
[77] Politoff Sergio, Matus Jean Pierre, Ramírez Maria Cecilia, Op. cit., pp. 463