



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales.

ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE EL DELITO DE INCESTO.

Proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia
Del Código Penal y sus Leyes Complementarias.

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

AUTOR JORGE RODRIGO PINEDA JIMÉNEZ.
PROFESOR GUÍA: JEAN PIERRE MATUS ACUÑA.

Santiago, Chile
2012

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	1
I. CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA DE LA LEY EN RELACION AL DELITO DE INCESTO.	
1. Origen de la figura.	3
1.1. Código Penal 1874	5
1.2. Reforma Ley 19.617	6
1.2.1. Reforma al delito de incesto	7
1.2.2. Primer Trámite Constitucional	8
1.2.3. Segundo Trámite Constitucional	11
1.2.4. Tercer Trámite Constitucional Comisión Mixta. Fórmula final	13
II. CAPÍTULO SEGUNDO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE INCESTO.	
2.1. Nociones sobre el concepto de bien jurídico	14
2.2. Posturas de la doctrina respecto del bien jurídico protegido	
en el delito de incesto	15

2.2.1. Libertad e Indemnidad Sexual.	18
2.2.2. Moral y Buenas Costumbres	20
2.2.3. Orden de las Familias	21

III. CAPÍTULO TERCERO: TIPICIDAD Y CULPABILIDAD.

3.1. Sujetos	24
3.1.1. Parentesco	26
3.2. La conducta incestuosa	30
3.3. El dolo en el delito de incesto	35
3.3.1. Error	37

IV. CAPÍTULO CUARTO: ITER CRIMINIS, PARTICIPACIÓN Y CONCURSOS.

4.1. Iter criminis	39
4.1.1. Tentativa.	39
4.1.2. Frustración	41
4.1.3. Consumación	41
4.2. Participación Criminal	42
4.2.1. Autor	42
4.2.2. Cómplice	46

4.2.3. Encubridor	48
4.2.4. Participación de terceros	49
4.3. Concursos	51
4.3.1 Nociones de teoría concursal	51
4.3.2 Incesto y violación	52
4.3.3. Incesto y estupro	54
4.4. Delito continuado.	55
V. CONCLUSIONES	57
VI. BIBLIOGRAFÍA.	61
VII. ANEXOS.	65

-Fichas análisis de sentencias Corte Suprema de Chile 2003-2010. Revista Fallos del Mes.

- Fichas análisis de sentencias Corte Suprema de Chile 1995. Revista Gaceta Jurídica.

INTRODUCCIÓN.

El Repertorio de Legislación y Jurisprudencia, es una herramienta importante para el desarrollo práctico del derecho, es por ello, que resulta fundamental mantener dicho instrumento actualizado, según los criterios jurisprudenciales de vanguardia.

El objetivo principal de esta obra, es la recopilación de dichos parámetros, contenidos en las sentencias relevantes de los máximos tribunales de nuestro país; específicamente la Corte Suprema de Justicia y algunas Cortes de Apelaciones. Las fuentes analizadas para este trabajo, fueron la Revista Fallos del Mes entre los años 2003 al 2010 y la Gaceta Jurídica del año 1995, totalizando en conjunto cerca de 500 sentencias de las cuales se seleccionaron alrededor de 120.

Los aportes jurídicos de las sentencias, se exponen en fichas individuales, clasificadas según la norma penal relacionada. Para efectos de enriquecer la contribución académica de la presente obra, se agrega, además un trabajo monográfico respecto de un delito en particular, cuya elección correspondió al tesista de manera individual.

La monografía versa, en este caso, sobre el tipo penal de incesto, previsto y sancionado en el artículo 375 del Código Penal dentro del Título VII, denominado “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, Contra la Moralidad Pública y Contra la Integridad Sexual”.

El interés en este tema radica en la existencia de una rica discusión doctrinaria de antigua data, suscitada por la agrupación de figuras del título VII, en particular el incesto, debido a los cuestionamientos que existen en relación a su fundamento punitivo. Esta discusión se vio revitalizada, tras la reforma presentada por el gobierno de Patricio Aylwin Azocar en 1993, promulgada en 1999, reforma que consistió en el aumento de penas, además de la especificación y creación de nuevas conductas típicas, todo con el objeto de adecuar la legislación criminal a la nueva realidad social.

Algunos autores, que analizaremos en esta obra, han expuesto que el delito de incesto es una figura que ha sido modificada de manera tangencial, ya que, no ha sufrido mayores cambios dentro de su estructura, quedando por ello, rezagada en relación al resto de los delitos de la misma sección. Los autores que adscriben a esta postura, cuestionan el objeto de protección de la conducta, entre otras variables relevantes, a la hora de analizar su aplicación efectiva al caso concreto, argumentando para ello, que una figura de este tipo no se condice con el tipo de sociedad actual.

Debido a la divergencia de criterios, urge realizar un análisis de los parámetros actuales, bajo los cuales tanto la doctrina y la jurisprudencia analizan esta figura, para así contribuir, en la medida de lo posible, a su aplicación efectiva mediante la claridad y la certeza de la conducta que se busca reprochar penalmente.

El trabajo global se estructura en dos acápites. En el primero, se encuentra el trabajo monográfico respecto de la figura ya comentada, que a su vez se divide en cuatro diferentes capítulos, que tratan aspectos básicos para la comprensión del delito, incorporando también algunos de los puntos que implican mayor debate tales como; la determinación de la conducta y el bien jurídico protegido, finalizando con las principales conclusiones de la investigación.

En el segundo acápite, en el marco de los anexos del trabajo, se exponen los extractos de las sentencias analizadas para la actualización del repertorio, seleccionados según el aporte que, a juicio del tesista, realizan al mundo de la práctica del Derecho Penal.

I. CAPÍTULO PRIMERO: HISTORIA DE LA LEY EN RELACION AL DELITO DE INCESTO.

1.- Origen de la Figura.

Para la comprensión efectiva de una norma jurídica, es fundamental conocer la historia fidedigna de su establecimiento. La historia de una norma es sin duda, una fuente donde el intérprete encontrará información de gran valor, que dice relación con el objetivo puntual, que el legislador consideró en aquella época, para crear la norma y que servirá para poder entender el motivo por el cual se penaliza la conducta.

Como primer elemento del análisis histórico, resulta de interés, destacar la importancia que tuvo como fuente de nuestro ordenamiento jurídico penal, el código español de la materia. El valor de dicho cuerpo normativo, queda en evidencia al observar algunas conclusiones de la Comisión Redactora de nuestro estatuto sancionatorio¹. Los comisionados debatieron, profusamente, sobre el mejor modelo a seguir tanto en sistematización como en la descripción legal de las conductas, imponiéndose como base de la discusión respecto de la descripción típica, el código español a instancias de los comisionados Eulogio Altamirano y Alejandro Reyes, en contra de la postura del Ejecutivo, principalmente, por la semejanza de las costumbres de ambos pueblos, por su precisión y por la existencia de bibliografía ilustrativa respecto de dicha obra.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible observar que el esquema seguido en materia de delitos sexuales, es tomado del Código Penal belga. Un ejemplo de ello, es la denominación del Título VII.²

¹ ACTAS Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, sesión preparatoria, 8 de marzo de 1870. Santiago, Imprenta de la República, 1873. Página 4.

² RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. Delitos sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 19.617. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000. Página 18.

El Código Español es un cuerpo legal que data de 1848, en el cual el delito objeto de análisis no se consideraba una figura autónoma, consagrándose en relación al tipo de estupro, bajo la siguiente fórmula:

Artículo 366:

“El estupro de una doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cometido por autoridad pública, sacerdote, criado, doméstico, tutor, maestro o encargado por cualquier título de la educación o guarda de la estuprada se castigará con la prisión menor.

En la misma pena incurrirá el que cometiere estupro con su hermana o descendiente aunque sea mayor de veintitrés años. El estupro cometido por cualquiera otra persona interviniendo engaño se castigará con la pena de prisión correccional.

Cualquiera otro abuso deshonesto, cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias será castigado con prisión correccional”.³

Dentro del análisis histórico, la doctrina ha justificado la sanción de la conducta incestuosa, debido a los constantes abusos de carácter sexual ejecutados sobre la mujer al interior de la familia, que implicaba deshonor, además del abandono general de toda descendencia, hechos que con los años obligaron al Estado a dar protección jurídica a este tipo de casos.⁴

³ PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado Tomo III. 6ed. Madrid, España. Imprenta Manuel Tello, 1888. Página 430.

⁴ IÑESTA, Emilia. El Código Penal Español de 1848. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch Universidad de Alicante, 2011. Página 718.

1.1.- Código Penal 1874.

La Comisión Redactora de nuestro Código Penal no siguió el modelo español ya expuesto, y optaron por sancionar el incesto en una norma de carácter independiente. La fórmula fue la siguiente:

Artículo 351:

“El que cometiere incesto con un ascendiente, descendiente, o hermano legítimo o natural, aunque mayor de veinte años incurrirá en la pena de presidio mayor”.

Para justificar esta postura, la Comisión estipuló como fundamento, consideraciones relacionadas con la necesidad de sancionar penalmente, a aquellos individuos que vulneren las prohibiciones civiles para contraer matrimonio⁵.

Con posterioridad, en la revisión final del proyecto del Código Penal⁶, el incesto quedó plasmado en el artículo 366, sin mayores modificaciones hasta la reforma impuesta por la ley 19.617, bajo el siguiente tenor:

Artículo 366:

“En igual pena (la del antiguo estupro), incurrirá el que conociendo las relaciones que lo ligen, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad legítima o ilegítima o por afinidad legítima o con un hermano consanguíneo legítimo o ilegítimo aunque sea mayor de 20 años”.

Los cambios que se introdujeron en este proceso, fueron considerados necesarios por la Comisión, con el objeto de aportar certeza a la disposición, además de situar a la norma, en armonía con otros delitos de similares características. La revisión final de

⁵ ACTAS Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, sesión 71, 10 de abril de 1872. Santiago. Imprenta de la Republica, 1873. Página 138.

⁶ ACTAS Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, sesión 174, revisión, 20 de octubre 1873. Santiago, Imprenta de la República, 1873. Página 312.

este delito, es motivada según la doctrina, por los principios jurídicos vigentes en aquella época, emanados de ordenamientos como el francés y el belga.⁷

1.2.- Reforma Ley 19.617.

La reforma legal, materia del presente apartado, se inicia por Mensaje enviado al Congreso Nacional el 3 de agosto de 1993. La iniciativa pretende modificar la figura penal de violación, y una variedad de normativa procesal anexa que se detalla. El Ejecutivo acompañó estudios realizados por organismos especializados, donde se constata el enorme porcentaje de delitos que se mantienen impunes, principalmente a causa de la falta de normativa eficaz para poder procesar conductas de tan especiales características, como son aquellas que atentan contra la libertad sexual del individuo. Por lo anterior, se hace necesario según el Ejecutivo, modernizar la normativa que rige la materia principalmente, para evitar traumas en menores de edad, en razón de la burocracia del sistema de justicia, al momento de efectuar la denuncia, o de los trámites para llevar a éxito la persecución penal del delito.⁸

La doctrina expone que el objetivo de esta modificación legal⁹, fue dar una mayor importancia a la protección de bienes jurídicos concretos, como la intangibilidad y la libertad sexual, especificando la descripción de varias conductas, así como derogando otras, como el delito de raptó.

⁷ FUENSALIDA, Alejandro. Concordancia y Comentarios al Código Penal Chileno Tomo III. Lima, Perú. Imprenta Comercial, 1883. Página 39.

⁸ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Mensaje del Ejecutivo, página 5. Disponible en www.bcn.cl

⁹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Op. Cit. Página 15.

1.2.1.- Reforma al delito incesto.

El Ejecutivo, en un comienzo, no consideró en el Mensaje original la modificación de la figura de incesto. Un año después de ingresado a trámite el proyecto de ley, el Gobierno recogió la idea de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, instancia que aconsejó regular de manera más integral los delitos sexuales, haciéndose cargo de otras figuras que presentaban distintas dificultades. Luego de la aprobación en general del proyecto, el Ejecutivo presenta en la Comisión, con fecha 6 de diciembre de 1994, una serie de indicaciones, la número diez respecto del incesto propone¹⁰:

“Trasladar el delito de incesto a otro párrafo, con la misma numeración que el anteriormente indicado; a fin de no insertarlo entre los delitos en que interviene la fuerza, el engaño o el abuso. Ello porque el incesto es un delito plurisubjetivo o bilateral, consensual, criminalizado por razones eugenésicas y sociales.”

La indicación es a todas luces de carácter formal. Sin embargo, con el avance del trámite legislativo, se gestan cambios de mayor profundidad en la descripción legal de la figura. Para producir estos cambios, resulta fundamental la intervención de técnicos de alto nivel, que participan en mayor medida, en la discusión del proyecto en el Senado.

¹⁰ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 25. Disponible en www.bcn.cl .

1.2.2.- Primer Trámite Constitucional.

En las primeras instancias del trámite legislativo, el debate sobre el delito de incesto es básicamente secundario. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, se limita a razonar sobre la indicación del Ejecutivo que trata sobre el traslado de la figura, fuera del grupo de delitos sexuales, que consideran la fuerza o el engaño como medio de ejecución, calificando al incesto como un delito: “plurisubjetivo, y criminalizado por razones sociales”¹¹. Esta propuesta, a lo largo del trámite parlamentario, resulta aprobada sin cuestionamientos, por cuanto se trata de una modificación formal, que se enmarca en el trabajo global de regular armónicamente la normativa sobre los delitos sexuales.

Luego del primer informe de la Comisión, el proyecto pasa a sala, donde pocos parlamentarios se refieren al incesto. Uno de ellos, el entonces Diputado Sr. José Antonio Viera Gallo, quien expone sobre lo improcedente que resulta la regulación estatal sobre las conductas que se relacionan con la vida sexual de las personas, evitando referirse al incesto, ya que según él, esta figura es el único caso en que transversalmente todas las sociedades han sancionado las relaciones sexuales consentidas, no pudiendo exponer en sus palabras alguna explicación técnica para tal hecho¹². A su vez, el Diputado Sr. Claudio Rodríguez, dentro del ámbito civil, argumenta la necesidad de privar a los padres que cometen este tipo de delitos, de todas las facultades que la ley establece para efectos de exigir respeto y obediencia de los hijos.¹³ Por su parte, el también entonces Diputado Sr. Andrés Chadwick, expone sobre la necesidad de sancionar los delitos de sodomía y el de incesto, porque debe anteponerse “el mérito de los valores protegidos”, como las “costumbres de la

¹¹ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Informe Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 25. Disponible en www.bcn.cl .

¹² Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 86. Disponible en www.bcn.cl .

¹³ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 97. Disponible en www.bcn.cl .

sociedad” antes que la técnica jurídica¹⁴. Finalmente, se presentan, por parte de la Diputada Sra. Maria Antonieta Saa una serie de indicaciones, más bien formales, que dicen relación con el cambio de la denominación de algunas conductas, sin relevancia para el debate, que son rechazadas.

El proyecto vuelve a la Comisión de origen para el análisis de las indicaciones respectivas. El debate gira, mayormente, entorno a la normativa civil relacionada con el delito: causales de divorcio, sanción, pérdida de derechos del padre, etc. La figura no es modificada, debatiéndose nuevamente sobre la conveniencia de su traslado al artículo 375, como hipótesis única, en un párrafo separado por las razones ya expuestas¹⁵.

Finalmente, en su segundo informe, la Comisión aprueba el incesto bajo la siguiente fórmula:

Artículo 375:

“El que conociendo las relaciones que lo ligan cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad, o con un hermano consanguíneo, incurrirá en la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados”.

Nuevamente en Sala, para su análisis final, el Diputado Sr. Sergio Elgueta, abogando por la reforma del delito de sodomía, hace presente algunas ideas sobre el sujeto pasivo del delito de incesto, que en su concepto sería la descendencia deforme, apoyándose en las ideas de los comisionados que configuraron nuestro Código¹⁶.

¹⁴ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 100. Disponible en www.bcn.cl .

¹⁵ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 114. Disponible en www.bcn.cl .

¹⁶ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 182. Disponible en www.bcn.cl .

El Diputado, Sr. Darío Paya, expone a propósito de la misma discusión, argumentos para penalizar el incesto, por cuanto según él, se trata de una conducta antinatural. Lo anterior a pesar de tener presente, el hecho de que regular negativamente ciertas formas de ejercer la sexualidad entre adultos de manera consentida resulte culturalmente anacrónico.¹⁷ Finalmente el Diputado, Sr. Nelson Ávila, argumenta por despenalizar la conducta ya que, –según expone- la causa basal de ésta se origina en la pobreza, el hacinamiento y otras dificultades que sufren amplios sectores de la población¹⁸.

Finalizado el trámite legislativo en la Cámara de Diputados, se despacha el proyecto al Senado para continuar con su tramitación. Se aprueba el traslado del artículo antes mencionado, bajo la siguiente fórmula:

Artículo 375:

“El que conociendo las relaciones que lo ligan cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o afinidad, o con un hermano consanguíneo, incurrirá en la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados”.¹⁹

¹⁷ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 191. Disponible en www.bcn.cl .

¹⁸ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 195. Disponible en www.bcn.cl .

¹⁹ Historia de la ley 19.617, Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Discusión en Sala, página 237. Disponible en www.bcn.cl .

1.2.3.- Segundo Trámite Constitucional.

El proyecto ingresa a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta el 22 de enero de 1997, después de un extenso primer trámite legislativo. En el Senado, el debate es de diversa naturaleza, debido a la participación de especialistas en las materias de discusión, como son el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, representado por el Profesor Antonio Bascuñán; un representante del Consejo de Defensa del Estado; y Académicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, entre otros.

El primer tema tratado en la Comisión, a propósito del incesto, es su traslado ya comentado. Se describe, además, esta figura como un delito que no tiene víctimas particulares. Un segundo punto, no menos relevante, es el hecho de que se eliminó la alusión al parentesco ilegítimo, para concordar la norma con el ordenamiento civil en materia de filiación, también objeto de una reforma importante²⁰.

En el debate propiamente tal al interior de la Comisión, el Ejecutivo hace presente la necesidad de circunscribir la figura únicamente al parentesco por consanguinidad, además de precisar la conducta al acceso carnal. El profesor Bascuñán representante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile argumenta por la despenalización²¹.

En definitiva, la Comisión resolvió trasladar la figura, restringir el grado de parentesco únicamente al consanguíneo, establecer como medios comisivos el coito anal o vaginal, y concordar la sanción con la del estupro, estableciendo la reclusión en su grado mínimo a medio.²²

²⁰ Historia de la ley 19.617, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 279. Disponible en www.bcn.cl

²¹ Historia de la ley 19.617, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 280. Disponible en www.bcn.cl

²² Historia de la ley 19.617, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 281. Disponible en www.bcn.cl

Se aprueba en definitiva la siguiente fórmula:

Artículo 375:

“El que conociendo las relaciones que los ligan, realizare el coito anal o vaginal con ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo a medio.”

El Senador, Sr. Ricardo Núñez, es el primer parlamentario que hace hincapié en la necesidad de derogar el delito de incesto, planteando la tesis de que en ciertos pasajes de nuestro Código, aún se mantiene una influencia doctrinaria de carácter religioso, en oposición a la Constitución; además del hecho que nadie ha sido condenado por ello en más de 30 años²³.

Luego de la aprobación en general del proyecto en la Cámara Alta, en el segundo trámite de la Comisión, se presentaron dos indicaciones de interés²⁴:

- Los Senadores Eduardo Frei y Ricardo Núñez concuerdan en la posición del Profesor Bascuñán y presentan una indicación que persigue derogar el delito de incesto por atentar contra la libertad de las personas, perjudicando el objetivo del proyecto de reafirmar los bienes jurídicos como el expuesto.
- Los Senadores Muñoz Barra y Ominami, propusieron como conducta “el acceso carnal”, reemplazando la fórmula del coito.

Ambas indicaciones parlamentarias fueron rechazadas por la Comisión, instancia que optó por mantener el delito de incesto sobre la base de que es una figura que protege múltiples valores sociales de relevancia, sancionada por razones eugenésicas.

²³ Historia de la ley 19.617, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Discusión en Sala, página 329. Disponible en www.bcn.cl

²⁴ Historia de la ley 19.617, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 403. Disponible en www.bcn.cl

Respecto de la segunda indicación, se argumentó la incompatibilidad del término acceso carnal respecto de la mujer como autora del delito de incesto²⁵. Con los reparos ya vistos, la fórmula se despachó a tercer trámite.

1.2.4.- Tercer Trámite Constitucional. Fórmula Final.

Finalmente, las discrepancias entre ambas Cámaras se zanjaron en un tercer trámite legislativo de Comisión Mixta. En Comisión los Diputados Sres. Manuel Bustos y Alberto Espina expusieron sobre la procedencia de derogar el delito de incesto donde participen mayores de edad. En el mismo sentido, se rechaza una indicación de la Diputada Saa, en orden a sólo sancionar la conducta cuando se viesan involucrados menores de edad.

Para finalizar la Comisión concordó con buena parte de los puntos propuestos por el Senado, salvo en las formas de ejecución, donde se optó por la fórmula “cometer incesto”, ya que, a juicio de los legisladores, no produce ningún tipo de problemas de interpretación.²⁶

Por último se aprobó la siguiente fórmula, ubicando el delito en el párrafo 9, Título VII, libro II, del Código Penal, de la siguiente manera:

Artículo 375:

“El que conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

²⁵ Historia de la ley 19.617, Segundo Trámite Constitucional, Senado, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, página 403. Disponible en www.bcn.cl

²⁶ Historia de la ley 19.617, Tercer Trámite Constitucional, Congreso Nacional, Comisión Mixta, página 669. Disponible en www.bcn.cl

II. CAPÍTULO SEGUNDO: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE INCESTO.

2.1.- Nociones sobre el concepto de Bien Jurídico.

Para efectos de una mayor precisión del análisis, se expondrán algunas nociones básicas sobre el concepto de bien jurídico. En primer término, se debe distinguir el concepto de objeto material, en oposición al objeto jurídico del delito. El objeto material es simplemente la cosa o persona sobre la que recae la acción, “la cosa mueble”. En las lesiones, el objeto material es el cuerpo humano, y el jurídico es, sin duda, la salud del sujeto. El objeto material tiene un significado puramente natural, puede, eventualmente, estar ausente como en el delito objeto de esta obra, en oposición al objeto jurídico que tiene un significado valórico y que está presente siempre en cualquier figura²⁷.

Ahora bien, en doctrina existen diversos conceptos de bien jurídico, el profesor Enrique Cury lo define de la siguiente forma:

“...aquellos valores sociales imperantes en un momento determinado al interior de una sociedad que al ser elevados al rango sociológico jurídico las leyes sancionan los ataques contra ellos...”²⁸.

El profesor Bustos²⁹ a su vez, establece que el bien jurídico es:

²⁷ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Tomo I. 2ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2011. Página 190.

²⁸ CURY, Enrique. Orientación para el estudio de la teoría del delito. Santiago. Ediciones Nueva Universidad, 1973. Página 67.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Parte General PPU, Barcelona. Editorial Ariel, 1994, Página 113.

“... una síntesis normativa determinada de una relación social concreta de carácter compleja, que se explica por los conflictos que se producen en la sociedad producto de la interacción de sus miembros, que el legislador pondera y según su trascendencia le otorga protección penal...”.

En materia internacional, se ha definido con mayor profundidad. Jescheck, identifica los elementos del concepto dentro de un análisis sociológico. A grandes rasgos, expone sobre los principios que rigen la convivencia pacífica dentro de un grupo social; principios como la libertad de circulación, de trabajo etc. En virtud de la naturaleza humana, según este autor, dichas ideas son ordenadas en una escala de prioridades, a causa del juicio de valor positivo que se realiza sobre ellas, en base a un consenso mayoritario. En virtud de este análisis, algunas de ellas se declaran imprescindibles para la convivencia de una determinada sociedad y, por ello, merecen protección penal debido a su trascendencia.³⁰.

2.2.- Posturas de la Doctrina respecto del Bien jurídico protegido en el delito de incesto.

Expuesta la definición genérica de bien jurídico, salta a la vista, lo complejo que resulta determinar el objeto de protección particular del delito de incesto. Existen múltiples dificultades: en primer lugar, la sistematización del delito, por cuanto se ubica en un párrafo separado, cuyo título y única hipótesis es justamente el incesto; en segundo lugar, la descripción legal de la conducta, que no aporta información relevante; y, finalmente, si el lector recurre a la historia de la disposición, se encontrará con un debate lleno de matices religiosos o políticos, que más que aportar a la búsqueda del verdadero sentido y alcance de la norma, conducen a la confusión.

En primer término, resulta de suma utilidad, para resolver el problema planteado, recurrir al desarrollo doctrinal español, por cuanto expusimos que el Código Penal de dicho país, inspiró al nuestro. Muñoz Conde, luego de una reforma al Código Español de similares características a las de la ley 19.617 (donde, recordemos, el incesto se

³⁰ JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo I. 3ªed. Barcelona, España. Editorial Bosch Traducción, 1978. Página 9.

trata al tenor del delito de estupro) expone que el objeto de protección de éste delito, es la indemnidad sexual del sujeto.³¹

A nivel nacional, la solución tampoco está exenta de dificultades. Dentro de la génesis de nuestro Código, la única conclusión lógica relacionada con el bien jurídico del delito de incesto, es la protección de la familia, por cuanto, se relacionó el límite de parentesco impuesto en la norma penal con los impedimentos civiles del matrimonio. Resumiendo, la falta de información fidedigna, ha llevado a los autores a distintas interpretaciones, respecto del objeto de protección que tuvo en mente el legislador para sancionar la conducta incestuosa.

Algunos autores, como el profesor Labatut, opinaban que el bien jurídico protegido es la moral familiar, que se vería vulnerada por la producción de descendencia deforme por cuanto él establece como requisito también, la cópula carnal entre los parientes que la ley prohíbe.³² A su vez, el profesor Del Río, si bien es cierto se refiere a la antigua descripción del delito de incesto al describir sus elementos argumentaba, en la misma línea, ya que, exigía cópula entre los involucrados como elemento esencial para su sanción penal³³.

En otro sector de la doctrina, está el profesor Montt, él expone que bajo la figura de incesto, el legislador pretende proteger el orden de la familia, lo que se manifiesta en el hecho de establecer límites al uso de la sexualidad entre las personas, que se encuentran unidas por vínculos familiares, prohibiendo además, su unión conyugal y de manera secundaria la integridad de la descendencia eventual de la pareja incestuosa.³⁴

³¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch., 2004. Pagina 205.

³² LABATUT, Gustavo. Manual de Derecho Penal. Santiago. Universidad de Chile, 1948. Página 440.

³³ DEL RÌO, Raimundo. Manual de Derecho Penal. Santiago. Editorial Nacimiento, 1947. Página 358.

³⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial Tomo III. 2ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005(b). Página 435.

El profesor Etcheberry³⁵ sigue la misma tesis, por cuanto considera el incesto como un atentado al orden de las familias, que se refleja de dos formas: primero, por la posibilidad de engendrar hijos que de acuerdo a las leyes biológicas pueden ser un factor de degeneración familiar y segundo, considera que esta figura vulnera las buenas costumbres al interior de la familia.

El profesor Rodríguez Collao, en la vereda opuesta, critica en primer lugar el hecho que aún se mantenga vigente esta figura. Sin perjuicio de lo anterior, al analizar el delito descarta el orden familiar como objeto de protección, debido a que, la lógica debería llevar a extender el grado de parentesco, prohibido por la ley de acuerdo a la naturaleza de la conducta mucho más allá que el que dicta la norma. Descarta también la reprobación moral intrínseca como objeto de protección, ya que existen otras, según él, merecedoras de mayor sanción. Su postura se basa en el límite impuesto por la ley 19.617 al grado de parentesco del delito, según ello, arriba a la conclusión de que el objeto de protección de la figura, no puede ser otro que la producción de descendencia defectuosa; idea que el profesor Rodríguez sin embargo, critica fervientemente.³⁶

Expuestas las opiniones de mayor trascendencia, es posible esbozar tres alternativas para precisar el objeto jurídico de protección del delito de incesto, estas son;

- Libertad e indemnidad sexual.
- Moral y buenas costumbres.
- Orden Familiar.

Explicaremos a continuación brevemente cada una de ellas.

³⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte Especial Tomo IV. 3ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998(c). Página. 42.

³⁶ RODRIGUEZ, Luis. Op. Cit. Página 258.

2.2.1.- Libertad e Indemnidad sexual.

Es entendible que, en un primer acercamiento a la materia, el lector asocie el objeto de protección del incesto así como de cualquier otra figura que integre el Título VII del Código Penal, a la libertad sexual. Un primer elemento que induce a tal conclusión, es la denominación de la sección descrita: “Crímenes y Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”, denominación que como se aprecia tiene una carga moralizante bastante explícita. Para mayor claridad del análisis, expondremos breves nociones sobre los conceptos de libertad e indemnidad sexual.

En primer término, el derecho básico la libertad, se define en doctrina como la simple facultad que posee cada sujeto para autodeterminar cada aspecto que rige su vida.³⁷ Respecto de la libertad sexual se define como la facultad de las personas de decidir sin limitaciones de ningún tipo con quién, cómo y cuándo se quiere tener relaciones sexuales, unida al poder de decidir la clase de comportamiento sexual que se desea.³⁸

El derecho a la libertad sexual, se descompone en dos fases³⁹: una positiva, que consiste en el derecho de las personas a ejercer la sexualidad en plena libertad en relación a su pareja o bien en solitario, entendido como la capacidad para disponer de su propio cuerpo. La fase negativa implica el derecho a no verse involucrado sin consentimiento en algún tipo de actividad sexual. De lo anterior se concluye en

³⁷ PFEFFER, Emilio. Constitución Política de la República, anotada concordada con jurisprudencia. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 2011. Página 169.

³⁸ OXMAN, Nicolás. Libertad sexual y estado de derecho en Chile. Santiago. Librotecnica, 2007. Página 151.

³⁹ BULLEMORE, Vivian., MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo III. 3ºed. Santiago. Editorial Legal Publishing, 2011. Página 152.

doctrina, que el hecho de mantener relaciones sexuales con quien se desee es una manifestación de la libertad inherente a todo sujeto⁴⁰.

Respecto a la indemnidad sexual, es un concepto que debemos vincular a los ilícitos, que recaen sobre menores o incapaces. La particularidad de estos sujetos, según nuestra legislación, es que provisionalmente o de manera definitiva no les es posible expresar el consentimiento para concurrir a actos de naturaleza sexual, ya que, carecen de la madurez necesaria para desenvolverse en el ámbito de las relaciones interpersonales⁴¹. El objetivo del legislador en este caso, al establecer tipos penales como el estupro y semejantes, es proteger el proceso de maduración del individuo que lo llevará a la formación de una conciencia que eventualmente le permitirá, en el futuro, desenvolverse en el aspecto sexual con los pares que el sujeto escoja, previamente informado. Lo que se pretende, en definitiva, por parte del legislador es que el sujeto cuente con las herramientas psíquicas para desarrollar un criterio apto, y así mantener relaciones sexuales de manera informada en el momento oportuno, protegiendo lo que se conoce como la intangibilidad sexual del sujeto⁴², que es el derecho que tienen los individuos especialmente vulnerables, a la protección de las condiciones objetivas de la libertad sexual, esto es, su proceso de gestación.

Descartamos la idea de que el incesto tenga como objeto jurídico de protección la libertad o indemnidad sexual del sujeto. Respecto de la libertad, no se observa alguna circunstancia de abuso, ya sea fuerza, o alguna coacción psicológica, ni menos aprovechamiento, de acuerdo a lo descrito por la norma. La relación de la figura de incesto con este derecho, pareciera ser incluso de índole negativa, por cuanto, constituye un límite de la sexualidad impuesto por la ley en relación a determinadas personas.

⁴⁰ ORTS, Enrique. Delitos contra la Libertad Sexual. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch. 1995. Página 28.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Página 207.

⁴² GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 334.

Respecto de la indemnidad sexual, mal se podría considerar como objeto de protección de este delito dado que el artículo 375 sanciona a la vinculación sexual de carácter consentido entre sujetos aptos para llevar a cabo actos de naturaleza sexual, por ello, no se observa ninguna circunstancia, que lesione este derecho del individuo, ya que, el incesto supone que el criterio y la madurez del mismo, se encuentran presentes, al ejecutar la conducta.

2.2.2.- Moral y Buenas Costumbres.

La primera tarea en este apartado, será determinar con mayor precisión otro de los conceptos abiertos y flexibles que afloran en este debate, con el objeto de contribuir a la mejor aplicación de la norma penal.

El concepto de pudor se ha definido, como aquel sentimiento moral de índole colectiva⁴³, en nuestro caso, reservado a las acciones de naturaleza sexual.

Las buenas costumbres a su vez se han definido, como aquellas modalidades aceptadas por la sociedad, determinadas a través del tiempo sobre la forma, de ejercer y practicar la actividad sexual. En términos simples, es el criterio razonable sobre lo que el grupo social estima adecuado⁴⁴. La jurisprudencia, a su vez expone que las circunstancias antes descritas, se deben apreciar en concreto para calificar vulnerados estos valores.⁴⁵

Hechas las precisiones anteriores, descartamos también como bien jurídico del delito de incesto estos principios, principalmente, porque el reproche del incesto no depende de lo que se conoce como “escándalo público” condición que en cambio sí se

⁴³ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 332.

⁴⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 333.

⁴⁵ Revista de Derecho y Jurisprudencia. Sentencia Corte Suprema de Justicia Chile, 14 de septiembre de 1959. R.T. 56, 2da parte. Sección IV, pagina 218-221.

exige en la figura del artículo 374, circunstancia que -como se aclaró- se aprecia en concreto según los criterios vigentes al momento de los hechos.

2.2.3.- Orden de la familia.

Este concepto no resulta nuevo, existen opiniones de la doctrina que levantan este concepto como objeto de protección de la figura de incesto. En primer término, debemos mencionar que el concepto de orden familiar, no se encuentra definido de manera específica en nuestra legislación, pero es factible, extraer sus elementos de varias disposiciones, no sólo del ámbito criminal, sino que también civil.

En un primer acercamiento, podemos situar éste concepto dentro de la idea de familia cristiana, formada dentro del matrimonio, por un hombre y una mujer, de carácter indisoluble, donde la sexualidad se restringe al ámbito privado, con fines reproductivos; donde cada integrante del grupo tiene una función determinada dentro del mismo.

Por otra parte, la noción de orden familiar, recientemente se ha expuesto en algunas investigaciones académicas⁴⁶, emanadas de las mayores Facultades de Derecho de nuestro país, donde se construye el concepto, en relación a los fines legales del matrimonio y los deberes-derechos recíprocos existentes entre los integrantes de la familia, que se señalan en nuestro Código Civil.

En la doctrina podemos identificar el concepto de orden familiar en la obra del profesor Etcheberry⁴⁷, quien lo expone como objeto de protección del delito de incesto.

⁴⁶ HENRIQUEZ CARRERA, Thomas. El delito de incesto. Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, pagina 30. Pontificia Universidad Católica de Chile julio 2011.

⁴⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998(c). Página 38.

En el mismo sentido razona el profesor Garrido Montt, obra en la cual se expresa un concepto primario de orden de las familias, en el siguiente sentido:

“aquel conjunto de reglas que pretenden mantener la sanidad de las relaciones sexuales al interior de la familia y la integridad de la descendencia⁴⁸.”

Expuestos algunos elementos de este concepto, a juicio del suscrito, se hace necesario precisar con mayor profundidad esta idea. Para ello se expondrán los términos principales del concepto por separado. Respecto del “orden”, la Real Academia de la Lengua (RAE), lo define como la colocación de las cosas en el lugar que corresponde⁴⁹.

Respecto del concepto de “familia”, en primer término, debemos mencionar que no se define de manera precisa en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, se hace mención vagamente en el artículo 815, a propósito del derecho de uso y habitación a los sujetos que la componen. Al no existir un concepto legal según el artículo 20 del Código Civil, debemos entender el término en su sentido natural y obvio. Fuente para aquello la encontramos nuevamente en el Diccionario de la RAE⁵⁰, que define familia en varios sentidos, destacando “Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”, y “Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines en un linaje”.

En doctrina⁵¹ a su vez se ha expuesto un concepto de familia, en términos restringidos, como el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o parentesco a las que la ley atribuye algún efecto jurídico.

Es justamente la tesis, que expone al orden de la familia como objeto de protección la que nos parece más acorde con el espíritu del artículo 375 de nuestro Código Penal.

⁴⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 305.

⁴⁹ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 22ªed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Planeta, 2011. Página 1087.

⁵⁰ Real Academia Española. Op. Cit. Página 1037.

⁵¹ RAMOS, René. Derecho de Familia Tomo I. 6ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2007. Página 13.

Para concluir lo anterior, a juicio del suscrito, existe variada argumentación; en primer lugar de carácter histórico, las consideraciones de la Comisión Redactora del Código, que aluden a las prohibiciones para contraer matrimonio, radicadas en la legislación civil, como fundamento de la penalidad de la conducta. En segundo lugar la misma descripción legal de la figura, que limita la interacción de carácter sexual entre ciertos parientes de mayor cercanía y que además no exige resultado alguno para reprochar penalmente la acción. En tercer lugar, la misma caracterización del delito, expuesta en doctrina, que califica al incesto como un delito especial que no posee víctima, es decir, no es posible identificar al titular del bien jurídico afectado de manera individual, como en la generalidad de los delitos. Las opiniones anteriores fueron reconocidas en el debate parlamentario de la última reforma, que tuvo el acápite de los delitos sexuales, donde para trasladar el incesto a un párrafo separado, también se argumentó bajo el prisma de la protección de los valores y la moral de la familia.

Es de suma importancia precisar un aspecto del argumento, expuesto por el profesor Etcheberry, quien divide la vulneración del orden familiar en dos ámbitos. A nuestro entender es una sola la afectación del bien jurídico, por cuanto, el sólo hecho de ejecutar una conducta de carácter sexual con los parientes que la ley enumera, altera el objetivo global de un grupo familiar y las funciones de cada integrante, ya que, como se aclaró, la norma no exige resultado alguno. El hecho de producir descendencia es la demostración material de la trasgresión más grave, pero la unidad del grupo familiar se altera por el hecho mismo de la vinculación sexual entre los sujetos que se mencionan en la norma. Razonar en contrario, resultaría ilógico, por cuanto significaría dejar sin sanción situaciones igualmente atentatorias contra el orden de la familia, según el espíritu de la norma penal que ampara todo vínculo familiar independiente de las condiciones del sujeto, como por ejemplo: aquellos parientes que se vinculan sexualmente estando estériles, o al padre y su hijo que ejecutan una conducta análoga.

III. CAPÍTULO TERCERO: TIPICIDAD Y CULPABILIDAD.

3.1.- Sujetos.

Antes de profundizar en las características de los involucrados en éste delito, es importante aclarar algunas particularidades de esta figura.

La doctrina caracteriza al incesto como un delito plurisubjetivo, de propia mano y de participación necesaria. En primer lugar, a nivel internacional,⁵² se han definido las figuras plurisubjetivas, como aquellas donde ambos sujetos son parte de una misma relación criminal.

Luego, los delitos de participación necesaria, son aquellos donde se requiere necesariamente la intervención de dos personas en conjunto, quienes no se encuentran en relación de autor a víctima, sino que por regla general tendrán responsabilidad penal como autores del hecho delictivo, salvo que concurra alguna causal de justificación o exculpación.⁵³ Reiteramos que a su vez en doctrina existe consenso sobre la especialidad del delito de incesto, por cuanto, no existe menoscabo a ningún bien jurídico individual de los involucrados, por no existir fuerza, intimidación, engaño o alguna modalidad de abuso⁵⁴.

La jurisprudencia también se ha referido al concepto de participación necesaria. En fallos relativamente actuales, se ha expuesto que las dos partes de la acción sexual participan de manera activa y consiente, no siendo factible por la naturaleza de la

⁵² MUÑOZ Conde, Francisco. Teoría General del Delito, 4ª edición, Valencia-España, Editorial Tirant lo Blanch, 2007. Página 62.

⁵³ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Op cit. Página 260.

⁵⁴ FLORES, Ivonne y ARACENA, Lorena. Tratado de los Delitos Sexuales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005 Página 331.

conducta que envuelve la figura que ninguno de los sujetos la lleve a cabo de manera individual.⁵⁵

Finalmente los delitos de propia mano, se definen⁵⁶, como aquellos en que lo constituye el injusto, es la ejecución de un acto reprobable de manera física por parte del agente. Maurach⁵⁷, en el mismo sentido, opinaba que el disvalor de estos delitos está justamente en prohibir a un determinado sujeto, la ejecución de una conducta particular.

Otro tema de importancia para efectos de precisar las características de los involucrados en el delito de incesto es, sin duda, la determinación de la conducta. Trataremos en pasajes posteriores este tema, sólo para efectos de la comprensión y claridad de este apartado, es necesario adelantar que se expondrá un concepto amplio de incesto como en una acción de significación sexual, que abarca no solo el acceso carnal, sino que también otras hipótesis. Para ello, argumentaremos en base a la jurisprudencia, doctrina, e incluso la descripción legal de la misma figura.

Finalmente, expuestas las principales características del delito de incesto, podemos precisar las particularidades de los involucrados en este delito. Los sujetos en primer lugar deben ser adultos, mayores de edad, hombre o mujer, siendo la única consideración válida, el grado de parentesco estipulado en la ley. Además, ambos deben ser capaces de prestar su consentimiento de manera libre y espontánea con el fin de vincularse sexualmente, estando además por cierto en conocimiento acabado del grado de parentesco que los une, por exigencia de la misma norma penal⁵⁸.

⁵⁵ Sentencia Definitiva. Corte Suprema de Justicia de Chile. Rol 32.740-95, 7 de mayo de 1996.

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*. Madrid. España. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 2000. Página 437.

⁵⁷ *Ibidem*. Página 437.

⁵⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia Sentencias 1875-1996 Tomo III Parte Especial*. 2^o ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Página 187.

3.1.1.- Parentesco.

La norma penal requiere que los involucrados en este delito, se encuentren unidos por cierto vínculo de parentesco que se indica; éste puede ser de ascendiente, descendiente o hermanos consanguíneos. Es importante aclarar que serán hermanos consanguíneos, aquellos que lo fueren de ambos padres, o de sólo uno de ellos, cualquiera sea éste, pudiendo originarse el vínculo de alguna relación matrimonial o no matrimonial, ya que, la figura nada dice al respecto.⁵⁹

Nuestra legislación no define lo que debe entenderse por parentesco, sino que el Código Civil se refiere a él de manera indirecta, al explicar las nociones de consanguinidad y afinidad en sus artículos 28 y 31.

La doctrina define parentesco como la relación de familia que existe entre dos personas⁶⁰.

En cuanto a las clases:

- Parentesco por consanguinidad: Es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra, o de un mismo progenitor en cualquiera de sus grados (artículo 28 del Código Civil). Es decir el vínculo que une a dos personas por su sangre común.

- Parentesco por afinidad: Es aquel que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer (artículo 31 del Código Civil).

Una cuestión importante que se debe tener presente, es que entre cónyuges no existe parentesco pese a existir matrimonio entre ambos, únicamente esta institución provoca parentesco por afinidad entre los parientes consanguíneos de uno de los

⁵⁹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Op Cit. Página 260.

⁶⁰ RAMOS, René. Op Cit. Página 22.

cónyuges y el marido o mujer de aquel. Se debe agregar, siguiendo el tenor literal de la norma, que este vínculo por afinidad subsiste aún después de la muerte o divorcio del marido o mujer, por cuanto la ley habla del “.... Que está o ha estado casado”.⁶¹

En último término, debemos exponer la forma de computar el parentesco; el Código recurre a dos factores: la línea, que se relaciona con la serie de parientes que descienden unos de otros (recta), o de tronco común (colateral); y también el grado, esto es la distancia que existe entre dos parientes, contándose ésta por el número de generaciones que separan a los sujetos. Por ejemplo, el nieto es pariente en segundo grado de su abuelo y el padre de su hijo en primer grado. En el parentesco colateral necesariamente se debe subir hasta el tronco común y se desciende al pariente cuyo grado se desea conocer.

Con una visión mas clara respecto de los sujetos involucrados en el delito de incesto, resulta útil de analizar, el problema que surge para sancionar al sujeto adoptado, que ejecuta conductas de naturaleza sexual, ya sea, con su familia adoptante o biológica en virtud de la legislación actual.

Para acercarse hacia una solución precisa, es necesario aclarar el concepto de filiación. Nuevamente no encontramos un concepto en la ley, sin embargo, en doctrina se define como el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y maternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de una familia⁶².

En segundo lugar, otro concepto fundamental en este problema es el de adopción. La adopción se clasifica como un tipo de filiación según nuestro Código Civil. Actualmente el cuerpo legal que rige la materia es la ley 19.620, donde no se define de manera particular. Sin embargo, en doctrina se han expuesto diversos conceptos, destaca aquel que define adopción como el acto jurídico en cuya virtud se establece

⁶¹ RAMOS, Rene. Op cit. Página 23.

⁶² GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago. Editorial jurídica de Chile, 2007. Página 17.

entre adoptante y adoptado, una relación semejante a la paternidad filial⁶³. En el diccionario de la RAE a su vez se define a su vez como el acto de recibir a un hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.⁶⁴

Hechas las precisiones anteriores, cabe preguntarse si el adoptado comete delito de incesto con su familia genética, o la adoptante.

En primer lugar, la tesis según la cual el adoptado comete incesto únicamente con la familia adoptante, se sustenta en varias normas de la ley 19.620. El artículo 1 de este cuerpo legal establece la calidad de hijo del adoptado en relación al adoptante. Sabemos a su vez que la adopción se otorga mediante sentencia judicial firme y ejecutoriada, donde la ley la asimila a la filiación por naturaleza. Es importante mencionar en relación este tema los artículos 26 y 37 del cuerpo legal en análisis. Ambas normas, refuerzan la idea de la creación de un estado civil análogo al de la filiación por naturaleza, ya que, ordenan una nueva inscripción en la partida de nacimiento del individuo luego de ejecutoriado el fallo. El artículo 37, es particularmente claro en señalar la extinción de todo vínculo con la familia de origen para efectos civiles.

El principal problema de la tesis anterior, es la contradicción que surge respecto de uno de los objetos jurídicos de protección postulados en doctrina, la eventual deformidad de la descendencia futura. Lo anterior puesto que entre el adoptado y el adoptante no existe identidad genética que pudiera dar lugar a la cuestionada descendencia. Sin perjuicio de aquello, recordemos que el profesor Etcheberry⁶⁵ es partidario de sancionar de todas formas esta situación por cuanto la producción de descendencia defectuosa no es la única forma de quebrantar el orden de las familias.

⁶³ GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz. Op cit. Página 223.

⁶⁴ Real Academia Española. Op. Cit. Página 48.

⁶⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998 (c). Página 45.

Según la segunda alternativa, el adoptado comete incesto únicamente con su familia de origen. Para sostener lo anterior, también existe variada argumentación; en primer término, el tenor literal del mismo artículo 375 del Código Penal, según el cual únicamente es posible cometer incesto respecto de parientes consanguíneos. Además, el artículo 37 de la ley 19.620 en su parte final, si bien extingue todo vínculo del adoptado con la familia de origen para efectos civiles, deja a salvo los impedimentos del artículo 6 de la ley de matrimonio civil, lo que hace presumir que la ficción legal de parentesco en la adopción no es total, subsistiendo el vínculo sanguíneo para efectos de esta figura por razones éticas.⁶⁶

A modo de conclusión, nos parece lógico recurrir al objeto jurídico de protección para orientar la solución. En el caso del incesto, es claro que el legislador pretende conservar el orden de las familias, en sentido amplio. Según este parámetro no es concebible que dos sujetos unidos por un lazo de familia mantengan vinculación sexual. Por lo tanto, a juicio del suscrito, la única solución jurídicamente válida según los criterios formales de interpretación legal, es sancionar al adoptado en ambos casos, es decir al ejecutar la conducta con algún familiar biológico o con alguien de la familia adoptante, ya que, igualmente se produce la lesión al bien jurídico, fundamento del delito porque en ambas situaciones existe unidad familiar amparada por la ley desde distintas sedes. De la misma forma, se deberá resolver cualquier otro problema de índole semejante, por ejemplo: la sanción a los parientes estériles que se vinculan sexualmente, los parientes del mismo sexo, etc.

⁶⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 438.

3.2.- Conducta incestuosa.

El delito de incesto, es sin duda una figura que genera debate al interior de la doctrina. Existen múltiples posturas sobre los distintos temas de interés. La determinación de la conducta típica es, sin duda, un tema que resulta particularmente complejo. En éste apartado se expondrán elementos de índole técnico, para lograr en la medida de lo posible, mayor certeza jurídica sobre este punto.

Una fuente que resulta de importancia para resolver algún problema de interpretación legal es la Real Academia Española de la Lengua, que define incesto como “el pecado carnal cometido por parientes dentro de los grados en que está prohibido contraer matrimonio”⁶⁷. A propósito de lo anterior, el origen del término también resulta de interés, incesto deriva del latín INCESTUS O INCESTUM. La palabra se descompone en “In” y en “Castus” que se traduce como “casto”; “in” es un prefijo que se utiliza como forma de negar aquello.⁶⁸

En general, el debate arriba a conclusiones semejantes con un matiz que, sin embargo, no deja de ser importante. En doctrina internacional, el profesor Maggiore⁶⁹ define incesto como la unión carnal idónea para producir descendencia, esto es, entre sujetos de distinto sexo unidos en el grado de parentesco, que la ley señala impedidos de contraer matrimonio. En la misma línea, el profesor Cuello Calón⁷⁰ lo define como el yacimiento con la estuprada, capaz de prestar su consentimiento libre y espontáneo para el acto, que debe también ser idóneo para producir descendencia.

⁶⁷ Real Academia Española. Op. Cit. Página 295.

⁶⁸ FLORES, Ivonne y ARACENA, Lorena. Op cit. Página 325.

⁶⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal Parte Especial Tomo IV. 4ta ed. Bogota, Colombia. Editorial Temis, 1955,. Página 209.

⁷⁰ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial Tomo II. 12ta ed. Barcelona España. Editorial Bosch, 1967. Página 565.

El profesor Groizard⁷¹ introduce un matiz, si bien es cierto define incesto como la conjunción carnal de sexos entre la clase de parientes que alude la ley, no estipula consideración alguna sobre la diferencia de sexo o sobre la posibilidad de producir descendencia, dando margen para sancionar una serie de situaciones problemáticas, como, por ejemplo, si estuviese involucrado en el hecho algún sujeto que sufra esterilidad, o parientes del mismo sexo, etc.

En doctrina nacional, Flores y Aracena⁷² exponen que el incesto no implica menoscabo o abuso para alguno de los involucrados al actuar a sabiendas, por ello según estas autoras el carácter delictivo de la conducta incestuosa nace únicamente por el parentesco de los involucrados; concluyen estableciendo que el incesto consiste en la relación sexual con acceso carnal voluntario entre sujetos unidos por el parentesco que señala la ley, estando en conocimiento de aquello. En la misma línea, Cox⁷³ expone que la conducta incestuosa consiste únicamente en el acceso carnal voluntario entre los parientes descritos por la norma. En ambos casos no se especifica la vía de acceso para la ejecución de la conducta.

El profesor Rodríguez Collao⁷⁴, define incesto de manera restrictiva, como la penetración vaginal entre los parientes descritos por la norma, por ser este el único acto idóneo para producir el riesgo que se pretende evitar, esto es, la producción de descendencia. En la misma línea expone, el profesor Etcheberry⁷⁵, define incesto como el coito vaginal capaz de producir el resultado de descendencia potencialmente defectuosa. El profesor Garrido Montt⁷⁶, define a su vez incesto como el acceso carnal

⁷¹ GROIZARD, Alejandro. El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado Tomo V. Madrid, España. Editorial Sucesores J. A. García, 1913. Página 172.

⁷² FLORES, Ivonne y ARACENA, Lorena. Op. Cit. Página 329.

⁷³ COX, Juan Pablo. Los Abusos Sexuales. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2003. Página 79.

⁷⁴ RODRIGUEZ COLLAO, Luis. Op cit. Página 259.

⁷⁵ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998(c). Página 41.

⁷⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 435.

de carácter vaginal y heterosexual, en relación al fundamento de la figura centrado en la protección de la familia.

Desde el punto de vista de la doctrina, ya sea nacional o internacional, vemos ciertos criterios que concuerdan, pero a juicio del suscrito, dichas ideas aún resultan insuficientes para cumplir a cabalidad con los principios penales, que exigen una mayor certeza jurídica sobre la conducta que se busca reprochar en un delito.

Dentro de la jurisprudencia,⁷⁷ a lo largo de la historia han existido criterios contradictorios. En fallos de principios del siglo XX, Cortes de Apelaciones se remiten únicamente a reproducir los fundamentos eugenésicos y sociales que motivan el reproche penal de la figura, sin entrar a un análisis más profundo. La Corte Suprema recientemente, precisó la conducta como relación sexual, sin distinguir el tipo de conducta específica, tampoco hace alusión a la necesidad de producir descendencia⁷⁸. Además, como otro aspecto de importancia, señaló que el incesto busca proteger el orden sexual de las familias.

Algunos autores ya vistos, describen la conducta incestuosa como acceso carnal, lo que a juicio del suscrito es a todas luces restrictivo, relacionando este punto, con el objeto de protección del delito. Un argumento para sostener lo anterior se encuentra en la jurisprudencia actual de nuestro Tribunal Constitucional⁷⁹, que se refiere al concepto de acceso carnal, y lo restringe únicamente a la penetración genital, por lo que concluye que únicamente puede efectuar tal acción un hombre dotado del órgano genital masculino. Dicha idea refuerza el argumento expuesto, en el sentido de que el concepto de acceso carnal no abarca la totalidad de las hipótesis necesarias para la efectiva protección del orden de las familias, ya que, no habría razón jurídica al amparo de los fundamentos punitivos de la figura, para no sancionar a una madre que se

⁷⁷ ETCHEBERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Tomo III. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005. Página. 187.

⁷⁸ Sentencia Definitiva. Corte Suprema de Justicia. Rol: 3915-2000. 2 de Noviembre de 2000.

⁷⁹ Sentencia Definitiva. Tribunal Constitucional de Chile. Rol: 1683-10. 4 de febrero de 2010.

vincula sexualmente con su hijo, o a un padre estéril que efectúa acciones de carácter sexual con un hijo hombre mayor de edad, entre otras situaciones.

A modo de resumen, podemos esgrimir tres ideas generales en virtud de las cuales no debe considerarse al acceso carnal como única hipótesis de ejecución de incesto, ellas son;

- El mismo artículo 375 del Código Penal no lo exige.
- La historia del establecimiento de la disposición vinculada con prohibiciones de carácter particular para contraer matrimonio.
- La insuficiencia del concepto acceso carnal para describir una gran cantidad de hipótesis, que de igual forma vulneran el orden de la familia, como por ejemplo: las relaciones sexuales entre parientes estériles, la penetración anal, relaciones sexuales entre parientes del sexo femenino, entre otras.

Pendiente queda determinar con mayor certeza, que debe entenderse por incesto. A juicio del suscrito, para delimitar dicho objetivo se debe observar un concepto que se encuentra definido en una norma específica de nuestro Código Penal circunscrita a la figura de abuso sexual, dicha norma es el artículo 366 ter del Código Penal que consagra lo siguiente:

“..Se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima aun cuando no hubiera contacto corporal con ella...”

El concepto clave en esta materia es el de “acción de significación sexual”. La prudencia nos lleva a excluir los tocamientos propios de los juegos deportivos, exámenes médicos, caricias propias del cariño familiar y las propias correcciones normales entre padres e hijos⁸⁰.

⁸⁰ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 269.

Se exponen tres requisitos que deben concurrir para calificar una acción como de carácter sexual⁸¹:

- La connotación sexual del comportamiento.
- La relevancia del acto ejecutado.
- Aproximación corporal de la víctima.

En virtud de la extensión de este trabajo, no es posible ni atingente precisar todos estos conceptos. Sin embargo, para efectos de resolver el problema planteado en este apartado, si resulta fundamental tenerlos presente como criterios básicos para futuras reformas.

Un sector de la doctrina postula, que la significación sexual debe enjuiciarse según el ánimo libidinoso que los involucrados en los hechos desenvuelvan en la ejecución de las respectivas conductas.⁸²

En la otra vereda,⁸³ se postula que el carácter sexual de una acción debe calificarse por parámetros objetivos; el simple contacto genital, o la aptitud de una conducta para excitar el instinto sexual de una persona, según los cánones vigentes en las diferentes comunidades.

A juicio del suscrito, el concepto de incesto se debe construir bajo una teoría mixta, que abarque en definitiva todos los elementos complejos que integran este delito. Lo anterior, se debe traducir en una descripción legal precisa, amparada en el concepto de acción de significación sexual, que descansa bajo parámetros objetivos y que integre, como complemento elementos subjetivos certeros y verificables.

⁸¹ RODRIGUEZ COLLAO, Luís. Op cit. Página 198.

⁸² POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 269.

⁸³ RODRIGUEZ COLLAO, Luís. Op cit. Página 199.

3.3.- El dolo en el delito de incesto.

En este apartado se expondrá, en primer término, la postura de la doctrina respecto del dolo como concepto, sus elementos, para luego finalizar con su aplicación a la figura en particular.

En materia penal, el dolo es la regla general de incriminación, prueba de ello es que no se incluya la voz dolosamente en cada una de las descripciones de las figuras, aunque a veces, por excepción, nuestro Código utiliza voces que significan algún énfasis en el aspecto subjetivo como es el caso del incesto, respecto de las cuales en general la doctrina considera que significan la exclusión del dolo eventual⁸⁴.

En nuestro Código no se define actuación dolosa. La doctrina categóricamente descarta la aplicación del concepto civil, expuesto en el artículo 44 del Código del ramo, por no estar de acuerdo con la exigencia subjetiva del delito. En la actualidad, la doctrina precisa la actuación con dolo, y la define como aquella en que el sujeto conoce y quiere la realización del hecho típico⁸⁵.

Respecto a este punto, resulta de utilidad revisar someramente la fórmula del ordenamiento español, que en cierta medida contradice la nuestra, respecto del dolo. El profesor Bacigalupo⁸⁶ relaciona los conceptos de dolo y error; define dolo como el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan a la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto de protección. En la misma idea, argumenta cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo Español⁸⁷, donde se plantea que

⁸⁴ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 254.

⁸⁵ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 255.

⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal General. 2ªed. Buenos Aires Argentina. Editorial Hammurabi, 1999. Página 317.

⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. Página 319.

es necesario, para dar por satisfecho el elemento volitivo del dolo, únicamente la indiferencia del autor frente a la representación de la producción del resultado.

En el ámbito nacional, respecto del delito de incesto, es transversal la idea dentro de los autores en exigir, como elemento subjetivo del delito el dolo directo. Lo anterior atendida la exigencia expresa que el tipo penal hacía (y aun hace) respecto al cabal conocimiento de las relaciones, que ligan a los involucrados en los hechos antes de vincularse sexualmente.

El profesor Rodríguez⁸⁸ argumenta que esta exigencia de mayor certeza se funda en restringir la aplicación de esta figura por un tema de política criminal, ya que según su postura el derecho penal ha invadido un campo que debió dejarse a la moral.

Finalmente, el profesor Montt⁸⁹ también justifica la exigencia de dolo directo, pero por la naturaleza de la figura, donde se exige que la acción sea voluntaria y ejecutada de manera personal, esto es, una manifestación de voluntad directa dirigida a un fin (la acción de naturaleza sexual). A modo de conclusión, el dolo se conforma con el conocimiento que deben tener ambos autores, del vínculo de filiación que los une, y la voluntad de realizar la acción de carácter sexual, a pesar de la prohibición de carácter penal impuesta.

⁸⁸ RODRIGUEZ COLLAO, Luís. Op. Cit. Página 261.

⁸⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 481.

3.4.1.- El error.

Es de suma importancia, en razón de la exigencia expresa que hace el artículo 375 de nuestro Código Penal, en cuanto al conocimiento del parentesco, analizar el error como causal de exclusión de dolo en materia de incesto. Se expondrán a continuación breves nociones de lo que se ha entendido por error y sus clases.

La primera idea relevante es la distinción entre el error esencial y el accidental. El primero es aquella ignorancia sobre los elementos del tipo penal mismo, que por cierto se ha entendido que excluye el dolo.⁹⁰ El error accidental es aquella ignorancia sobre cualquier otro elemento que la ley no ha considerado en la descripción típica, por ejemplo: Pedro mata a Juan por ser el amante de su mujer, pero en realidad el amante es Mario. El artículo 391 no distingue motivos, prohíbe el simple hecho de matar.

El error esencial por sí solo no significa impunidad para el autor de la conducta, ya que, dependiendo de las circunstancias se puede aun ser responsable por cuasidelito. De esta idea surge el concepto de error vencible e invencible. El primero excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa; el segundo, excluye tanto el dolo como la culpa.⁹¹

Hecho el análisis anterior, podemos concluir que el hecho de calificar como esencial e inevitable el error, dependerá de la figura y las circunstancias que rodeen la ejecución de la conducta, pero dichos parámetros son indispensables para fijar el piso mínimo del debate

Si bien en materia de delitos contra las personas, la identidad del sujeto no forma parte de la descripción típica y, por tanto, resulta irrelevante para estos efectos, respecto del delito de incesto la identidad de la persona y su origen resulta fundamental, por cuanto es el factor que determina la sanción penal. El aspecto entregado al sentenciador, es calificar la diligencia de los sujetos, relacionada con la

⁹⁰ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 261.

⁹¹ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 263.

posibilidad que ambos tenían de estar en conocimiento de la prohibición penal de vincularse sexualmente, debido al parentesco que mantienen.

Finalmente, si concurre la circunstancia que configure un error esencial e inevitable en un caso determinado, se ha discutido que efectos produce desde el punto de vista punitivo en la figura. La doctrina mayoritaria, que distingue el dolo como elemento del tipo y a su vez la conciencia de ilicitud, derivado de una interpretación del artículo 1 del Código Penal, le atribuye al error un efecto excluyente de culpabilidad. La jurisprudencia a nivel nacional, recientemente ha dado acogida a este criterio, influida por el meritorio trabajo del profesor Enrique Cury.⁹² En definitiva, si concurre el error de las características enunciadas, la conducta debe quedar sin sanción.

⁹² POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 326.

IV. CAPÍTULO CUARTO: ITER CRIMINIS, PARTICIPACION Y CONCURSOS.

4.1.- Iter Criminis

4.1.1.- Tentativa.

En doctrina nacional, el profesor Cury⁹³ define tentativa de acuerdo al artículo 7 del Código Penal, como aquella situación donde el culpable da principio de ejecución al crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su cumplimiento.

El profesor Etcheberry expone los requisitos de la tentativa⁹⁴:

- Realización de hechos externos; que representen un comienzo de ejecución, por lo que resulta esencial que se trate de una conducta divisible en diversas etapas.
- Subjetivamente se exige dolo directo, un propósito claro y definido hacia la obtención de un resultado criminal específico.

Respecto de lo que debe entenderse por principio de ejecución, existe un profuso debate que por la extensión de este trabajo no es posible abordar en profundidad, sólo mencionar que nos parece conveniente acogerse a la teoría mixta⁹⁵, que define principio de ejecución como aquella cadena de actos, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como elementos de la misma según su

⁹³ CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General Tomo II. 2ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1992. Página 184.

⁹⁴ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General Tomo II. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Página 63.

⁹⁵ CURY, Enrique. Op. Cit. Página 190.

concepción natural, asociado a la puesta en peligro del bien jurídico protegido. Nuestra jurisprudencia⁹⁶, también hace hincapié en el mismo punto.

La norma que consagra el incesto, está construida sobre un cúmulo de conductas esencialmente divisibles, que por lo mismo, son compatibles con la tentativa, según se den los requisitos que estipula el legislador como mencionamos: dolo directo de ejecutar la conducta con un propósito criminal definido, y dar principio de ejecución a ésta por medios idóneos, faltando algunos para su complemento.

Respecto al caso de la figura de incesto, existen parámetros que se exponen en la jurisprudencia nacional, para efectos de precisar la naturaleza de los hechos que componen el grado de tentativa. El criterio jurídico⁹⁷, ya asentado, es relacionar el artículo 7 de nuestro Código, con la norma penal particular. Ejecutando dicho ejercicio, podemos esbozar la tentativa de incesto como: aquellos actos que se encuentran en conexión de espacio, tiempo y consumación, con la ejecución de conductas de naturaleza sexual entre los parientes que la ley prohíbe.

⁹⁶ Sentencia Definitiva. Corte Suprema de Justicia Chile, ROL: 1.719-07, 24 de septiembre de 2007.

⁹⁷ Sentencia Definitiva Corte Suprema de Justicia Chile, ROL: 1.235-03, 25 de agosto de 2003,

4.1.2.- Frustración.

La frustración por otra parte, se define como aquella forma imperfecta en que aparece el delito, que consiste en la realización subjetiva de la conducta, no quedándole al sujeto activo nada por hacer, faltando el resultado únicamente por elementos externos como actos de terceros o fenómenos naturales independientes⁹⁸. Se expondrá en pasajes posteriores, otras características específicas del incesto como delito. Para efectos de este apartado, es importante mencionar que se clasifica en doctrina como una figura de mera actividad y de ejecución instantánea, lo que en definitiva significa, que el agotamiento se produce por la sola ejecución de la acción sancionada, por ello, la frustración es incompatible desde el punto de vista objetivo en relación a las exigencias del delito⁹⁹.

4.1.3.- Consumación.

Es importante mencionar la distinción entre la consumación y agotamiento. Se produce éste último, cuando el sujeto activo obtiene el resultado a causa del cual ha ejecutado la conducta típica, por ejemplo el homicidio con fines hereditarios¹⁰⁰. El agotamiento, a su vez cobra importancia en algunas hipótesis de participación criminal y de concurso de delitos, que no resultan atingentes al incesto en virtud de ser ésta una figura de mera actividad.

Finalmente, la consumación se produce con la plena y total realización de la descripción legal de la figura típica¹⁰¹. En el caso del incesto como figura que protege un bien jurídico especial, se produce con la realización material del acto o acción de

⁹⁸ Sentencia definitiva Corte Suprema de Justicia de Chile. Rol 1.719-2009, 24 de septiembre de 2009.

⁹⁹ RODRIGUEZ, Luís. Op. Cit. Página 260.

¹⁰⁰ CURY, Enrique. Op. Cit. Página 202.

¹⁰¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998. Página 67.

significación sexual, que afecta el orden de la familia, que modifica desde el punto de vista sexual la conducta y la función de los integrantes del grupo.

4.2.- Participación Criminal.

4.2.1.- Autor.

El concepto de autor en nuestro ordenamiento, es de carácter primario, es decir, únicamente habrá complicidad, cuando no se es considerado autor conforme al artículo 15, a su vez también se aplica el mismo principio para calificar al encubridor.

El profesor Etcheberry¹⁰² expone que la misión del intérprete no es necesariamente buscar un concepto general de autor, sino más bien un sujeto de imputación, es decir, una base lógica para sostener que un determinado acto puede ser atribuido a determinado sujeto. A nivel dogmático, se exponen distintas teorías que aterrizan tal idea al caso concreto. Un sector de la doctrina¹⁰³ ha expuesto que en nuestro Código Penal rige la teoría del dominio del hecho. Etcheberry critica esta teoría por no tener fundamento para los casos límite, y por no ajustarse al tenor del artículo 15, norma donde se describen los autores. En general esta crítica es compartida en doctrina nacional¹⁰⁴, donde se expone un concepto netamente normativo de lo que debe entenderse por autor.

El profesor Labatut en el mismo sentido, califica de extensivo a nuestro concepto de autor, explicando la penalidad de las formas del artículo 15 de acuerdo a la gravedad

¹⁰² ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998(b). Página 85.

¹⁰³ YAÑEZ, Sergio. Problemas Básicos de Autoría y Participación en el Código Penal Chileno. Valparaíso. Editorial Edeval, 1975, Página 165.

¹⁰⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. Página 303.

del resultado producido¹⁰⁵. Sin embargo, según lo expuesto, no estando exento de críticas, nuestro ordenamiento jurídico se tiende a alejar del problema dogmático de la autoría.

Refiriéndonos al problema de la autoría, respecto del delito de incesto en particular, el profesor Labatut¹⁰⁶ involucra a ambos sujetos, él opinaba que “existen dos delincuentes”, salvo que, concurra la extraordinaria situación donde uno de ellos desconozca el parentesco que los une. En la misma línea, para el Profesor Rodríguez, los involucrados en estos hechos, salvo alguna circunstancia excepcional, también incurrirán en responsabilidad como autores materiales del delito de incesto¹⁰⁷,

Rodríguez, a su vez, forma parte de la doctrina mayoritaria, que clasifica el incesto como un delito de propia mano¹⁰⁸. Esta característica se debe considerar de suma importancia, debido a que lleva a la conclusión que respecto de este delito, no procede la autoría mediata. El profesor Montt¹⁰⁹ opinaba en el mismo sentido, para él no existe en este caso víctima particular y ambos involucrados incurrir en responsabilidad a título de autor. El profesor Montt, refuerza aún más la naturaleza personalísima de la ejecución de esta conducta por las exigencias subjetivas del delito, es decir, el consentimiento para la acción de naturaleza sexual y el conocimiento cabal del parentesco de los involucrados.

En doctrina, existe divergencia de criterios dado que un sector expone al incesto como un caso de coautoría, y la jurisprudencia en conjunto con otro sector de la doctrina opina que el incesto es una figura de participación necesaria, característica

¹⁰⁵ LABATUT, Gustavo. Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1958. Página 334.

¹⁰⁶ LABATUT, Gustavo. Op cit. Página 440.

¹⁰⁷ RODRIGUEZ, Luís. Op. Cit. Página 260.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Página 260.

¹⁰⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 309.

que, a juicio del suscrito, es la correcta por los argumentos que someramente se expondrán.

Para efectos de clarificar este punto, es necesario precisar algunas nociones básicas de lo que se ha entendido por coautoría en nuestro ordenamiento. El profesor Cury¹¹⁰ la define como:

“aquella situación que concurre cuando los involucrados en un ilícito deciden sobre su consumación en conjunto, dividiendo la ejecución del hecho, existiendo concierto previo sobre la ejecución”.

Lo particular de la coautoría, es que el dominio de los hechos reside en todos los involucrados, donde cada uno de ellos posee el destino global de los mismos. Lo anterior se traduce en que los involucrados no puedan ejecutar el hecho por sí solos¹¹¹.

La esencia de la conducta descrita, radica en que cada uno de los sujetos debe participar del hecho común, cualquiera sea la actividad que desarrolla para llevarlo a cabo¹¹², concurriendo el concierto previo. En nuestro ordenamiento, todo lo anterior se consagra en la fórmula del artículo 15 N° 1 del Código Penal bajo dos modalidades: “Los que toman parte en la ejecución de un hecho... de manera inmediata y directa” o “procurando impedir que se evite”.

El profesor Cury¹¹³, a propósito del delito de violación, identifica de manera precisa la dificultad de este concepto, en relación a un grupo particular de conductas entre ellas, el incesto. Este autor acepta la coautoría en los tipos penales complejos, donde cada uno de los concurrentes ejecuta acciones típicas distintas de manera autónoma. Luego, en el desarrollo de su obra, esboza el problema de la siguiente manera:

¹¹⁰ CURY, Enrique. Op. Cit. Página 241.

¹¹¹ POLITOFF, Sergio., MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 449.

¹¹² GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. Pagina 312.

¹¹³ CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General Tomo II. 2ºed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Página 240.

“...la cosa es mas difícil, y ha dado lugar a una extrema polémica, si sólo algunos ejecutan acciones típicas, en tanto que otros cumplen funciones distintas, en si, atípicas pero decisivas para la consumación del hecho...”

A pesar de que la teoría de la participación necesaria, originada en el ordenamiento español, no es de aplicación práctica a nivel nacional, nos parece un concepto mucho más preciso que el de coautoría, dada la naturaleza específica de la conducta incestuosa. Lo anterior, por cuanto en el incesto, al menos, uno de los sujetos desempeña conductas alternativas que no necesariamente son parte de la descripción típica construida por interpretación, pero que sin perjuicio resultan absolutamente indispensables para consumir la figura.

Otro tema relevante en el apartado de la autoría, es la inducción en materia de incesto. Esta figura se trata en el artículo 15 N° 2 del Código Penal: “Los que fuerzan o inducen a otro directamente a ejecutarlo”. Se define como aquel que de forma directa hace nacer en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosa, típica y antijurídica. Sus requisitos son:

- El instigado debe ser autor del delito. Lo anterior presupone una actuación libre y sin error del instigado.
- La instigación debe ser directa y determinada respecto del delito.
- Por último la instigación debe ser aceptada por el instigado¹¹⁴.

Dadas las características específicas de esta figura, el criterio de la doctrina mayoritaria, lleva a concluir que no es procedente la inducción en materia de incesto, por ser un delito de propia mano. Sin perjuicio de lo anterior, a juicio del suscrito, es importante considerar las opiniones de los autores que adscriben a un criterio de mayor pragmatismo, como Roxin, que pone énfasis en las características del bien jurídico del delito particular. Estos autores aceptan la inducción debido cuando la conducta se ejecuta por sujetos extraños al grupo familiar, por cuanto, no existe impedimento de

¹¹⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 429.

hecho para que un tercero vulnere el bien jurídico especial, objeto de protección de de ciertos delitos¹¹⁵.

4.2.2.- Cómplice.

En nuestro ordenamiento, los cómplices se consagran en el artículo 15 N° 3 y en el artículo 16 del Código Penal¹¹⁶. El cómplice es un sujeto que actúa con dolo propio, este es, que el autor cumpla con su objetivo. Los cómplices participan de un hecho ajeno y la sanción depende en buena medida del autor del mismo.

Como requisito objetivo para sancionar a quien participa de un hecho ajeno, se establece, lo que se conoce como el grado de accesoriedad. En opinión del profesor Montt, la complicidad se satisface con la accesoriedad media, es decir, debemos encontrarnos ante un hecho típico y antijurídico: no se requiere que el autor sea culpable, para ello se argumenta en base a los mismos artículos 15 y 16 que hablan de la participación en un hecho. En consecuencia la complicidad para existir requiere que concurren tres condiciones:

- El sujeto no debe ser autor,
- Haber realizado una actividad de colaboración a la del autor, sea antes o durante la ejecución del hecho
- La colaboración debe ser considerada por el autor en la comisión del ilícito.¹¹⁷

¹¹⁵ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Madrid. España. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 2000. Página 460.

¹¹⁶ POLITOFF, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 402.

¹¹⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. Página 418.

Refiriéndose a los demás partícipes en relación al incesto, resulta atingente a nuestro juicio, la tesis del profesor Roxin, planteada genéricamente en el apartado anterior. Éste autor plantea la siguiente interrogante: ¿Que sanción debería recibir la dueña de un burdel en Hamburgo que concierta un encuentro sexual entre hermanos que no se conocen entre ellos?

Roxin argumenta en base a la teoría de los profesores Lange y Franzhein, para sancionar de manera especial a los partícipes, según si la figura¹¹⁸ se encuentra estructurada de manera, que el fundamento de la sanción sea la lesión efectiva a un bien jurídico factible de realizar por un tercero, refiriéndose de manera específica al incesto. Dicho ejemplo es sumamente ilustrativo, para efectos de clarificar que sanción debiesen tener los extraños que participen en estos hechos, dando lugar a nuestro juicio a la complicidad y al encubrimiento.

La teoría expuesta, resulta argumento suficiente a juicio del suscrito, para sancionar a título de incesto al tercero extraño, que facilita su colaboración para la ejecución de la conducta. En el caso particular del ejemplo, la dueña del Hotel facilita infraestructura, para la ejecución de la conducta, que resulta fundamental y considerada por la privacidad que otorga, por ello debe recibir sanción especial.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. Op. Cit. Página 460.

4.2.3.- Encubridor.

La figura del encubridor se define en el artículo 17 del Código Penal:

“Los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes...”.

El profesor Montt¹¹⁹ enuncia los elementos que deben concurrir copulativamente para configurar un encubrimiento punible: conocimiento del hecho, no ser autor ni cómplice, intervención posterior a la ejecución, y que la actividad desarrollada sea alguna de las que describe la norma. Por último, debe tratarse de un crimen o simple delito.

Es de consenso que el encubrimiento se satisface con la accesoriedad total, es decir un hecho típico antijurídico y culpable. En cuanto al requisito de conocimiento del hecho, siguiendo el tenor literal de la norma, debemos concluir que es únicamente sancionable el encubrimiento cuando se actúa con dolo directo.

No se observa problemas en la concurrencia de estas formas de participación criminal, como ya se expuso, principalmente atendido a que la conducta misma es posible de fraccionar en distintos hechos, además de la especialidad del bien jurídico del delito, posible de vulnerar por un tercero, siempre y cuando, las circunstancias analizadas cumplan con las exigencias del artículo 17 de nuestro Código Penal.

¹¹⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. Página 324.

4.2.4.- Participación de Terceros.

En primer término, para resolver el problema de la sanción de los terceros, debemos caracterizar de manera técnica el delito en estudio.¹²⁰ Fuera de lo ya enunciado es importante destacar, que se califica al incesto como una figura de acción, de lesión, instantánea y de mera actividad.

Lo anterior, porque es un delito que sanciona una conducta material en el mundo exterior, que al realizarse viola una norma de carácter prohibitivo, lesionando un objeto jurídico de protección de manera efectiva al consumarse, siendo indispensable además para el reproche de la conducta la calidad de parientes de los sujetos involucrados, ubicándose por último en un párrafo separado cuya única figura es justamente el delito de incesto, no presentando otros delitos de base. Es factible clasificar a su vez el incesto como una figura de mera actividad, por cuanto la norma no vincula la sanción a un resultado típico esperado.

Dicho lo anterior, se procede a exponer el tema de la sanción a los terceros involucrados en estos hechos.

En doctrina nacional, el profesor Etcheberry¹²¹ distingue entre las circunstancias modificatorias propiamente tales, de acuerdo a la esencia de los artículos 10 11, 12 del Código Penal, de aquellas que son parte integrante del tipo. Para resolver la problemática, recomienda el método de la supresión mental hipotética, es decir, si se suprime la circunstancia que se analiza, y la conducta sigue siendo delito, rige el artículo 64 inciso primero de nuestro Código, que prohíbe la comunicabilidad. En cambio, si la circunstancia analizada se suprime y la conducta queda impune, como el parentesco en el delito de incesto; si se comunica a extraños, dando lugar a la complicidad y otras formas de participación respecto de este delito.

¹²⁰ LABATUT, Gustavo. Derecho Penal Parte General Tomo I. 5ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1968. Página 219.

¹²¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998(b). Pagina 84.

En materia internacional, expusimos la teoría del profesor Roxin, que en definitiva llega a la misma conclusión, es decir, que el tercero debería ser sancionado penalmente a título de incesto por la naturaleza del bien jurídico involucrado en este delito.

A juicio del suscrito, ambas fórmulas expuestas, resultan aplicables al delito de incesto según nuestro ordenamiento. El incesto a nivel nacional, se estructura como una figura cuyo fundamento punitivo reside en la lesión de un bien jurídico: el orden de la familia en sentido amplio, dicho objeto de protección no está supeditado a un resultado determinado, como se estableció incluso por la misma Comisión Redactora de nuestro Código, así como también de acuerdo a la reforma originada en la ley 19.617. A mayor abundamiento no se observa dificultad, para que la vinculación sexual entre parientes no pueda ser influenciada por un tercero justamente con el objetivo de dañar un grupo familiar desde sus cimientos.

4.3.- Concursos.

4.3.1.- Nociones Teoría Concursal.

La teoría concursal es un problema complejo, y en virtud de su extensión imposible abordar durante este trabajo. Sin embargo, para efectos de este apartado, expondremos someramente las principales hipótesis de conflicto y los métodos de solución probables.

La regla general, en nuestro ordenamiento jurídico, es la acumulación material de penas del inciso primero del artículo 74 del Código Penal. A partir de esa regla base, se encuentran numerosas excepciones. En primer lugar, el concurso aparente de leyes penales, que se resuelve en base a una serie de principios interpretativos, de los cuales resulta la persecución en base a una sola figura: la unidad jurídica de acción, es decir, aquella situación en que a pesar de existir varios supuestos típicos, o un mismo delito ejecutado varias veces, la ley los considera como uno solo. También, el concurso ideal propio e impropio del artículo 75, entre otros.¹²²

Analizaremos las hipótesis de mayor conflicto y relevancia jurídica en relación al delito objeto de nuestro análisis.

¹²² POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis. Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2002. Página 385.

4.3.2.- Incesto y Violación.

Refiriéndose al análisis específico de las hipótesis de conflicto, debemos mencionar que el delito de violación, actualmente, se consagra en el artículo 361 del Código Penal de la siguiente manera:

“Comete violación el que accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de 14 años, en alguno de los casos siguientes...”

Respecto del delito de violación e incesto, la jurisprudencia y la doctrina a lo largo de la historia han evolucionado de manera interesante a efectos de precisar el tipo de sanción en este caso.

En primer lugar, un sector minoritario de la doctrina,¹²³ opinaba que se debe tratar como una hipótesis de concurso ideal de delitos, por cuanto el comportamiento en determinadas circunstancias cumpliría las exigencias típicas tanto de la violación, como del incesto, excluyendo la aplicación de la agravante especial del artículo 13 del Código Penal ya que forma parte de uno de los tipos penales. Este planteamiento se apoya en ciertas reflexiones de la Comisión Redactora de nuestro Código, dicha idea, fue el criterio dominante de aplicación a su vez por nuestra jurisprudencia.

En segundo lugar, otro sector de la doctrina sostiene que entre la violación e incesto no existe concurso ideal, sino que se da una hipótesis de concurso aparente. Se considera que la primera de esas infracciones, en cuanto, contempla ciertas modalidades de ejecución particulares o exige que la víctima sea menor de 12 años, sería especial respecto del delito de incesto, dicho criterio ha sido apoyado por la jurisprudencia reciente.¹²⁴ En el mismo sentido, otra jurisprudencia ha declarado que el sujeto que emplea violencia o intimidación al realizar coito con la pariente, o si esta es menor de 12 años (14 en la actualidad), el tipo penal aplicable es violación ya que el

¹²³ LABATUT, Gustavo., Op. Cit. 152.

¹²⁴ Revista de Fallos el Mes N° 450. Sentencia Corte Suprema de Justicia Chile, 1996. Página 1013.

incesto requiere consentimiento libre e informado de ambos involucrados, o sea, nos encontramos ante una hipótesis de concurso aparente, que se resuelve por el principio de especialidad¹²⁵.

Una tercera posición, que también cuenta con apoyo jurisprudencial reciente, sostiene que el título de castigo en este caso es violación, no porque exista un concurso aparente de normas que se deba solucionar a favor de algún tipo sino que simplemente, porque el acceso carnal no consentido es ajeno a los requerimientos que formula el delito de incesto.¹²⁶

Dicha postura es reforzada por el profesor Rodríguez¹²⁷, quien es crítico de que se sancione el incesto en nuestro ordenamiento. Él expone que no puede existir hipótesis concursal alguna, respecto de los delitos analizados, ya que, ello supondría que el acceso carnal no consentido cumple las exigencias del incesto. En relación con este último delito, la voluntad de los intervinientes es un elemento del tipo, de manera que la concurrencia de alguna de las modalidades ejecutivas del delito de violación convierte el comportamiento atípico respecto del delito de incesto. Ésta última tesis, es a nuestro juicio, la que se debiera imponer como criterio permanente, debido a que cumple con los principios penales y constitucionales vigentes en especial, el non bis in idem.

¹²⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 436.

¹²⁶ RODRIGUEZ, Luís. Op. Cit. Página 272.

¹²⁷ Ibidem. Página 272.

4.3.3.- Incesto y Estupro.

El delito de estupro, se encuentra previsto y sancionado en el artículo 363 del Código Penal, de la siguiente manera:

“... 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 siguientes circunstancias...”

Subjetiva y objetivamente ambas figuras son radicalmente distintas. Respecto del incesto, hemos expuesto latamente que es un caso de un delito de participación necesaria, especial propio y de propia mano, supone un contacto sexual consentido, libre personal e informado respecto del acto sexual, así como también, del vínculo de parentesco que une a ambos involucrados. Del análisis orgánico de la normativa penal, en especial los artículos 365 y siguientes, los únicos sujetos que válidamente pueden consentir algún acto de significación sexual son los mayores de 18 años, lúcidos desde el punto de vista mental y físico, circunstancia radicalmente opuesta a lo que se exige en el tipo penal de estupro.

El delito de estupro supone una relación igualmente consentida, pero en la expresión de voluntad concurre una circunstancia que la vicia. Además exige como requisito objetivo la participación de una persona de un rango de edad específico, entre los 14 y los 18 años.

A juicio del suscrito, la problemática planteada se debe resolver de manera análoga al delito de violación, dando por reproducido los argumentos expuestos a propósito de dicho apartado. La solución se debe enfocar en la valoración de cada ofensa particular, cediendo ante el delito de mayor penalidad, esto es estupro, por cuanto consiste en una forma de abuso. Cabe agregar, para finalizar, que según doctrina, procede la exclusión de la agravante del artículo 13 por ser parte del tipo penal de estupro en determinadas circunstancias¹²⁸.

¹²⁸ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. 2005(b). Página 436.

4.4.- Delito Continuado.

Analizaremos también el problema del delito continuado y su aplicación al incesto. A grandes rasgos, los requisitos que la doctrina expone para este concepto son los siguientes¹²⁹:

- Pluralidad de actos. Diversos comportamientos separados cronológicamente uno de otro.
- Unidad de lesión jurídica. Este requisito dice relación con la homogeneidad que deben poseer las distintas acciones respecto de las normas penales vulneradas, no puede haber continuidad entre un hurto y un incendio. Es decir identidad del tipo penal realizado en diversas ocasiones, un derecho violado¹³⁰.
- Conexión entre las acciones: Vínculo subjetivo entre cada acto que diga relación con un propósito global constitutivo de continuidad. En la doctrina nacional se exige como criterio más óptimo en este punto la unidad de propósito respecto del fin de los actos que originan la continuidad.

Respecto de la penalidad del delito continuado, existen diversas posturas en la doctrina:

-En primer lugar, la sanción como un único delito¹³¹.

Esta solución se funda en la teoría de la unidad jurídica e implica sostener que estamos en presencia de una única acción cuyo aspecto interno, voluntad finalista, es único y cuyo aspecto externo (proceso ejecutivo), se ha fraccionado por razones circunstanciales. No obstante la simpleza preliminar de esta tesis, se complica, tal como lo reconoce el profesor Garrido Montt, cuando las diversas acciones alcanzan

¹²⁹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998 (b). Página 110.

¹³⁰ POLITOFF, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre., RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 453.

¹³¹ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998 (b). Página 112.

etapas de ejecución distintas, también cuando concurren respecto de unas circunstancias modificatorias de responsabilidad que se comunican. En estos casos, se debe considerar la infracción mas grave como guía para el resto, posición que se ve reforzada por el artículo 351 del Código Procesal Penal.

-Sanción como concurso ideal.¹³²

Esta propuesta reconoce la concurrencia de varias acciones que en principio darían lugar a varios delitos, que por una especial valoración jurídica, atendido el vínculo de continuidad, deben ser tratados como uno solo. Es la tesis del profesor Cury que hace aplicable a esta hipótesis el artículo 75.

-Sanción de acuerdo a la reiteración de delitos de la misma especie.¹³³

Esta propuesta supone aplicar las reglas contenidas en el artículo 509 inciso 1º del Código de Procedimiento Penal y en el artículo 351 del Código Procesal Penal. Esta última norma reproduce en general la anterior con modificación de importancia. En primer lugar, le pone tope al aumento de penalidad, hasta 2 grados y precisa los delitos de la misma especie, es decir, aquellos que afectan el mismo bien jurídico. Se hace hincapié en que existe la facultad del juez de imponer la acumulación material, cuando existe mayor beneficio para el imputado.

Si el incesto cumple o no con estas características es discutible, y la solución dependerá a nuestro juicio de la naturaleza del resultado criminal. Parece lógico, atendido los principios constitucionales vigentes, que la reiteración de acciones de naturaleza sexual entre los parientes, que la ley prohíbe, se debe sancionar con las normas del concurso medial de delitos siempre, teniendo presente la extensión del mal causado y cuando fuese de mayor beneficio para el reo.

¹³² ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998 (b). Página 114.

¹³³ ETCHEBERRY, Alfredo. Op. Cit. 1998 (b). Página 115.

CONCLUSIONES.

Luego de exponer el debate más actual en torno al delito de incesto, salta a la vista la complejidad del problema. Regular conductas que conciernen a la esfera íntima de las personas, saca a relucir más que argumentos técnicos, los valores morales y religiosos de los distintos actores, lo que conduce a perder de vista el problema central sobre el cual se debe reflexionar que es la ponderación de bienes jurídicos para contar con una efectiva legislación penal.

Uno de los debates jurídicos de mayor trascendencia respecto del incesto, ha sido el referente al aspecto del bien jurídico. Algunos autores creen que lo que está detrás de este delito es una mera consideración moral del Estado, improcedente y derechamente ilegal, dada la vulneración de la libertad sexual de individuo. De acuerdo a los argumentos expuestos por diversos autores, cuyo resumen aquí se ha entregado, creemos que sí existe un bien jurídico que proteger: este es el orden de la familia en sentido amplio, es decir, la alteración de las funciones consagradas en la ley para cada uno de los miembros del grupo familiar.

Debido a las características especiales de este objeto de protección, concluimos también que la vulneración de éste se puede manifestar de diversas maneras, siendo la más grave por cierto, la producción de descendencia, principalmente porque la actual fórmula no exige resultado alguno para la sanción penal de la conducta. Lo confuso que resulta aplicar la normativa común, a juicio del suscrito constituye razón suficiente para considerar en un futuro próximo una reforma sustancial del artículo 375, básicamente porque la actual fórmula no aporta información al sentenciador sobre que conductas específicas se debe sancionar bajo este delito.

Refiriéndose a una de las principales ideas propuesta por el presente trabajo, debemos destacar que “el orden de las familias” es un valor relevante en toda sociedad, expone la naturaleza misma del ser humano como ser social. Dicho objeto de protección, por sus especiales características ya analizadas, llevan a concluir que tal cual como se consagra el delito hoy, éste requiere la ampliación del objeto de

sanción penal, es decir, no solo se debe sancionar la cópula heterosexual vaginal, sino también la homosexual y las otras modalidades de acceso carnal que se consagran a propósito del delito de violación, en general, toda acción de naturaleza sexual ejecutada, incluso entre quienes no pueden producir descendencia, lo anterior ya que si la norma no distingue una cuestión de tal importancia, al sentenciador no le corresponde ejecutar esta tarea.

Razonar en otro sentido, nos conduciría a consecuencias ilógicas según los fundamentos expuestos por la misma doctrina y la jurisprudencia. ¿Debe quedar impune acaso el padre que accede carnalmente a su hija, por el sólo hecho de ser estéril?, ¿La unidad y la estabilidad psíquica de esa familia es posible que ante semejante acto queden indemnes?, a todas luces las respuestas son negativas.

Analizando la reforma más importante al delito objeto de esta investigación, expusimos también la polémica que se suscita entre los autores al debatir sobre la efectividad de la ley 19.617. Sectores de la doctrina son críticos¹³⁴ respecto de la sistemática de los delitos sexuales, se argumenta disconformidad por la insuficiencia y la falta de audacia para la introducción de cambios sustantivos basados en parámetros técnicos, más que en valoraciones morales, religiosas o de carácter personal. Sin perjuicio de lo anterior, también existen autores que alaban la pulcritud y la minuciosidad de la ley 19.617 en relación a la creación de distintas conductas para poner acorde a los tiempos modernos nuestra obsoleta legislación penal en materia de delitos sexuales.¹³⁵

Existen dos vías que a juicio del tesista, se debiesen tener presentes para una futura reforma a este delito. En primer lugar, un cambio en el artículo 375 del Código Penal, que apunte en la dirección de precisar la descripción legal de la conducta que constituye incesto, bajo parámetros de mayor objetividad.

¹³⁴ RODRIGUEZ, Luis. Op cit. Página 22.

¹³⁵ POLITOFF, Sergio. MATUS ACUÑA, Jean Pierre. RAMIREZ, Cecilia. Op cit. Página 247.

Existe en nuestro ordenamiento penal, una norma concreta en relación a lo anterior, que se debe tener presente para uniformar criterios en esta materia, ella es el artículo 366 ter del Código Penal que consagra lo siguiente:

“... se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima aun cuando no hubiera contacto corporal con ella.”

Dicha descripción nos parece del todo acertada, lógica y acorde a los principios y normas de nuestro ordenamiento penal, civil y constitucional.

La segunda vía, expuesta en el debate parlamentario de la ley 19.617 por el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es derechamente la derogación del delito, por infringir la libertad sexual de las personas, entre otros argumentos.

Unido a lo anterior, refiriéndose a soluciones alternativas, parece de toda lógica que el Estado trate estos quiebres familiares dentro de una sede especializada, es decir los Tribunales de Familia. Lo anterior se debe realizar desde dos puntos de vista, en primer lugar, deben ejecutarse los tratamientos recuperativos necesarios con los profesionales competentes para, en la medida de lo posible, volver a constituir un grupo familiar adecuado para el desarrollo de sus integrantes. En segundo lugar, en la imposibilidad de lo anterior, aplicar las sanciones civiles que correspondan por la infracción de los deberes consagrados en la ley según concurren los presupuestos de derecho, en materias como alimentos, derechos hereditarios, etc.

Es ésta la solución que compartimos, por ser mucho menos lesiva, acorde a un ordenamiento jurídico moderno y por cierto de mayor utilidad final que la intervención penal, además de reforzar la protección constitucional que se otorga a la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Para finalizar, es importante precisar que como sociedad es loable tomar la opción de proteger al grupo familiar, pero es deber del legislador alejarse de las consideraciones políticas, electorales, y religiosas que dominaron el debate legislativo sobre las reformas actuales de la materia, para cumplir a cabalidad con su deber: dotar a nuestra sociedad de una legislación útil, que garantice nuestro desarrollo y una convivencia pacífica.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- ACTAS Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno. Santiago. Imprenta de la República, 1873.
- 2.- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Parte General. 2ª ed. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, Republica Argentina, 1999.
- 3.- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Parte General Tomo I. 2ª ed. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2007.
- 4.- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal. Tomo II: Teoría del Delito. 2ª ed. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2007(b).
- 5.- CERDA, Rodrigo y HERMOSILLA, Francisco. Código Penal: Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal. Santiago. Editorial Librotecnia, 2006.
- 6.- COX, Juan Pablo. Abusos Sexuales; aproximación dogmática. Santiago. Editorial Lexis Nexis, 2003.
- 7.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial Tomo II. 12ªed. Barcelona, España. Editorial Bosch, 1967.
- 8.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial Tomo II. Barcelona, España. Editorial Bosch, 1967.
- 9.- CURY, Enrique. Derecho Penal Parte General Tomo I y II. 2ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- 10.- DIEZ, José Luis. La Protección de la Libertad Sexual; insuficiencias actuales y propuesta de reforma. Barcelona, España. Editorial Bosch, 1985.
- 11.- DIEZ, José Luis. El Derecho Penal ante el Sexo. Barcelona, España. Editorial Bosch, 1981.

- 12.- ETCHEBERRY, Alfredo. El Derecho Penal en la Jurisprudencia: Sentencias 1875-1966 Tomo III Parte Especial. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 13.- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General Tomo I. 3ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- 14.- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte General Tomo II. 3ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998(b).
- 15.- ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal. Parte Especial Tomo IV. 3ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1998(c).
- 16.- FLORES, Ivonne. Tratado de los Delitos Sexuales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 17.- FLORES, Melva y ARACENA, Lorena. Tratado de los Delitos Sexuales. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 18.- FUENSALIDA, Alejandro. Concordancia y Comentarios al Código Penal Chileno Tomo III. Lima, Perú. Imprenta Comercial, 1883.
- 19.- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte General Tomo II. 2ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- 20.- GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal Parte Especial Tomo III. 2ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2005(b).
- 21.- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz. El Sistema Filiativo Chileno. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- 22.- GROIZARD, Alejandro. El Código Penal de 1870 concordado y comentado. Tomo V. Madrid, España. Editorial Sucesores J. A. García, 1913.
- 23.- JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo I. 3ªed. Barcelona, España. Editorial Bosch Traducción, 1978. Página 9.

- 24.- LABATUT, Gustavo. Manual de Derecho Penal. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1948.
- 25.- LABATUT, Gustavo. Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- 26.- LABATUT, Gustavo. Derecho Penal Parte General Tomo I. 5ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1968.
- 27.- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal Parte Especial Tomo IV. 4ªed. Bogotá Colombia. Editorial, 1955.
- 28.- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia. Santiago. Legalpublishing Chile, 2011.
- 29.- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Derecho Penal: Criminología y Política Criminal en el Cambio de Siglo. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2011(b).
- 30.- MATUS ACUÑA, Jean Pierre. El Concurso Aparente de Leyes. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2011(b).
- 31.- MUÑOZ, CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. 4ªed. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 2007.
- 32.- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte Especial. 15ªed. Valencia, España. Tirant lo Blanch, 2004.
- 33.- ORTS, Enrique. Delitos contra la Libertad Sexual. Valencia, España. Editorial Tirant lo Blanch, 1995.
- 34.- OXMAN, Nicolás. Libertad Sexual y Estado de Derecho en Chile. Santiago. Editorial Librotecnia, 2007.
- 35.- PACHECO, Joaquín Francisco. El Código Penal Concordado y Comentado, Tomo III. Madrid, España. Imprenta Manuel Tello, 1888.

36.- PFEFFER, Emilio. Constitución Política de la República. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2011.

37.- POLITOFF, Sergio. Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica Conosur, 1997.

38.- POLITOFF, Sergio; RAMÍREZ, María Cecilia; MATUS ACUÑA, Jean Pierre. Lecciones de Derecho Penal Chileno Tomo I y II. 2ªed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

39.- RAMOS PAZOS, René. Derecho de Familia. Santiago. 6ªed. Editorial Jurídica de Chile, 2007.

40.- RODRÍGUEZ, Luis. Delitos Sexuales: de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 19.617. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2000.

41.- ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal. Madrid, España. Ediciones Jurídicas y Sociales Marcial Pons, 2000.

42.- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I. Madrid, España. Editorial Civitas, 1997.

ANEXOS.

Extractos Jurisprudencia Criminal. Revista Fallos del Mes 2003-2010. Revista Gaceta Jurídica 1995.

Libro Primero Código Penal.

-Artículo 7.

Entrada: requisitos del dolo. En el ámbito de la tentativa, únicamente es posible actuar con dolo directo desde que su existencia requiere que todos los actos realizados por el actor subjetivamente los haya orientado en dirección al objetivo criminal, siendo indispensable su intencionalidad destinada al propósito final, basta para concluir lo anterior el tenor literal de la norma, que expresa como requisito para configurar tentativa, dar principio de ejecución por hechos "directos", al hecho punible.

C. Suprema, 24 de septiembre de 2007, rol N° 1.719-07, FM N° 548, fallo n°6. Sec. Criminal. Pág. 522.

Entrada: Tentativa aplicación. La descripción de aquello en que consisten los hechos tentados, se obtiene de unir el contenido del artículo 7 inciso final, con el respectivo tipo penal consumado consagrado ya sea en la parte especial del estatuto sancionatorio u otra ley.

C. Suprema, 25 de agosto de 2003, rol n°1.235-03, FM n° 513, fallo n°1, Sec. Criminal Pág. 2033.

Entrada: tentativa aplicación. Existe tentativa cuando el delincuente, da principio de ejecución al ilícito por medios materiales directos, objetivamente idóneos, para causar

el resultado típico, pero faltan uno o más de ellos para su complemento, todo apreciado en abstracto.

C. Suprema, 18 de Enero de 2006, rol n°5.960-05, FM n° 530, fallo n°15, Sec. Criminal. Pág. 3689

-Artículo10n°1

Entrada: Aplicación. Al configurarse la privación parcial de razón, no es dable por lógica que el sujeto activo obre con alevosía ni menos con premeditación conocida.

C. Suprema, 04 de marzo de 1995, rol n°30.907, GJ n° 177, fallo n°1. Sec. Criminal. Pág. 83.

Entrada: caso. Se declara que los trastornos de personalidad asocial, no constituyen enajenación mental por cuanto es poco probable que este tipo de personalidades puedan ser manipuladas por otros, ya que por sus características, la capacidad de discernimiento, no se ve afectada siendo ellos mismos quienes lideran o dominan sus decisiones.

C. Suprema, 30 de mayo de 2007, rol n°1.197-07, FM n° 545, fallo n°2. Sec. Criminal. Pág. 894.

Entrada: Caso. Necesariamente debe excluirse la embriaguez, como hipótesis de privación de razón que da lugar a la eximente de responsabilidad criminal comentada, cuando dicho estado sea procurado por un acto voluntario del sujeto.

C. Suprema, 14 de octubre de 2003, rol n°3.585-03, FM n° 515, fallo n°6. Sec. Criminal. Pág. 287.

Entrada: Eximente de responsabilidad penal aplicación. Recibe aplicación cuando por cualquier causa no dependiente del sujeto se ve afectada su voluntad, en el sentido de ver anulada, su capacidad de juicio y discernimiento respecto de sus acciones.

C. Suprema, 25 de Marzo de 2004, rol n°5.208-03, FM n° 520, fallo n°3. Sec. Criminal. Pág. 175.

-Artículo 10n°4

Entrada: Agresión ilegítima concepto. Consiste en cualquier injerencia ilícita en la esfera de los bienes jurídicos reconocidos como tales al atacado, facultando al agredido para defender no solo su persona sino que también cualquier derecho amenazado perdura mientras subsistan los arrestos ofensivos del agresor a lo largo de todos los cuales es posible un rechazo justificado.

C. Suprema, 23 de abril de 2003, rol n°333-03, FM n° 509, fallo n°4. Sec. Criminal. Pág. 534.

Entrada. Caso. Todo hecho que sirva para acreditar los presupuestos no solo de esta sino de cualquier circunstancia eximente o atenuante, debe ser probado por quien lo invoca esto es el reo.

C. Suprema, 12 de junio de 1995, rol n°30.097, GJ n° 185, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 119.

Entrada: Necesidad racional del medio empleado aplicación. No implica proporcionalidad del armamento desde el punto de vista matemático, sino que hacer un juicio de razonabilidad atendidas las particularidades del caso concreto, tanto en las circunstancias de hecho como de los intervinientes.

C. Suprema, 24 de mayo de 2004, rol n°2980-02, FM n° 522, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 843.

-Artículo 10nº6

Entrada: Legítima defensa de un tercero aplicación. Debe excluirse del caso la eximente cuando el único y exclusivo motivo de actuación del sujeto, son de aquellos ilegítimos.

C. Suprema, 27 de julio de 2004, rol n°3.898-02, FM n° 524, fallo n°4. Sec. Criminal. Pág. 1499

-Artículo 11nº5

Entrada: Requisitos de procedencia. Se declara que debe probarse en juicio la perturbación anímica del sujeto, Esta debe producida por estímulos de tal entidad que hayan desembocado en arrebato, en la generalidad de las personas que se hubiesen visto involucradas en la situación de hecho analizada, afectando las facultades intelectuales del sujeto que impidan una adecuada dirección de la conducta conforme a sentido. Excluyéndose, los motivos ética y socialmente reprobables, que no mueven a la generalidad de las personas con arrebato para cometer delitos.

C. Suprema, 23 de abril de 2003, rol n° 303-03, FM n° 509, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 538.

C. Suprema, 01 de septiembre de 2005, rol n° 798-05, FM n° 537, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 2437.

-Artículo: 11 nº6

Entrada: caso. No basta para configurar la atenuante el certificado de antecedentes penales del sujeto por el hecho de ser una extranjera no residente en nuestro país.

C. A. de Santiago, 08 de marzo de 1995, rol n°39.245-94, GJ n° 177, fallo n°11, Sec. Criminal. Pág. 108

Entrada: irreprochable conducta concepto. Aquella que esta exenta de todo reproche, que no contravenga, los dictados de la moral, de la ley, o de las conveniencias sociales, no siendo aplicables para estos efectos, las normas sobre prescripción de las penas.

C. Suprema, 01 de Agosto de 2005, rol n°3.935-02, RFM n° 536, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 2058.

Entrada: Caso. Beneficio al reo la atenuante principalmente por su avanzada, donde no se encuentran antecedentes penales pretéritos.

C. A. Santiago, 06 de abril de 1995, rol n° 46.396-94. GJ n° 178, fallo n°17, Sec. Criminal. Pág. 138.

Entrada: Aplicación atenuante. Procede beneficiar al reo con la atenuante, sin perjuicio de tener anotaciones en su extracto de filiación cuando la causa de estas; se halle en un procedimiento criminal cuya sentencia no se encuentre firme o ejecutoriada.

C. Suprema, 4 de Diciembre de 2003, rol n°4.330-03, FM n° 517, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 3524.

Entrada: Atenuante aplicación. Basta para excluir la aplicación de la atenuante, si el sujeto posee un comportamiento perturbador de la paz social, incluso si este no llega a configurar un hecho punible, o cuando configurándolo no se lo haya declarado todavía responsable de él, siendo la calificación de la conducta una cuestión de hecho facultativa de los jueces de fondo.

C. Suprema, 26 de mayo de 2004, rol n°1.572-04, FM n° 522, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 834.

-Artículo 11 n°7

Entrada: atenuante. Para beneficiar al reo con esta atenuante, debe concurrir una actividad dirigida procurar esto es, a reducir o disminuir los efectos perjudiciales producidos por el delito. No cabe por tanto requerir una reparación total y efectiva del mal causado. La referencia a la expresión celo, dice relación con la entidad de la actitud del delincuente, que debe ser demostrativo de diligencia preocupación y esfuerzo por su efectividad. Cabe destacar que el estatuto sancionatorio no exige ningún móvil o actitud particular de parte del sujeto que ejecuta la reparación.

C. Suprema, 25 de octubre de 2006, rol n° 2.051-05, FM n° 538, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 2879.

C. Suprema, 24 de mayo de 1995, rol n° 31.203, GJ n° 179, fallo n°14, Sec. Criminal. Pág. 143.

C. Suprema, 10 de octubre de 1995, rol n°31.194, GJ n° 184, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 93.

C. Suprema, 3 de Enero de 2006, rol n°5.741-05, FM n° 530, fallo n°13, Sec. Criminal. Pág. 3672.

Entrada: Caso. Se declara que beneficia al condenado, la atenuante, por cuanto estando privado de libertad consigno la suma de \$30.000, para reparar el mal causado, siendo que la única especie sustraída fue recuperada pocos momentos después de ocurrido el ilícito.

C. Suprema, 7 de Diciembre de 2004, rol n°4.419-04, FM n° 529, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 3309.

Entrada: aplicación. Atenuante de interpretación amplia, cuya calificación corresponde a una situación de hecho, analizando los antecedentes del caso, consumación del hecho, afectación física, síquica, patrimonio del ofensor etc. Cabe destacar que el sacrificio patrimonial eventual del enjuiciado no necesariamente debe ser personal, sino que también de su entorno familiar.

C. Suprema, 3 de Enero de 2006, rol n°5.741-05, FM n° 530, fallo n°13, Sec. Criminal. Pág. 3672.

Entrada: aplicación. No procede la aplicación de la atenuante en los llamados delitos de peligro, estos son aquellos que no causan un daño efectivo a algún interés jurídico específico, sino que son creadores de un riesgo cierto.

C. Suprema, 10 de octubre de 1995, rol n°31.194, GJ n° 184, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 93.

C. Suprema, 24 de mayo de 1995, rol n° 31.203, GJ n° 179, fallo n°14, Sec. Criminal. Pág. 144.

-Artículo 11n°8

Entrada: aplicación. Configura la atenuante la presentación voluntaria del reo a declarar ante los tribunales de justicia.

C. Suprema, 30 de noviembre de 1995, rol n° 30.888, GJ n° 185, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 116.

-Artículo 11nº9.

Entrada: Aplicación de atenuante. Se declara que la valoración respecto de la colaboración es facultad privativa de los jueces de fondo.

C. Suprema, 15 de septiembre de 2003, rol n°2.758-03, FM n° 514, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 2492.

Entrada: Colaboración sustancial concepto. Aquellos actos materiales y directos llevados a cabo por el procesado, de tal entidad, que resultan esenciales para el esclarecimiento de los hechos investigados, excluyendo el trabajo policial.

C. Suprema, 12 de noviembre de 2008, rol n° 2.115-08, FM n° 550, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 488.

Entrada: caso. Se declara que la simple confesión de los hechos luego de culminada la persecución policial a causa de una denuncia de terceros, no constituye colaboración sustancial, por lo que mal puede beneficiar la atenuante al condenado.

C. Suprema, 09 de febrero 2010, rol n°288-09, FM n° 553, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 606.

C. Suprema, 4 de Diciembre de 2003, rol n°4.330-03, FM n° 517, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 3524.

C. Suprema, 30 de mayo de 2007, rol n°1.197-07, FM n° 545, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 894.

Entrada: Colaboración sustancial Concepto y Aplicación. Atenuante de interpretación amplia, que consiste en aquellas actuaciones del enjuiciado, de tal entidad que aporten antecedentes efectivos y serios, conducentes al éxito de la investigación, no siendo preciso que se traduzca en resultados concretos, como por ejemplo corroborar los elementos de comprobación del hecho punible y de la persona del delincuente.

C. Suprema, 3 de Enero de 2006, rol n°5.741-05, FM n° 530, fallo n°13, Sec. Criminal. Pág. 3672.

-Artículo 12n°1

Entrada: agravante elementos concepto. Obrar a traición, importa el ocultamiento de la intención verdadera del agente. En tanto que obrar sobre seguro implica actuar creando o aprovechando oportunidades materiales que eviten todo riesgo a la persona del autor, sea que este provenga de la posible reacción del sujeto pasivo o de terceros que lo protegen, tales circunstancias que dejan en indefensión a la víctima, deben ser determinantes para que el sujeto activo lleve adelante la ejecución del hecho punible., no bastando por tanto la perversidad per se, o la sola indefensión de la víctima, analizado todo en el contexto en que se desarrolla la acción.

C. Suprema, 13 de septiembre de 2005, rol n° 5.670-04, FM n° 537, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2456.

C. Suprema, 02 de junio 2010, rol n° 2051-10, FM n° 553, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 581.

Entrada: Alevosía concepto. Empleo de medios, modos o formas en la ejecución de un hecho que tienda directa y especialmente a asegurar su resultado sin riesgo para el ofensor, que proceda de la eventual defensa que pudiera presentar el ofendido, sin importar que tales circunstancias ventajosas sean perseguidas de manera directa por el delincuente.

C. Suprema, 10 de agosto de 2004, rol n°2.109-04, FM n° 525, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 1870.

Entrada: Agravante elementos. Dos facetas obrar a traición o sobre seguro, que se traducen materialmente en que el victimario aprovecha o crea un estado de indefensión de la víctima. En su aspecto de obrar sobre seguro significa que el sujeto activo procede sin aventurarse a ningún riesgo ya sea creando o aprovechándose de las circunstancias de hecho que le permiten evitarlo con el propósito de asegurar el resultado de su acción

C. Suprema, 30 de julio de 2007, rol n°3.808-06, FM n° 547, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 1350.

C. Suprema, 19 de mayo de 2008, rol n°4.306-07, FM n° 549, fallo n°11, Sec. Criminal. Pág. 558.

-Artículo 12n°5

Entrada: Aplicación. Se declara que la atenuante premeditación únicamente puede aplicarse a los delitos contra las personas.

C. Suprema, 27 de marzo de 2003, rol n° 4.490-02, FM n° 508, fallo n°9, Sec. Criminal. Pág. 226.

Entrada: Aplicación. Al no existir un concepto legal de premeditación, la calificación de los hechos que configuran la agravante es una facultad privativa de los jueces de fondo.

C. Suprema, 09 de agosto de 1995, rol n° 31.589, GJ n° 182, fallo n°9, Sec. Criminal. Pág. 127.

Entrada: Premeditación conocida concepto. Reflexión previa, a la toma de la decisión criminal, que se manifiesta en la ponderación de las ventajas o inconvenientes que la comisión del delito presenta, acompañada de la persistencia firme del propósito criminal, sobre el cual no existe vacilación. Lo anterior se traduce en que el sujeto activo planifica cuidadosamente el hecho típico no descuidando la forma de evitar la ocurrencia de accidentes o consecuencias que pudieran resultarle desfavorables. La referencia a la palabra conocida, que hace la norma, dice relación con el soporte factico que debe tenerse para aplicarla, no pudiendo presumirse bajo ninguna circunstancia.

C. Suprema, 13 de septiembre de 2005, rol n° 5.670-04, FM n° 537, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2456.

C. Suprema, 21 de noviembre de 2006, rol n° 4.980-06, FM n° 539, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 3121.

C. Suprema, 01 de septiembre de 2005, rol n° 798-05, FM n° 537, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 2435.

C. Suprema, 28 de Enero de 2004, rol n°3.676-02, FM n° 518, fallo n°4., Sec. Criminal. Pág. 3962.

-Artículo 12nº14

Entrada: Quebrantamiento Condena concepto. Consiste en aquella situación en que el condenado interrumpe de manera absolutamente voluntaria su cumplimiento, dejando de someterse a las exigencias que le son impuestas por ley, en general, y la judicatura en concreto, como consecuencia del hecho punible del que ha sido partícipe.

C. Suprema, 24 de abril de 2003, rol n° .254-03, FM n° 509, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 548.

-Artículo 12 n° 16

Entrada: Aplicación. Basta para configurar la agravante la existencia de una condena por un solo delito de la misma especie, siendo irrelevante el que haya sido de mayor o menor gravedad que aquel por el cual se persigue nuevamente al sujeto, sin que sea obstáculo para su determinación el hecho que en la sanción anterior haya sido favorecido con el beneficio de la remisión condicional de la pena, u otro de los sistemas alternativos de cumplimiento que se contemplan en el ordenamiento jurídico

C. Suprema, 27 de marzo de 2007, rol n° 6.618-06, FM n° 543, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 422

C. Suprema, 12 de noviembre de 2008, rol n° 2.115-08, FM n° 550, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 486.

-Artículo 15nº3.

Entrada: Coautoría concepto. Concierto, coordinación o planificación entre todos los partícipes para repartir las funciones del trabajo que implica el acto criminal. La coautoría llega hasta donde alcanza la voluntad compartida, el exceso consiente de uno de ellos no grava a los restantes.

C. Suprema, 01 de septiembre de 2005, rol n° 798-05, FM n° 537, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág.2437.

Entrada: Coautoría concepto. Numerosos sujetos que realizan el hecho en diversas funciones, de tal modo que cada aporte completa los aportes de los demás configurando un hecho unitario. Esta forma de autoría se basa en la división del trabajo criminal, y requiere la decisión y realización común respecto del hecho, y el concierto previo.

C. Suprema, 28 de Enero de 2004, rol n°3.676-02, FM n° 518, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 3951.

-Artículo 16

Entrada: Interpretación. El concepto de complicidad es de carácter residual al de autor, de lo que fluye que el sujeto catalogado como cómplice en primer término no debe haber realizado un acto propio del actor principal, esto es el correspondiente a materializar el propósito que la ley prohíbe al reprimir la conducta, ya que el cómplice tanto objetiva como subjetivamente tiene por finalidad auxiliar, al autor para que alcance su designio criminal, consistiendo su actividad en una mera colaboración.

C. Suprema, 07 de octubre de 2009, rol n° 3.804-09, FM n° 552, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 580

Entrada: Caso. Se declara que se revoca la condena que recayó, a un chofer de taxi básico, que fue abordado por los condenados al huir del lugar dónde habían cometido el delito de robo con intimidación, por estimar que no existe evidencia de actos anteriores o simultáneos al hecho ilícito según lo mandata el artículo 16 del Código Penal.. A mayor abundamiento no existe evidencia de que el procesado haya tenido conocimiento de la finalidad con que los ofensores abordaron el móvil una vez cometido el ilícito.

C. Suprema, 13 de Noviembre de 2003, rol n°3.271-03, FM n° 516, fallo n°11, Sec. Criminal. Pág. 3252.

-Artículo 31

Entrada: Naturaleza jurídica. Norma de orden publico que consiste en una pena que siempre debe aplicarse a un crimen o simple delito

C. Suprema, 24 de abril de 1995, rol n°31.084, GJ n° 178, fallo n°1. Sec. Criminal. Pág. 138.

-Artículo 68 bis.

Entrada: Calificación de atenuantes. Se declara que es de carácter facultativa para los jueces de la instancia.

C. Suprema, 12 de julio de 2006, rol n°5.574-03, FM n° 535, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 1777.

C. Suprema, 3 de junio de 2003, rol n°959-03, FM n° 511, fallo n°2., Sec. Criminal. Pág. 1279.

C. Suprema, 19 de agosto de 2003, rol n°1.823-03, FM n° 513, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 2081.

C. Suprema, 23 de abril de 2003, rol n° 621-03, FM n° 509, fallo n°3, Sec. Criminal.
Pág. 525.

C. Suprema, 23 de abril de 2003, rol n° 303-03, FM n° 509, fallo n°5, Sec. Criminal.
Pág. 538.

C. Suprema, 06 de abril de 1995, rol n° 46.396-94. GJ n° 178, fallo n°17, Sec.
Criminal. Pág. 138.

C. Suprema, 09 de mayo de 1995 rol n° 29.812, GJ n° 179, fallo n°2. Sec. Criminal.
Pág. 104.

C. Suprema, 09 de agosto de 1995, rol n° 31.589, GJ n° 182, fallo n°9, Sec. Criminal.
Pág. 128.

C. Suprema, 18 de mayo de 1995, rol n° 31.119, GJ n° 180, fallo n°8, Sec. Criminal.
Pág. 85.

C. Suprema, 18 de mayo de 1995, rol n° 31.119, GJ n° 185, fallo n°1, Sec. Criminal.
Pág. 107.

-Artículo 93 n°3

Entrada: Requisitos de procedencia. Para que proceda la aplicación de esta causal de extinción de responsabilidad penal es necesario identificar al responsable del hecho punible y atribuirle alguna de las formas de participación criminal que en nuestro estatuto sancionatorio se consagran, dentro del marco de un proceso criminal agotado.

C. Suprema, 30 de mayo de 2006, rol n°3.215-05, FM n° 533 fallo n°1. Sec. Criminal. Pág. 1097.

C. Suprema, 11 de octubre de 2007, rol n°2370-07, FM n° 548, fallo n°4 Sec. Criminal. Pág. 497.

C. Suprema, 3 de marzo de 2003, rol n° 4.208-01, FM n° 508, fallo n°5., Sec. Criminal. Pág. 172.

C. Suprema, 22 de diciembre de 2005, rol n° 695-03, FM n° 540, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 3406

C. Suprema, 28 de diciembre de 2005, rol n° 3.783-03, FM n° 540, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 3385.

-Artículo: 93 N°6

Entrada: aplicación. La causal de extinción de responsabilidad criminal no es de aplicación automática, debe concurrir necesariamente el tiempo que la ley establece de acuerdo a la gravedad del delito, acompañado del establecimiento preciso de la responsabilidad del imputado, ya que esta causal, se aplica al responsable de un ilícito en el marco de una investigación criminal agotada.

C. Suprema, 25 de octubre de 2005, rol n° 3.988-05, FM n° 538, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2813.

C. Suprema, 11 de octubre de 2007, rol n°2370-07, FM n° 548, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 497.

C. Suprema, 22 de agosto de 2007, rol n°6528-07, FM n° 548, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 570

Entrada: aplicación. Que el decreto ley n°3, emanado del gobierno de facto de la época, declaro estado de sitio, y que a su turno el decreto ley n°5, interpretando la anterior norma en conjunto con el artículo 418 del código de justicia militar, declaro estado de guerra interna, haciendo aplicable la convención de ginebra y el pacto de derechos civiles y políticos, además de la convención sobre imprescriptibilidad sobre crímenes de guerra son principios ius cogens de derecho internacional, que por principios de derecho internacional deben recibir aplicación prioritaria, aun no siendo validos internamente como norma descartándose con ello la aplicación de la causal de extinción de responsabilidad criminal al homicidio ocurrido en diciembre de 1973.

C. Suprema, 28 de enero de 2009, rol n°4.691-07, FM n° 551, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 541.

C. Suprema, 13 de diciembre de 2006, rol n° 559-04, FM n° 540, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág.3436

C. Suprema, 13 de marzo de 2007, rol n° 3.125-04, FM n° 543, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 386.

Entrada. Aplicación. Se descarta que la situación que vivió nuestro país desde el 11 de septiembre de 1973, implique un estado de guerra acorde a los estándares internacionales, pudiendo aplicarse en consecuencia la amnistía.

C. Suprema, 13 de mayo de 2008, rol n° 3872-07, FM n° 549, fallo n°6 en sentido contrario, Sec. Criminal. Pág. 495.

C. Suprema, 04 de agosto de 2005, rol n° 457-05, FM n° 536, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 2098.

C. Suprema, 26 de octubre de 1995, rol n° 5.566, GJ n° 185, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 123.

-Artículo: 103.

Entrada: aplicación. Beneficio legal de carácter objetivo que no debe identificarse con la institución jurídica de la prescripción, debiendo por tanto aplicarse si los sentenciadores constatan que concurren los requisitos temporales que la norma prescribe, aun incluso en crímenes de lesa humanidad.

C. Suprema, 25 de septiembre de 2008, rol n° 4.662-07, FM n° 550, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 579

C. Suprema, 8 de julio de 2010, rol n° 2.596-09, FM n° 554 , fallo n°3 , Sec. Criminal. Pág. 490.

Código Penal Libro Segundo Títulos I, II, III.

-Artículo 144.

Entrada: Morada concepto. Lugar donde la persona pernocta, toma su alimento y realiza actividades propias de su quehacer diario, ya sea familiar, personal o comercial.

C. Suprema, 09 de octubre de 2003, rol n°4.599-01, FM n° 515, fallo n°11, Sec. Criminal. Pág. 2895.

-Artículo 148.

Entrada: Elementos del tipo. Para configurar el tipo penal se debe efectuar necesariamente, una acción directa, por parte de un empleado público, el cual de manera ilegal y arbitraria desterrare, arrestare o detuviere, a una persona. La acción del funcionario público debe estar en suficiente conexión con el legítimo sistema de vulneración de libertad de las personas, debiendo constar: que se detenga en razón de la persecución de un delito, que se deje constancia de la detención y que se ponga al detenido a disposición de los tribunales de justicia.

C. Suprema, 9 de junio de 2003, rol n°2.206-03, FM n° 511, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 1273.

C. Suprema, 11 de octubre de 2007, rol n°2370-07, FM n° 548, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 494.

Entrada: caso. Si concurre, constancia de que la detención se efectuó en razón de perseguir un delito, constancia del acto material de detención y que se ponga a disposición de los tribunales de justicia al detenido, faltando cualquiera de estas circunstancias, se reprocha la conducta bajo el tipo penal del artículo 141, Siendo ambos ilícitos, de carácter continuado, clasificación doctrinaria que dice relación con que su momento consumativo perdura en el tiempo, no siendo aplicables ni la amnistía ni la prescripción como causales de extinción de responsabilidad criminal atendida la mencionada característica.

C. Suprema, 11 de octubre de 2007, rol n°2370-07, FM n° 548, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 497.

Entrada: Descripción del tipo. Aquellos hechos ejecutados por un funcionario del estado, siempre en interés de la cosa pública, que por alguna razón no fue llevada a cabo con las formalidades y requisitos que la ley exige, siendo congruente la acción con el sistema de procedimiento regular de privación de libertad.

C. Suprema, 17 de noviembre de 2004, rol n°517-2004, FM n° 528, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2918.

-Artículo 193.

Entrada: Bien jurídico protegido. La fe pública, como bien jurídico protegido dice relación con la intervención de la autoridad, para garantizar la veracidad de ciertas actuaciones, la genuinidad de ciertos objetos, o que impone la creencia en ellos.

Entrada: Descripción del tipo penal. Falsedad, adulteración de carácter idóneo, para inducir a error sobre su autenticidad, sin la necesidad de provocar perjuicio a ningún sujeto o institución.

C. Suprema, 13 de agosto de 2003, rol n°2.956-03, FM n° 513, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2062.

-Artículo 197.

Entrada: Falsedad material concepto. Alteración de carácter físico, perceptible por los sentidos, que modifica la sustancia original del documento.

C. Suprema, 1 de septiembre de 2003, rol n°1.734-03, FM n° 514, fallo n°5., Sec. Criminal. Pág. 2435.

-Artículo 207.

Entrada: Elemento del tipo. Subjetivo, esto es conocimiento o conciencia previa del autor de presentar en juicio un documento que no se ajusta a la realidad, y la presentación material del documento falso, esto es que sus declaraciones no se ajusten a la verdad..

C. Suprema, 18 de mayo de 2006, rol n°1.031-03, FM n° 533, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 1106.

C. Suprema, 03 de octubre de 2006, rol n°4.912-04, FM n° 538, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 2859.

-Artículo: 209.

Entrada: caso.. Es sancionable el sujeto que en el procedimiento para obtener la autorización del marido con el objeto de vender un bien social presenta documentos o testimonios falsos.

C. Suprema, 12 de julio de 1995, rol n°29.762, GJ n° 181, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 105.

-Artículo 234

Entrada: elementos del tipo. Calidad de funcionario público, omisión causa directa de la sustracción de especies, y que esta omisión sea de carácter culposa además que tales especies se mantengan en posesión del funcionario según los títulos que la norma dispone y en razón de sus directas funciones en el servicio.

C. Suprema, 15 de enero de 2007, rol n°5.733-04, FM n° 541, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 190.

-Artículo 239.

Entrada: Elementos del tipo. El tipo penal, supone por esencia un comportamiento doloso, concertado para defraudar, destinado al engaño, falsedad, encubrimiento de la realidad, que desembocan en un daño patrimonial a cualquiera de las instituciones nombradas en dicha norma.

C. Suprema, 01 de septiembre de 2008, rol n° 5903-07, FM n° 550, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 560.

C. Suprema, 27 de mayo de 2003, rol n° 1.893-03, FM n° 510, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 886.

Entrada: caso. En el caso de este tipo penal, si se suprime la calidad de funcionario público, de uno de los partícipes, debe llegarse a la necesaria conclusión que integra y subsiste con el tipo penal, por lo que debe comunicarse al resto de los sujetos que no son empleados, públicos, debiendo sancionarse a todos, bajo la misma figura legal, especial impropia.

C. Suprema, 19 de mayo de 2008, rol n° 2321-07 FM n° 549, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 465.

Entrada: Elementos subjetivo. Defraudación, que otorga el carácter consumado al tipo penal, puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo o cesante, requiriendo dolo directo.

C. Suprema, 01 de septiembre de 2008, rol n° 5903-07 FM n° 550, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 560.

-Artículo 248 bis.

Entrada: requisito del tipo. No es posible, presumir el beneficio económico, como elemento constitutivo del tipo de cohecho, al tenor de un procedimiento de desafuero.

C. Suprema, 14 de enero de 2003, rol n° 4.783-02, FM n° 506, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 5133.

-Artículo 248.

Entrada: descripción del tipo. Funcionario público que en razón de su cargo y en el ejercicio de sus funciones obtiene provecho económico por una actividad que beneficia a terceros.

C. Suprema, 13 de diciembre de 1995, rol n°32.727, GJ n° 186, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 82.

-Artículo 260.

Entrada: interpretación y alcance. Se declara que la norma estatuye un concepto amplio de lo que debe entenderse por empleado público, que sobrepasa aquel que dispone el estatuto administrativo, debiendo entenderse por funcionario público, todo sujeto que desempeñe una función pública, ya sea en un órgano creado por el estado o ajeno a este, independientemente de la modalidad de contratación, o remuneración.

C. Suprema, 19 de mayo de 2008, rol n°2.321-07, FM n° 549, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 478.

-Artículo 292

Entrada: descripción del tipo. La organización criminal comprende todos los supuestos en que dos o más personas elaboran en común un proyecto delictivo, de acuerdo con un programa y medios eficientes para desarrollarlo más allá del simple acuerdo de voluntades.

Entrada: Elementos. Lo que se comprende dentro del reproche penal dice relación con la idea asociativa u organizativa, la forma jerárquica de la organización en la que unas personas con mayor responsabilidad dan las ordenes y otras las ejecutan, donde en resumen existe un reparto de papeles o funciones que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo, a lo que se agrega que dicha asociación posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo.

C. Suprema, 11 de marzo de 2010, rol n° 2.747-09, FM n° 553 fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 552.

C. Suprema, 15 de marzo de 2010, rol n° 7.712-08, FM n° 553 fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 616.

-Artículo: 296.

Entrada: descripción de conducta típica. Amenazar, consiste en dar a entender por actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro, siendo reprochables penalmente aquellas que revistan los caracteres de seriedad y verosimilitud que la norma describe. La seriedad de la amenaza dice relación con que debe existir, ser proferida manifestando la intención o decisión de quien la lleva a cabo, la verosimilitud por tanto supone que por la forma y circunstancias en que se le señala a la víctima sea para ella creíble su realización futura.

C. Suprema, 12 de julio de 2006, rol n°4.766-03, FM n° 535, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 1760.

-Artículo 361 N°1

Entrada: Elemento intimidación concepto. Amenaza al ofendido con el objeto de realizar violencia física inminente y lo bastante grave como para infundirle un temor capaz de quebrar su resistencia al acceso carnal. Dicho temor debe ser serio, real y efectivo, basado en hechos concretos y materiales de amenazas hacia la integridad física de la víctima.

C. Suprema, 10 de marzo de 2003, rol n° 4.115-02, FM n° 508, fallo n°4., Sec. Criminal. Pág. 165.

Entrada: intimidación concepto. Amenaza sobre la víctima con hacerla objeto o con hacer objeto a un tercero afectivamente próximo a ella, de una violencia física inminente y lo bastante grave, como para infundirle temor capaz de quebrar su resistencia al acceso carnal.

C. Suprema, 05 de Enero de 2005, rol n°3.640-04, FM n° 530, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 3622.

-Artículo 369 bis.

Entrada: Valoración de la prueba. Respecto de los crímenes y simples delitos contra la integridad sexual, la prueba se valora según la sana crítica, esto es por las máximas de la lógica, y la experiencia, estando los jueces de fondo facultados para guiarse por su raciocinio personal.

C. Suprema, 28 de agosto de 2003, rol n°2.866-03, FM n° 513, fallo n°9., Sec. Criminal. Pág. 2089.

C. Suprema, 27 de agosto de 2003, rol n°2.651-03, FM n° 513, fallo n°10., Sec. Criminal. Pág. 2094.

-Artículo 382

Entrada: iter criminis. La conducta típica que se describe en la norma, exige la realización de una única y determinada acción, cuya realización tiene lugar en un preciso momento, vale decir la época de celebración del nuevo matrimonio, por lo que en ese instante se ejecuta consuma y agota el delito, siendo este tipo penal un delito de carácter instantáneo.

C. Suprema, 27 de julio de 2006, rol n°1.670-04, FM n° 535, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 1781.

-Artículo 391 n°2

Entrada: Concurso. Se declara que el bien jurídico vida protegido por el tipo penal de homicidio, tiene prevalencia por sobre el delito de inhumación ilegal previsto en el artículo 320 del Código Penal, clasificado dentro del acápite de los crímenes y simples delitos contra la salud pública, por lo que necesariamente el desvalor del primero debe subsumir al desvalor del segundo, debiendo absolver al sujeto, del delito de inhumación.

C. Suprema, 01 de abril de 2003, rol n° 4.164-02, FM n° 509, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 517.

Entrada: Caso. El delito preterintencional se configura cuando el evento típico supera la voluntad de realización, el dolo del hechor provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por este, dentro de los delitos de mayor ocurrencia, es el de lesiones con resultado de muerte, dicha hipótesis debe pensarse de acuerdo al artículo 75 del Código Penal, esto es cuando un mismo hecho constituye 2 o mas delitos.

C. Suprema, 17 de Agosto de 2005, rol n°1.700-05, FM n° 536, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 2064.

Entrada: Sujeto Pasivo. La expresión "otro", hace referencia a la existencia de una individualidad personal reconocible y plenamente diferenciada, esto es un ser humano dotado de vida independiente, funcional y orgánicamente como ser, descartándose que el feto pueda ser sujeto pasivo de este tipo penal, ni siquiera en su estado de expulsión.

C. Suprema, 30 de enero de 2008, rol n°6229-06, FM n° 549, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 397.

-Artículo 392

Entrada: tipo penal. Provocación de lesiones graves en una riña, concurriendo la condición objetiva de punibilidad, que condiciona la función agravatoria de la riña, que resulte la muerte de la víctima producto de las lesiones graves, muerte que no es posible atribuir al agente porque se ignora si la causo o no.

C. Suprema, 19 de marzo de 2007, rol n°4.746-05, FM n° 543, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 440.

Entrada: riña concepto. Lucha entre dos o más personas pertenecientes a distintos bandos que se agreden entre sí que por mezclarse mutuamente dificultan el poder distinguir quien ejecuta una determinada conducta.

C. Suprema, 19 de marzo de 2007, rol n°4.746-05, FM n° 543, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 446.

C. Suprema, 28 de marzo de 1995, rol n°28.918 GJ n° 177, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 91.

-Artículo 397n°1

Entrada: Demente concepto. Toda deficiencia al intelecto, comprendiendo la interrupción o detención del desarrollo mental, que provoque una alteración de la personalidad de la víctima que dure por un lapso notorio de tiempo.

C. Suprema, 28 de abril de 2004, rol n°88-04, FM n° 521, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 539.

Entrada: Miembro importante. Todo órgano tanto interno como externo cuya inutilidad o ausencia le impidan al sujeto valerse por sí mismo, o aquel que una vez lesionado no cumple su función natural.

C. Suprema, 28 de abril de 2004, rol n°88-04, FM n° 521, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 540.

Entrada: Elemento subjetivo. Se requiere dolo al menos eventual, respecto de las consecuencias específicas que consagra el tipo, para que la conducta sea reprochable.

C. Suprema, 18 de octubre de 1995 rol n°32.864, GJ n° 184, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 87.

-Artículo 412.

Entrada: Elementos del tipo. Debe concurrir la existencia de una imputación o atribución de un hecho a una persona cuyo medio de comisión es la palabra, hablada o escrita, que el hecho imputado sea un delito, esto es aquellos hechos que de ser verdaderos, constituirían crimen o simple delito, siendo ese o esos delitos determinados, precisados, circunstanciados, además ese hecho delictivo debe ser falso y por último que el hecho delictivo falso imputado pueda dar lugar a la instrucción de un proceso criminal

C. Suprema, 20 de Abril Marzo de 2005, rol n°5.093-02, FM n° 532,, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 638.

Entrada: sujeto pasivo. Necesariamente el sujeto pasivo de el tipo penal, debe tratarse de una persona natural, por cuanto, se trata en la especie de la imputación de un delito falso, y los delitos solo pueden ser cometidos por personas naturales, no por entes ficticios carecen de voluntad propia. A mayor abundamiento se encuentra ubicado en el título se ubica en el título VIII del libro II del código punitivo, que sanciona los crímenes o simples delitos contra las personas, como el homicidio el infanticidio entre otros. Lo anterior no obsta al reconocimiento de que las personas jurídicas, pueden verse afectadas en cuanto a su derecho a la honra, relacionado con su prestigio comercial, que tiene objeto de protección en otras ramas del ordenamiento jurídico.

C. Suprema, 4 de junio de 2008, rol n°1.736-08, FM n° 549, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 450.

-Artículo 416

Entrada: Elemento subjetivo del tipo. Conciencia o conocimiento de lo que se va a decir en la forma en que se lo dirá y en el contexto situacional en que se va a decir es portador de la capacidad de deshonorar, desacreditar o menospreciar al destinatario y en querer decirlo justamente en tales circunstancias, apreciando el contexto en concreto.

C. Suprema, 16 de mayo de 2005, rol n°4.515-03, FM n° 533, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 1068.

C. Suprema, 04 de julio de 2007, rol n°4.642-06, FM n° 547, , fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 1382.

Entrada: Concepto injuria. Expresión de carácter deshonroso proferida con el objeto de desacreditar a la víctima, unida al propósito de utilizar un medio de comunicación social, para lograr la consumación, mediante la publicidad de tales expresiones..

C. Suprema, 3 de julio de 2003, rol n°1969-03, FM n° 512, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 1651.

-Artículo 432.

Entrada: Intimidación concepto. Creación en el ofendido de temor a daño físico, inmediato para él, o para un tercero presente, al momento de la comisión del hecho punible, teniendo este temor una relación de medio a fin, es decir ser ejecutar actos directos y materiales, para favorecer la impunidad del hecho que reviste los caracteres de delito. Agregada en robo con violencia 433.

C. Suprema, 18 de marzo de 2003, rol n° 312-02, FM n° 508, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 140.

Entrada: Caso. Se declara que en los hechos, dado que las lesiones de la víctima se produjeron en un lapso de tiempo posterior a la apropiación y en distinto lugar, la violencia ejercida por el reo, no tuvo lugar antes, durante o para favorecer la impunidad del hecho ilícito, por lo que debe necesariamente sancionarse separadamente la apropiación del bien mueble y el delito de lesiones.

C. Suprema, 08 de octubre de 2003, rol n°3.214-03, FM n° 515, fallo n°12., Sec. Criminal. Pág. 290.

.Entrada: Apropiación. Situación de hecho que consiste meramente en poner la cosa mueble bajo la esfera de custodia del malhechor, ejerciendo actos que son propios y consecuenciales de los atributos del dominio, sin importar su intención o que se concrete el hecho material de adquirirlo.

C. Suprema, 26 de julio de 2004, rol n°1.700-04, FM n° 524, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 1533.

Entrada: Caso. El mal ejercido por el ofensor para favorecer su impunidad, dice relación con evitar que el hecho punible pueda acreditarse o que el delincuente no pueda ser establecido fehacientemente. Por lo antes expuesto el mal ocasionado necesariamente debe tener conexión material con los fines que describe la norma, no pudiendo actuar como calificante de la apropiación el hecho de causar lesiones para evitar la captura, por no tener la conexión material directa con el hecho punible, en virtud de haberse concretado.

C. Suprema, 18 de Enero de 2005, rol n°4.928-03, FM n° 530, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 3598.

Entrada: Consumación Hurto. La apropiación se debe considerar consumada, cuando el delincuente mediante acciones efectivas e idóneas se encuentra en la posibilidad de disponer de la cosa ajena como dueño.

C. Suprema, 26 de Abril de 2006, rol n°889-06, FM n° 532, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 666.

Entrada: consumación robo. El delito de robo debe entenderse consumado cuando el ofensor, logra mediante la apropiación, extraer la cosa mueble ajena, de la esfera de custodia de su titular, entendiéndose esta como el medio físico que protege a la cosa y del cual esta debe ser necesariamente extraída para disponer de ella, para arrogarse las facultades inherentes al dominio.

C. Suprema, 13 de junio de 2006, rol n°5.353-05, FM n° 534, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 1425

C. Suprema, 28 de mayo de 2008 rol n°1.394-08, FM n° 549, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 551.

-Artículo 433n°1

Entrada: Dolo tipo penal. Se declara como suficiente; el dolo eventual, respecto del tipo homicidio, de carácter común a todos los partícipes, para configurar el tipo penal consagrado en el artículo 433n°1.

C. Suprema, 21 de enero de 2003, rol n° 1.924-02, FM n° 506, fallo n°5. Sec. Criminal. Pág. 5167.

C. Suprema, 10 de junio de 2003, rol n° 1.561-03, FM n° 511, fallo n°4. Sec. Criminal. Pág. 1292.

-Artículo 436.

Entrada: Intimidación concepto. Cualquier acto que sea eficaz y que pueda forzar a la manifestación o entrega de las especies con el objeto de provocar temor de sufrir daño físico, amenazando gravemente la integridad personal, atendido las características de la víctima y de las circunstancias de hecho que rodearon la comisión del hecho ilícito, independientes de los medios que se utilicen para ejecutar la violencia o intimidación.

C. Suprema, 9 de septiembre de 2003, rol n°3.091-03, FM n° 514, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 2383.

C. Suprema, 29 de Marzo de 2006, rol n°2.425-03, FM n°531, fallo n°12, Sec. Criminal. Pág. 334.

-Artículo 436 inciso 2do.

Entrada: tipo penal. Conducta que consiste en la apropiación de cosa mueble ajena sin voluntad del dueño, con ánimo de lucro, valiéndose, de la desprevenición del ofendido, para resguardar los bienes de su propiedad, debido a causas de cualquier tipo, pudiendo ser ajenas a la voluntad del delincuente o incitadas por el mismo.

C. Suprema, 5 de abril de 2006, rol n°4.515-03, FM n° 532, fallo n°9, Sec. Criminal. Pág. 679.

-Artículo 438

Entrada: características del tipo penal. Suscripción, debe entenderse como sinónimo de firmar un documento en el que se reconoce una obligación, otorgarlo, dice relación con extender o redactar uno de igual carácter, y la entrega consiste en que el sujeto activo se apodere materialmente de un documento público o privado, que no necesita haber sido otorgado o suscrito por quien lo entrega pudiendo ser al portador o firmado por un tercero., todo lo anterior mediante violencia o intimidación en los términos del artículo 439.

C. Suprema, 04 de septiembre de 2008, rol n° 300-08, FM n° 550, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 549.

-Artículo 439

Entrada: violencia o intimidación aplicación. Ambas modalidades de comisión para resultar eficaces y calificantes de la apropiación deben tener en relación a ésta un vinculo ideológico y factico temporal. Esto es una relación de medio a fin, y en segundo término desarrollarse en una razonable proximidad de tiempo y espacio.

C. Suprema, 17 de octubre de 2005, rol n°2.681-05, FM n° 538, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 2825.

C. Suprema, 20 de diciembre de 2006, rol n°5.019-06, FM n° 540, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 2458.

Entrada: Caso. El estatuto sancionatorio, estipula un concepto amplio de intimidación, que se traduce en cualquier acto que implique coerción psicológica, aquella circunstancia se analiza en concreto, y por ello corresponde sancionar según el tipo indicado, al sujeto que premunido de un arma de fuego, intimida a los locatarios, y se apropia de la recaudación del día, de un establecimiento comercial.

C. Suprema, 5 de abril de 2006, rol n°4.515-03, FM n° 532, fallo n°9, Sec. Criminal. Pág. 679.

C. Suprema, 13 de junio de 2006, rol n°5.353-05, FM n° 534, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 1425.

C. Suprema, 29 de Marzo de 2006, rol n°2.425-03, FM n° 531, fallo n°12, Sec. Criminal. Pág. 334.

-Artículo 440 n°1

Entrada: fractura concepto. Romper o quebrar las partes de algo, separándolas con violencia, usando medios idóneos para tal propósito.

C. Suprema, 23 de agosto de 2004, rol n°2.926-04, FM n° 525, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág.1893.

-Artículo: 443.

Entrada: Lugar no destinado a la habitación concepto. Aquel lugar que no sirve de morada a nadie en el momento del robo, y que no tiene tal finalidad por su misma naturaleza.

C. Suprema, 2 de julio de 2003, rol n°1.467-03, FM n° 512, fallo n°4., Sec. Criminal. Pág. 1664.

-Artículo 450.

Entrada: Aplicación. Se declara que no constituye presunción de responsabilidad penal, tampoco infringe el principio de legalidad, igualdad o culpabilidad, principalmente porque el concepto de frustración y tentativa, del delito en comento, se construye a partir del artículo 7 y el artículo 432. Esta normativa está destinada a dar únicamente una regla especial para los efectos de imponer una pena al autor del delito de robo en grado de tentativa o frustrado, siendo una excepción a la rebaja de pena que contempla el artículo 51.

C. Suprema, 19 de octubre de 2005, rol n°2.430-05, FM n° 538, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 2802.

C. Suprema, 06 de septiembre de 2006, rol n°933-06, FM n° 537, fallo n°10., Sec. Criminal. Pág. 2557.

C. Suprema, 20 de diciembre de 2006, rol n°5.019-06, FM n° 540,, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 3458.

C. Suprema, 10 de enero de 2007, rol n°2.850-05, FM n° 541, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 178.

C. Suprema, 27 de marzo de 2007, rol n°6.618-06, FM n° 543, , fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 423.

C. Suprema, 05 de mayo de 2008, rol n°5.946-07, FM n° 549, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 505.

C. Suprema, 15 de septiembre de 2003, rol n°2. 758-03, FM n° 514, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 2486.

-Artículo 454.

Entrada: Aplicación y naturaleza de la norma. Constituye una presunción simplemente legal, y para que reciba aplicación las especies deben encontrarse al menos dentro de la esfera de resguardo del sujeto que se acusa.

C. Suprema, 11 de Diciembre de 2003, rol n°4.478-03, FM n° 517, fallo n°7. Sec. Criminal. Pág. 3550.

-Artículo 456.

Entrada: Aplicación atenuante especial. Es necesario que el desistimiento del sujeto de su propósito criminal se manifieste por actos materiales de carácter voluntario, y a mayor abundamiento, antes de que personal policial lo requiera al momento de cometer el ilícito. Es decir la actuación del sujeto no debe verse coaccionada por ningún elemento disuasivo, esto es, persecución pública, policial o judicial.

C. Suprema, 3 de junio de 2003, rol n°959-03, FM n° 511, fallo n°2., Sec. Criminal. Pág. 1279.

-Artículo 456 bis A

Entrada: interpretación y alcance. Tipo penal independiente y con características propias, en virtud del cual el sujeto activo debe ser sancionado si concurre al menos el dolo eventual, descartando la culpa, como elemento subjetivo.

C. Suprema, 01 de julio de 2008, rol n° 6912-07, FM n° 550, Fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 478.

-Artículo 456 bis n°3.

Entrada: Malhechor concepto. Se declara que malhechor es el sujeto que realiza un mal, no determinándose, por situaciones de hecho que importen la presencia de sujetos con antecedentes penales previos.

C. Suprema, 27 de diciembre de 2005, rol n°1.653-2005, FM n° 540, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 3457.

C. Suprema, 15 de septiembre de 2003, rol n°2.758-03, FM n° 514, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 2484.

C. Suprema, 24 de mayo de 2004, rol n°2980-02, FM n° 522, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 834.

C. Suprema, 25 de Abril de 2005, rol n°656-05, FM n° 532, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 643.

C. Suprema, 27 de diciembre de 2005, rol n°1.653-2005, RFM n° 540, diciembre de 2005, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 3458.

-Artículo 468.

Entrada: Caso. Se declaran constitutivos del delito de estafa los siguientes hechos: Terceros aparentando créditos, adquieren determinadas mercaderías del querellante, pagando con documentos robados, empleando medios idóneos para producir engaño, obteniendo luego ganancias del respectivo proceso de venta a distintas personas produciendo un daño patrimonial a la víctima superior a las 400 UTM.

C. Suprema, 23 de abril de 2003, rol n° 85-02, FM n° 509, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 522.

Entrada: descripción típica elementos. Apropiación por medios inmateriales que reposa en un ardid, una maquinación realizada para provocar la distorsión de lo concreto en la apreciación sensorial de la víctima, dicho ardid está destinado a provocar un error en el perjudicado quien movido por su errada percepción de esa realidad orienta a que se disponga de su patrimonio, situación que finalmente le acarreará una lesión pecuniaria. Así son elementos del injusto en estudio, el error, la disposición patrimonial, y el perjuicio, debiendo mediar entre todos ellos una relación de causalidad directa e inequívoca.

Entrada: deterioro patrimonial alcance. Producto que emana de un acto que la víctima realiza, de significación patrimonial, en virtud del cual se produzca correlativamente un daño para ella y un enriquecimiento para otro en otras palabras precisa una conexión normativa exigida entre la pérdida de uno y la ganancia de un tercero, siendo indiferente que la merma incida en el propio engañado o en un tercero. El perjuicio importa una pérdida de carácter pecuniario, no de afectación de bienes morales o de valores inmateriales

C. Suprema, 2 de diciembre de 2009, rol n° 707-09, FM n° 552, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 599.

-Artículo 470 n°1

Entrada: iter criminis. El tipo se perfecciona cuando el sujeto que tiene la cosa en forma lícita, con obligación de devolverla o entregarla se niega a cumplir con ese deber, sea porque no quiere hacerlo sea porque se ha puesto en la imposibilidad de realizarlo.

C. Suprema, 7 de Octubre de 2004, rol n°4.425-02, FM n° 527, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2586.

Entrada: descripción de conducta típica. Un sujeto se queda para sí cosas ajenas incumpliendo algún deber jurídico que le impone la obligación de entregarlas o devolverlas, de suerte que el sujeto activo de este delito resulta ser aquella persona no dueña de una cosa que no cumple con su obligación de entregarla o devolverla ejerciendo derechos que importan verdaderos actos de dominio, o bien dándole un uso perjudicial diferente del que se le ha asignado.

C. Suprema, 7 de junio de 2006, rol n°3.763-03, FM n° 534, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 1441.

C. Suprema, 16 de mayo de 1995, rol n°28.429, GJ n°179, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 108.

Entrada: caso. Se declara que el hecho consistente en retener por parte del empleador dineros provenientes de cotizaciones previsionales, y no enterarlas en las instituciones a las cuales los trabajadores de la firma se encuentran afiliados, no constituye ilícito penal, atendido el vínculo contractual previsional o laboral respecto del objeto del delito, donde claro esta existe incumplimiento de obligaciones contractuales que solo darán lugar al ejercicio de acciones de esa clase para obtener el reintegro de los dineros o una eventual indemnización de perjuicios.

C. Suprema, 10 de mayo de 2007, rol n°6.592-06, FM n° 545, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 897.

-Artículo 470n°8

Entrada: Perjuicio concepto. En el ámbito de los fraudes, el perjuicio debe mirarse desde el punto de vista jurídico, y no económico, este puede demostrarse, en cualquier privación o perturbación de un derecho o una expectativa legalmente constituida.

C. Suprema, 26 de julio de 2004, rol n°1.466-03, FM n° 524, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 1518.

Entrada: Caso. La conducta sancionada bajo esta norma es la obtención de beneficios fiscales impropiedades de acuerdo a la ley, no importando si los medios materiales de los cuales se sirvió el agente, fueron procurados por el mismo, por lo que debe sancionarse a quien mediante un certificado académico falso, reclamado y obtenido por un tercero obtuvo una promoción laboral, que sin ese documento no hubiese obtenido por no cumplir con los requisitos que la ley exigía para modificar su estatus de empleado en el servicio.

C. Suprema, 26 de abril de 2006, rol n°3.624-03, FM n° 532, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 687.

-Artículo 472

Entrada: Caso. Los gastos de cobranza extrajudicial en ningún caso pueden imputarse a intereses de aquellos que hacen reprochable la conducta a título de usura, sobre todo cuando el sujeto que contrata presta su consentimiento mediante firma, en el sentido de autorizarlos como gasto.

C. Apelaciones de Coyhaique, 29 de julio de 2004, rol n°7-2004, FM n° 525, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 1855.

Entrada: caso. Se declara que no puede imputarse a interés, los gastos operacionales del crédito motivo de la imputación, por cuanto gastos operacionales, debe entenderse como aquel monto de dinero que es absolutamente necesario desembolsar para llevar a cabo la operación crediticia. A mayor abundamiento tales gastos en magnitud y forma de pago fueron consentidos por el deudor. 1391 agregado.

Entrada: configuración del tipo. Se declara el tipo penal de usura, se configura al momento de convenir el crédito que estipula intereses no autorizados por ley tratándose de un delito de mera actividad. Lo anterior en virtud del tenor literal de la norma, que delimita la acción punible a “suministrar”, es decir proveer de algo.
1392.

C. Suprema, 30 de julio de 2007, rol n°948-06, FM n° 547, fallo n°6, Sec. Criminal.
Pág. 1392.

-Artículo 473

Entrada: Engaño concepto. Ardid, maquinación destinada a dar verosimilitud a afirmaciones mendaces del autor que conduzcan eficazmente a la víctima a efectuar una disposición patrimonial, conducente al perjuicio.

C. Suprema, 4 de Diciembre de 2003, rol n°5.018-03, FM n° 517, fallo n°1., Sec. Criminal. Pág. 3515.

-Artículo 484

Entrada: elemento subjetivo.. No hace falta dolo específico, basta con efectuar la acción descrita en propiedad ajena.

C. Suprema, 18 de octubre de 1995, rol n°30.042, GJ n° 184, fallo n°6, Sec. Criminal.
Pág. 102.

-Artículo 491

Entrada: Negligencia culpable concepto. Falta de actividad que en el marco del ejercicio de la profesión médica, desemboca en un riesgo o mal, somático o sicosomático.

C. Suprema, 19 de Enero de 2005, rol n°9-03, FM n° 530, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 3567.

C. Suprema, 31 de agosto de 2004, rol n°3.753-02, FM n° 526, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 2237.

Entrada: Requisitos del tipo. Que el autor sea un medico, y que su actuar haya sido en el ejercicio de su profesión, que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente, la relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante, y por último que el médico u profesional que describe la norma, haya actuado con negligencia culpable

C. Suprema, 23 de abril de 2007, rol n°6.585-06, FM n° 544, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 685

C. Suprema, 19 de Enero de 2005, rol n°9-03, FM n° 530, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 3567.

C. Suprema, 30 de noviembre de 2009, rol n°6.384-08, FM n° 552, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 610.

Entrada: Culpa médica. El médico atendido la complejidad de su profesión, según la relación con el paciente, se le impone una obligación de medio, esto equivale, a que en su actuación ha de emplear todos los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y la exigencia del momento. La

culpa reprochada penalmente consiste en no haber sido diligente o prudente o no haber tomado todas las precauciones previsibles para haber evitado el daño.

C. Suprema, 30 de enero de 2008, rol n°6229-06, FM n° 549, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 400.

C. Suprema, 04 de octubre de 2007, rol n°3.299-07, FM n° 548, fallo n°3, Sec. Criminal. Pág. 489.

C. Suprema, 30 de noviembre de 2009, rol n°6.384-08, FM n° 552, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 610

-Artículo 492.

Entrada: Caso. Se declara, que el simple hecho de servirse de un vehículo motorizado, bajo condiciones mecánicas deficientes, circulando en un radio urbano, en zona de escuela, constituye una actitud negligente de las sancionadas por el derecho independiente de la exposición al riesgo de la víctima.

C. Suprema, 12 de Noviembre de 2003, rol n°2.780-02, RFM n° 516, fallo n°12, Sec. Criminal. Pág. 3256

Entrada: Caso. No constituye conducta reprochable a título de negligencia temeraria, en virtud de que se desprende de los antecedentes que la causa basal del accidente, emana de la imprudencia de la víctima quien en despoblado, a altas horas de la noche, circulaba a pie por una carretera en manifiesto estado de ebriedad.

C. Suprema, 4 de Diciembre de 2003, rol n°4.330-03, FM n° 517, fallo n°2., Sec. Criminal. Pág. 3527.

Leyes Complementarias.

Referencia: Ley 20.000.

-Artículo 3

Entrada: Traficar concepto. Difundir, distribuir o ejecutar cualquiera de las conductas descritas por los verbos rectores de la norma, con el objeto de promocionar o difundir comercialmente alguna de las sustancias controladas, o al menos tener el firme propósito de hacerlo.

C. Suprema, 3 de septiembre de 2007, rol n°3.206-07, FM n° 548, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 547

C. Suprema, 30 de abril de 2003, rol n° 4.614-02, FM n° 509, fallo n°6. Sec. Criminal. Pág. 544,

C. Suprema, 12 de mayo de 2003, rol n° 491-03, FM n° 510, fallo n°3., Sec. Criminal. Pág. 890.

C. Suprema, 19 de junio de 2003, rol n° 1063-02, FM n° 511, fallo n°5., Sec. Criminal. Pág. 1298.

-Artículo 4.

Entrada: Conducta atípica. La norma indicada constituye una presunción simplemente legal. La enumeración que se encuentra en su parte final contiene distintas formas, mediante la cual el imputado puede justificar la posesión de sustancias controladas, es de carácter meramente ejemplar.

C. Suprema, 12 de mayo de 2003, rol n° 491-03, FM n° 510, fallo n°3. Sec. Criminal. Pág. 890.

C. Suprema, 12 de Octubre de 2003, rol n° 3.244-04, FM n° 527, fallo n°8., Sec. Criminal. Pág. 2608.

Entrada: Caso. La calificación de un decomiso, como pequeña cantidad de droga, es una situación de hecho en virtud de que no se describe la situación por parte del legislador, por tanto queda a criterio del sentenciador de fondo que deberá tener en cuenta las circunstancias de cada caso.

C. Suprema, 30 de Marzo de 2005, rol n°78-2003, FM n° 531, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 297.

C. Suprema, 14 de agosto de 2006, rol n°2.138-04, FM n° 536, fallo n°11, Sec. Criminal. Pág. 2130.

C. Suprema, 31 de julio de 2007, rol n°2900-06, FM n° 547, fallo n°7, Sec. Criminal. Pág. 1400.

C. Suprema, 2 de enero de 2007, rol n°1.506-05, FM n° 541, fallo n°6, Sec. Criminal. Pág. 196.

C. Suprema, 18 de noviembre de 2008, rol n°2.980-08, FM n° 550, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 678

C. Suprema, 12 de febrero de 2009, rol n°6.822-08, FM n° 551, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 524.

Entrada: Caso. Se declara que esta norma, estipula un tipo penal autónomo, al que el legislador le otorga un tratamiento más benigno, por el menor daño al bien jurídico protegido, por la menor pureza y cantidad de alcaloide involucrado, conocido doctrinalmente como micro tráfico, distinto del delito de tráfico que se contempla en el artículo 3 de la citada ley, por lo que no tienen la misma identidad y por ello no procede aplicar el artículo 18 rebajando las penas a los condenados.

C. Suprema, 18 de noviembre de 2008, rol n°2.980-08, FM n° 550, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 508.

C. Suprema, 12 de febrero de 2009, rol n°6.822-08, FM n° 551, fallo n°1, Sec. Criminal. Pág. 524.

C. Suprema, 21 de abril de 2010, rol n°6996-09, FM n° 553, fallo n°12, Sec. Criminal. Pág. 645,

Entrada: caso. El hecho de calificar la conducta punible como micro - tráfico, atendido a la cantidad de droga decomisada es una facultad de los jueces de fondo, según su criterio, atendido los aspectos de hecho y las circunstancias de cada acción y participación, por ejemplo la calidad, tipo o cantidad de droga incautada.

C. Suprema, 4 de Abril de 2006, rol n°5.853-05, FM n° 532, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 672.

C. Suprema, 2 de Mayo de 2005, rol n°5.962-04, FM n° 533, fallo n°4, Sec. Criminal. Pág. 1086.

-Artículo 16

Entrada: elementos del tipo. Se configura este tipo especial, cuando un conjunto de personas, se agrupan con el determinado fin de traficar estupefacientes, donde existe una jerarquía y permanencia de las funciones determinadas a cada uno de los partícipes en el tiempo.

C. Suprema, 3 de septiembre de 2007, rol n°3.206-07, FM n° 548, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 546.

-Artículo 22

Entrada: caso. Debe entenderse que la cooperación eficaz tiene por objeto ayudar o colaborar en la determinación de los partícipes del ilícito, e incluso a evitar otros delitos de similar naturaleza, al que contempla la ley especial. Existe una correlación con la atenuante del artículo 11 n°9, debiendo en casos de tráfico recibir plena aplicación la atenuante especial, por justamente el principio de especialidad, y porque el legislador, en atención a política criminal, ha instituido en esta norma una mayor rebaja de penalidad, con el objeto de premiar, al sujeto que coopere en evitar ilícitos que afectan a una multiplicidad de bienes jurídicos.

C. Suprema, 3 de septiembre de 2007, rol n°3.206-07, FM n° 548, fallo n°8, Sec. Criminal. Pág. 546.

-Referencia: Ley 18.216

-Artículo 15.

Entrada: Caso. La concesión de beneficios, para el cumplimiento de la condena si bien se consignan materialmente en la sentencia condenatoria, no participa del carácter de sentencia definitiva, por cuanto no resuelven la cuestión que ha sido objeto de juicio.

C. Suprema, 26 de marzo de 2007, rol n°1.626-06, FM n° 543, fallo n°5, Sec. Criminal. Pág. 458

C. Suprema, 09 de junio de 2005, rol n°2.157-05, FM n° 534, fallo n°2, Sec. Criminal. Pág. 1400

C. Suprema, 18 de febrero de 2010, rol n°5.648-09, FM n° 553, fallo n°10, Sec. Criminal. Pág. 633

C. Suprema, 12 de junio de 1995, rol n° 31. 423, GJ n° 180 fallo n°14, Sec. Criminal. Pág. 96