

INFORMES EN DERECHO

DOCTRINA PROCESAL PENAL 2010

- Alcances del delito de desacato en el contexto de la Ley de Violencia Intrafamiliar
- Acerca del acceso de la defensa a la obtención de pruebas periciales y testimoniales en relación a la víctima de delitos sexuales
- La definición de “convivencia” en el art. 390 del código penal
- Alcances de la ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad
- La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código penal

N° 8 • Octubre 2011

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

INFORMES EN

DERECHO

**DOCTRINA PROCESAL PENAL
2010**

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O' Higgins 1449, piso 8, Santiago

“Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión, de manera alguna y por cualquier medio sin autorización previa del autor y los editores”.

Registro de Propiedad Intelectual N°xxx.xxx
Santiago de Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-04-2 (Obra completa)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-28-8 (Volumen VIII)

Producción y Edición:

Departamento de Estudios
Defensoría Nacional
Defensoría Penal Pública

Diagramación e Impresión:

Editorial Atenas Ltda.

ÍNDICE GENERAL

Alcances del delito de desacato en el contexto de la Ley de Violencia Intrafamiliar.....	5
Acerca del acceso de la defensa a la obtención de pruebas periciales y testimoniales en relación a la víctima de delitos sexuales	13
La definición de “convivencia” en el art. 390 del código penal	47
Alcances de la ley N° 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad	53
La inconstitucionalidad del artículo 365 del Código penal.....	61

ALCANCES DEL DELITO DE DESACATO EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

La Defensoría Penal Pública ha solicitado al suscrito que informe en Derecho sobre los alcances del delito de desacato previsto en el inciso segundo del art. 240 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), en el contexto de un procedimiento penal en el que sean aplicables las disposiciones de la Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, sobre violencia intrafamiliar (en adelante LVIF). Específicamente, sobre si constituye dicho delito la conducta de un imputado que, estando formalizada la investigación en su contra por el delito de amenazas y estando sometido, en virtud de lo dispuesto en el art. 15 LVIF, a la medida cautelar consistente en la prohibición de acercarse a la víctima, se hubiese acercado a ésta en un par de ocasiones.

Al respecto puedo informar lo siguiente:

En el contexto de casos de violencia intrafamiliar constitutiva de delito el tribunal competente puede decretar, en cualquier estado del procedimiento y aun antes de la formalización de la investigación, “las medidas cautelares que sean necesarias para proteger a la víctima de manera eficaz y oportuna” (art. 15 LVIF), entre ellas, a título ejemplar, también las enunciadas en el art. 92 de la Ley N° 19.968, de 30 de agosto de 2004, sobre Tribunales de Familia, entre las que destaca la del N° 1, consistente en “prohibir al ofensor acercarse a la víctima y prohibir o restringir la presencia de aquél en el hogar común y en el domicilio, lugar de estudios o de trabajo de ésta”. Para el caso de incumplimiento de tales medidas, el art. 18 LVIF dispone que se aplique “lo dispuesto en el artículo 10”, esto es, que “el juez pondrá en conocimiento del Ministerio Público los antecedentes para los efectos de lo previsto en el inciso segundo del art. 240 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de imponer al infractor, como medida de apremio, arresto hasta por quince días”.

Una primera lectura de estas disposiciones puede sugerir que cualquier forma de incumplimiento de las medidas cautelares decretadas por el juzgado de garantía en aplicación de la LVIF constituye el delito de desacato y conlleva las penas previstas en el art. 240 CPC. Contra esta conclusión se levantan, sin embargo, poderosas razones, que se pasan a exponer.

En primer lugar debe destacarse que, si bien es evidente que la LVIF considera que el incumplimiento de medidas cautelares previstas para la protección de la víctima puede constituir el delito de desacato, es al mismo tiempo claro que no ha establecido una regla absoluta en ese sentido. En efecto, el art. 10 LVIF, al que se remite el art. 18 de la misma, no impone directamente ninguna pena ni remite tampoco sin más a una pena establecida en otra disposición¹, sino que simplemente establece un *efecto procesal*, como es que los antecedentes deben ser puestos a

1 Nótese la manifiesta diferencia con la redacción, por ejemplo, del inciso segundo del art. 299 CPP: “El testigo que se negare sin justa causa a declarar, será sancionado con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”. Por cierto es posible sostener, aun en este caso, que se debe proceder de todos modos a un examen concreto a la luz de los requisitos del delito de desacato. Lo que interesa destacar en este informe es, sin embargo, que esto último es ineludible ya a partir del tenor literal del art. 10 LVIF.

disposición del órgano de persecución penal “para los efectos” del delito de desacato. Desde luego esto implica la posibilidad de apreciar dicho delito en el incumplimiento de lo ordenado por el juez, pero si esto es así, ha de serlo exclusivamente a partir del examen del caso concreto a la luz de los requisitos del art. 240 CPC, los que a todas luces no han sido alterados por la LVIF, y en caso alguno por una supuesta aplicación mecánica del art. 10 LVIF.

Todo se resuelve, en consecuencia, de la mano de la determinación de cuáles hayan de ser los alcances del art. 240 CPC, cuyo texto se reproduce para facilitar su análisis:

“Cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado.

El que quebrante lo ordenado cumplir será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo”.

La interpretación del precepto enfrenta serias dificultades, especialmente referidas a la necesaria delimitación de un tenor literal que por su enorme amplitud –literalmente, el delito consiste sin más en “quebrantar lo ordenado cumplir” por un tribunal– amenaza desbordarse más allá de los límites de lo genuinamente penal. Las dificultades comienzan con la parquedad de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que no aporta mayores luces al respecto. Como se sabe, el artículo no formaba parte del texto original del Código de Procedimiento Civil, sino que fue incorporado mediante la reforma del mismo debida a la Ley N° 7.760, de 5 de febrero de 1944, cuyos antecedentes nada dicen sobre un precepto que no formaba parte del Proyecto del Ejecutivo, que se incorporó súbitamente junto con muchos otros para ser en definitiva aprobado sin mayor discusión². Por su parte, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han preocupado en detalle de él, probablemente porque por décadas un defecto técnico en su formulación original conspiró contra su aplicación práctica³, sin contar con la tradicional reticencia de la doctrina penal a hacerse cargo de disposiciones extramuros del Código del ramo, máxime si éstas se insertan en una codificación de corte marcadamente civil.

Como sea, si alguna constante se puede encontrar en los escasos pronunciamientos doctrinarios al respecto, ésta consiste en que la interpretación del precepto debe ser *restrictiva*, sin perjuicio de que los criterios de restricción varíen considerablemente.

Así, por ejemplo, en la doctrina procesal civil, Fernando *Alessandri*, apenas producida la reforma, entendía que la disposición era exclusivamente aplicable al quebrantamiento de las *sentencias*

2 Al respecto, véase Modificaciones al Código de Procedimiento Civil. Ley N° 7.760. Historia fidedigna de su establecimiento (informes, discusión en el Congreso Nacional y texto completo de la ley), Consultor práctico de las leyes N° 8, Santiago 1943. Como se ha dicho, la disposición no formaba parte del Proyecto del Ejecutivo, de 24 de noviembre de 1942 (pp. 3 a 11), sino que aparece, sin mayores explicaciones, recién en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 14 de julio de 1943 (pp. 50 y ss., 55), siendo aprobado luego tanto por la Cámara como por el Senado, para finalmente, sin modificaciones durante el resto de la tramitación, llegar a ser ley.

3 La redacción inicial del inciso segundo era la siguiente: “El que quebrante lo ordenado cumplir será responsable del delito de desacato y será sancionado con la pena contemplada en el número 1° del artículo 262 del Código Penal”. Como, sin embargo, el referido N° 2 del art. 262 CP no señala ninguna pena, se entendió mayoritariamente que la disposición penal no era aplicable (así, sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 6 de abril de 1948, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. XLVI, 2ª parte, sección 2ª, p. 43; en el mismo sentido *Harasic, Davor/Libedinsky, Marcos/Juica, Milton*: Estudios de la reforma procesal, Ediar-Cono Sur, Santiago 1989, p. 37), si bien se trataba de una cuestión altamente discutible, toda vez que podría haberse entendido que la referencia estaba hecha a la pena prevista en el inciso primero del art. 262, común a todas las circunstancias previstas en el mismo, entre ellas la del mencionado N° 2 (al respecto, el comentario crítico de Fernando *Alessandri* a la sentencia de la nota anterior; y *Etcheberry, Alfredo*: Derecho penal, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. IV, p. 266). Esta situación vino a modificarse recién con la Ley N° 18.705, 24 de mayo de 1988, cuyo art. 1º N° 42 le dio su actual redacción al inciso segundo.

definitivas cuyo cumplimiento se podía solicitar al tribunal que las hubiera dictado en única o primera instancia conforme a lo previsto en los arts. 231 y siguientes CPC⁴, en tanto que, a propósito de la ley N° 18.705, *Harasic, Libedinsky y Juica* siguen en la misma línea, imponiéndole, además, severas restricciones que desprenden del tenor literal de la norma, en el sentido de que “la norma se refiere a la sentencia ya cumplida y cuyo cumplimiento se quebrante”; a lo que agregan que “es exactamente similar al quebrantamiento de condena penal que, para que se dé, la persona debe encontrarse actualmente cumpliendo una condena”, de donde no es de extrañar que terminen concluyendo que “los ejemplos para estos eventuales quebrantamientos son difíciles”⁵. Por su parte, recientemente y desde el campo del derecho penal, José Luis Guzmán Dálbora coincide tácitamente al menos en un punto con los procesalistas civiles, en concreto en cuanto a que el “peligrosamente amplio” tipo penal sólo se refiere al quebrantamiento de *resoluciones civiles*⁶.

Se trata ciertamente de opiniones plausibles, en particular, si se tiene en cuenta la ubicación sistemática del precepto. Es bien probable que ése haya sido el propósito no declarado del legislador histórico. Sin embargo, en la medida en que existen disposiciones legales posteriores que vinculan expresamente el delito de desacato al incumplimiento de resoluciones que no constituyen sentencia definitiva y que son dictadas por tribunales con competencia criminal, cual es precisamente el caso del art. 18 LVIF, no es posible sostener en la actualidad la misma línea argumental, al menos no en lo que respecta a la hipótesis específica que motiva este informe. Es decir, se puede sostener que *en general* el tipo penal sólo se refiere a *sentencias definitivas civiles*, pero debe reconocerse que existen excepciones especialmente previstas por la ley.

Por otra parte, sin embargo, se trata de restricciones exclusivamente *formales* de los alcances del art. 240 CPC, en circunstancias que lo que cabría preguntarse es por el sentido que razonablemente, desde un punto de vista *material*, debería tener el citado artículo. En esta perspectiva la cuestión a dilucidar es si puede configurar la figura de desacato *cualquier incumplimiento* de una resolución judicial, sin distinciones, o si, por el contrario, para esos efectos el *quebrantamiento* de lo ordenado cumplir debe reunir ciertas características especiales. Y todo indica que esta última es la solución correcta, por las razones que a continuación pasan a exponerse:

En primer lugar, porque la aceptación como delito de cualquier incumplimiento de una resolución judicial no resulta compatible con la larga tradición de prescindencia de delitos de mera desobediencia a la autoridad que ostenta el derecho penal chileno, sin que existan motivos como para suponer que con el art. 240 CPC se haya querido hacer una excepción sobre el particular.

En efecto, a diferencia de su modelo español, el Código Penal chileno (en adelante CP) prescindió totalmente del establecimiento de una forma genérica de desacato consistente en la mera desobediencia de lo resuelto por la autoridad. La Comisión Redactora desechó introducir en el Código un delito común de desobediencia como el contemplado en el art. 285 del Código español de 1850⁷, y en vez de eso se limitó a considerar el delito especial de desobediencia de los empleados públicos en el art. 252 CP⁸, fundiendo en un solo precepto los dos artículos (arts.

4 *Alessandri*, Fernando: Ley N° 7.760. Reformas introducidas al Código de Procedimiento Civil por la Ley N° 7.760, Centro de Derecho, Imprenta Otero, Santiago 1944, p. 72 y 81.

5 *Harasic / Libedinsky / Juica*, Estudios, p. 37 y s.

6 *Guzmán Dálbora*, José Luis: Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Objeto, sistema y panorama comparativo, Instituto Centroamericano de Estudios Penales, Managua 2005, p. 146 con nota 318.

7 “Los que desobedecieren gravemente a la autoridad o sus agentes en asunto de servicio público, serán castigados con la pena de arresto mayor a prisión correccional, y multa de 20 a 200 duros”.

8 Debe considerarse también el delito de desobediencia de los jueces, previsto en el art. 226 CP.

286 y 287) que, conjuntamente con el mencionado art. 285, formaban el párrafo referido a la “Resistencia y desobediencia” del Código peninsular⁹.

Si bien las Actas de la Comisión no dan cuenta de las razones tenidas en cuenta para apartarse del modelo español en este punto¹⁰, con toda seguridad influyó en su criterio el juicio crítico expresado por *Pacheco* al respecto. Con buen criterio liberal, el connotado comentarista español había advertido sobre los riesgos de una disposición de estas características:

“Creyéndose que la autoridad no estaba competentemente armada en presencia de cualquier espíritu hostil; y por evitar ese peligro quizá se ha caído en otro que no es menor, pero que sentimos menos por efecto de nuestras viejas costumbres. El hecho es que si no hubiera en los tribunales mucha prudencia y mucha parsimonia para aplicar este artículo, el despotismo local correrá suelto y sin freno, y se habrán malogrado una vez más tantas esperanzas como han hecho nacer los adelantos del tiempo presente. La autoridad y sus subalternos suelen entre nosotros mandarlo todo y a todos, y nada hay tan fácil como decir que sus preceptos se dictan en asuntos de servicio público”¹¹.

Ciertamente se tipificaron en nuestro derecho algunas hipótesis específicas de mera desobediencia, sobre las que se volverá más adelante, pero se prescindió de consagrar genéricamente la mera desobediencia de los particulares como forma de desacato.

Es en este contexto en el que luego, setenta años después, se inserta el tipo penal del inciso segundo del art. 240 CPC, lo que obliga a indagar por los propósitos que presumiblemente habría perseguido el legislador. Es evidente que con la norma se quiso al menos ampliar *formalmente* el ámbito de las desobediencias punibles, superando el régimen casuístico del Código Penal, siquiera en lo que concierne a algunas resoluciones judiciales. No parece, sin embargo, que además hubiese perseguido una radical ampliación *material* de la punición, en términos de reprimir penalmente ahora cualquier incumplimiento de lo resuelto por un juez, sin distinciones en cuanto a su gravedad, pues es de suponer que un cambio de semejante relevancia habría sido destacado durante el proceso legislativo, lo que, como ya se ha dicho, no se ve reflejado en la historia fidedigna del establecimiento de la ley. Es perfectamente posible sostener entonces que la ampliación formal de la punibilidad de la desobediencia frente a las resoluciones judiciales se mantiene en todo caso dentro del umbral de gravedad exhibido por los casos que hasta entonces tipificaba aisladamente la ley, y sobre cuyas características se volverá más abajo.

Adicionalmente, esta conclusión resulta ineludible a la hora de coordinar razonablemente el precepto con las facultades judiciales en materia de *apremios*, facultades dispuestas precisamente para que los tribunales hagan cumplir compulsivamente lo que han ordenado¹². No parece plausible, por desproporcionado e irracional, que cada vez que se den los presupuestos para la aplicación de estos mecanismos, al mismo tiempo se verifique sin excepciones un delito, en circunstancias en que esto último sólo debería ocurrir en casos calificados. Todo sugiere que ante el incumplimiento de una resolución judicial al sistema de apremios y al delito de desacato

9 De modo que resulta más que improbable que la Comisión no haya tenido a la vista este último precepto.

10 En esta parte la Comisión trabajó a partir de un proyecto de redacción encargado al Comisionado *Renjifo* en la sesión 46, de 30 de junio de 1871 (Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, p. 93). Dicho proyecto, discutido en lo pertinente en sesión 53, de 7 de agosto de 1871, no contenía la figura de desobediencia de particulares (Actas, p. 104).

11 *Pacheco*, José Francisco: El Código penal concordado y comentado (reedición de la tercera edición de 1867), Edisofer, Madrid 2000, p. 876.

12 El propio inciso primero del art. 240 CPC hace referencia a dichos mecanismos al disponer que “cumplida una resolución, el tribunal tendrá facultad para decretar las medidas tendientes a dejar sin efecto todo lo que se haga en contravención a lo ejecutado”.

le corresponden *funciones complementarias*, en términos de que el ámbito de aplicación del delito de desacato comienza donde termina aquél de los apremios.

De ahí que, con buen criterio, ya se haya entendido entre nosotros que el delito de desacato tiene un carácter *subsidiario* respecto del sistema de apremios. Así, *Politoff, Matus y Ramírez* han señalado que “esta disposición [el inciso segundo del art. 240 CPC] sólo se aplica a los casos en que no existen otras formas de cumplimiento en que se ejerce coerción de carácter civil, reguladas por el propio CPC en sus artículos 235 ss., o en leyes especiales, como las que respecto del cumplimiento de las resoluciones relativas a la tuición de menores establece el art. 66 inc. 3° de la Ley de Menores”¹³, a lo que habría que agregar, naturalmente, una referencia a las facultades genéricas en esta materia, consagradas en el art. 11 del Código Orgánico de Tribunales¹⁴ o en el art. 34 del Código Procesal Penal (en adelante CPP)¹⁵. Sobre las características de esta relación de subsidiariedad, con la que aquí se está fundamentalmente de acuerdo, se volverá más abajo.

Por último, la restricción de la aplicación del art. 240 CPC a formas calificadas de incumplimiento constituye una conclusión forzosa si se quieren evitar *graves inconsecuencias valorativas* al interior de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que la ley se encarga en varias oportunidades de asignarle una sanción a hipótesis significativas de simple incumplimiento de resoluciones judiciales, sanción que de modo invariable tiene una gravedad radicalmente por debajo de la pena de hasta cinco años de privación de libertad que contempla el delito de desacato. Resultaría francamente grotesco que casos importantes que han preocupado de modo especial al legislador tuvieran sanciones mucho menos intensas que las que corresponderían, si realmente no tuviera límites materiales, conforme a una norma genérica – y, en cuanto tal, residual – sobre incumplimientos innominados¹⁶. Basten al respecto algunos ejemplos de incumplimientos especialmente tratados por la ley y que se corresponden en lo fundamental con los que motivan el presente informe:

En el CPP, el quebrantamiento de las *medidas cautelares personales* no da lugar sino a sanciones procesales. Así, en caso de fuga de quien se encuentra detenido o en prisión preventiva, la ley procesal penal sólo prevé la posibilidad de su detención sin orden judicial previa, como mecanismo más que suficiente como para restablecer el imperio del derecho y asegurar los fines del procedimiento (art. 129 CPP), en tanto que el quebrantamiento de las medidas cautelares personales alternativas del art. 155 CPP sólo da lugar, además de permitir la detención sin orden judicial¹⁷, a la imposición de una medida cautelar más intensa, como es la prisión preventiva (art. 141 CPP). Debe destacarse además, porque confirma la tendencia de las valoraciones generales del legislador, que el nuevo Código no mantuvo la sanción penal que por algún tiempo previó el Código de Procedimiento Penal para el quebrantamiento del arraigo (art. 305 bis D CPP 1906)¹⁸, si bien con penas significativamente más bajas que las previstas para el desacato.

13 *Politoff, Sergio/Matus, Jean Pierre/Ramírez, María Cecilia*: Lecciones de derecho penal chileno. Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 530 con nota 43.

14 “Para hacer ejecutar sus sentencias y para practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducentes de que dispusieren” (inciso primero).

15 “Poder *coercitivo*. En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá ordenar directamente la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las actuaciones que ordenare y la ejecución de las resoluciones que dictare”.

16 Naturalmente se podría sostener que la existencia de estas disposiciones especiales sólo tiene por función asignar consecuencias *adicionales* a las penas del desacato y que, en realidad, en todos estos casos sí se verifica dicho delito. No se trata, sin embargo, de una interpretación que se haya sostenido seriamente entre nosotros, razón por la cual no parece plausible y se puede prescindir de su tratamiento.

17 Sólo en caso de quebrantamiento sorprendido en flagrancia, desde la reforma operada por la Ley N° 20.074.

18 Introducido mediante el N° 3 del artículo único de la Ley N° 18.288, de 21 de enero de 1984, modificado por el N° 37 del art. 5° de la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, y cuyo inciso cuarto, primera parte rezaba: “El quebranta-

Por su parte, el incumplimiento de las condiciones impuestas judicialmente en el contexto de la *suspensión condicional del procedimiento* no constituye más que presupuesto de la revocación de dicha suspensión, y ni siquiera necesariamente, sino sólo cuando aquélla ha sido, amén de injustificada, grave o reiterada (art. 239 CPP). Más aún, salvo en el caso de vulneración de la condición de la letra b) del art. 238, esto es, la de “abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas”, ni siquiera procede la detención previa del infractor (art. 129 CPP, *contrario sensu*).

En fin, todo se ve aún más claro si se revisa el tratamiento que la ley chilena le dispensa al *quebrantamiento de una condena criminal*, la que, sin duda, constituye el incumplimiento más grave de una resolución judicial en este plano. Dicho quebrantamiento, además de dar lugar a la detención sin orden judicial (art 129 CPP), se encuentra especialmente regulado en el art. 90 CP, disposición que ha dado lugar a un largo e importante debate tanto doctrinario como jurisprudencial en cuanto a si debe considerársele un delito autónomo o meras medidas de ejecución penal¹⁹. Como sea, aun cuando se considere que se trata de un delito las sanciones previstas consisten, en general, en el mero agravamiento del régimen de cumplimiento de la condena o en la sustitución de ésta por una relativamente más gravosa, lo que en términos de intensidad se encuentra muy por debajo de lo que implica la pena del delito de desacato. Si esto rige para el quebrantamiento de una condena criminal, no puede sostenerse seriamente que rija algo más grave para el incumplimiento puro y simple de una medida cautelar, como lo confirma precisamente el recién expuesto régimen de dichos quebrantamientos en la ley procesal penal. Un régimen diferente supone necesariamente razones adicionales.

A la luz de todos estos elementos se puede sostener que el delito de desacato sólo puede estar referido razonablemente a ciertas *hipótesis calificadas de incumplimiento* de resoluciones judiciales, con lo cual se impone la tarea de definir en qué habría de consistir ese carácter “calificado”.

Una primera respuesta a esta pregunta la ofrece la revisión de los casos especialmente tipificados de incumplimiento de órdenes de la autoridad, especialmente de resoluciones de la autoridad judicial. Como se dijo en su momento, nuestra legislación siempre ha contenido algunas pocas hipótesis en este sentido. Tal es el caso de la rotura de sellos puestos por orden de la autoridad (arts. 270 y 271 CP), de la destrucción de la cosa embargada (art. 469 N° 6 CP), de la enajenación de la misma cuando consiste en el menaje de la casa habitación del deudor y ha quedado en su poder en el contexto del juicio ejecutivo (art. 444 CPC) o de la revelación de la identidad o antecedentes de un testigo protegido (art. 307 CPP, que se remite directamente a la pena del art. 240 CPC).

Si bien se mira, todos estos casos tienen en común que con la realización de la conducta típica se *frustra definitivamente el objeto de la resolución*, de modo que el sistema de apremios previsto por la ley está condenado de antemano al fracaso, con lo cual su aplicación carece de todo sentido práctico y sólo queda el resignado recurso a la pena. En efecto, de nada sirve que se apremie al sujeto si éste ya no puede razonablemente reparar lo que se quiso impedir con la resolución. Sobre esta base se puede decir que el art. 240 CPC está llamado en primera línea a hacerse cargo de hipótesis semejantes, en las cuales el incumplimiento conlleva la frustración del objeto de la resolución y el fracaso anticipado del sistema de apremios.

No parece, sin embargo, que éste sea el único grupo de incumplimientos calificados relevantes para la ley. Precisamente las hipótesis previstas en la Ley N° 20.066 sugieren que también tienen

miento del arraigo será sancionado con prisión en su grado máximo o presidio menor en su grado mínimo”.

19 Sobre el estado del debate, por todos, *Künsemüller*, Carlos en *Politoff*, Sergio/*Ortiz*, Luis (directores): Texto y comentario del Código penal chileno, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 422 y s.

ese carácter ciertos incumplimientos respecto de los cuales todavía sería posible la aplicación formal del sistema de apremios para hacer frente al incumplimiento. En estos casos, la razón por la cual al legislador le parece insuficiente dicha aplicación formal no puede ser otra que *insuficiencia material* de los apremios para garantizar el objeto de la resolución. No se trataría ya de la efectiva y definitiva frustración del objeto de la resolución, pero sí de un *peligro inminente de frustración* que se deduce de la gravedad y circunstancias del incumplimiento. Se verifica así un relativo *adelantamiento de la punibilidad* en relación con el anterior grupo de casos, que viene justificado por la *especial función de protección* que a veces cumple la resolución quebrantada y que, por ejemplo, tratándose de las medidas cautelares y sanciones aplicadas en el contexto de la LVIF resulta ciertamente evidente.

Ahora bien, ni aun en estos casos el delito de desacato se satisface con el mero incumplimiento, sino que se requiere, como se ha dicho, un incumplimiento grave y cuyas circunstancias implique un *peligro concreto* para el objeto de protección de la respectiva resolución judicial. Para ponerlo en los términos del caso que motiva el presente informe, para calificar de desacato el incumplimiento de lo ordenado por el tribunal se requiere que las circunstancias concretas del acercamiento a la víctima exprese una *posibilidad seria de agresión*. Sólo de este modo se asegura el carácter de incumplimiento calificado que, por las razones antedichas, debe exhibir el delito de desacato.

Se podría alegar en contra que, por la gravedad del fenómeno de la violencia intrafamiliar, el legislador ha querido que se apliquen sin más las penas del art. 240 CPC y que las respectivas figuras de la LVIF, más que proteger la administración de justicia y el imperio judicial, representan verdaderos *tipos de peligro abstracto* respecto de la salud, la integridad y, eventualmente, la vida de las víctimas de la violencia intrafamiliar. A primera vista parece tratarse de una lectura plausible, pero que, sin embargo, no resulta sostenible a la luz de la propia ley.

Porque semejante interpretación haría de la simple desobediencia formal de las medidas judiciales de protección un *delito más grave* que la mayoría de las hipótesis de efectiva violencia ejercida sobre la víctima. En efecto, el delito de *maltrato habitual* consagrado en el art. 14 LVI considera una pena de presidio menor en su grado mínimo, en tanto que las *lesiones menos graves* –enfermedad o incapacidad para el trabajo por hasta treinta días– aun con el aumento previsto en el art. 400 CP, da lugar a una pena de presidio menor en su grado medio, esto es, recién coincidente con el rango mínimo que se le quiere atribuir a cualquier acto de desobediencia²⁰. Y naturalmente no es razonable una interpretación que atribuye al simple peligro abstracto de atentado contra la víctima penas considerablemente mayores que las que le corresponden a atentados efectivos contra la misma. Necesariamente debe tratarse de algo más.

Se dirá que un *plus* lo da precisamente el desprecio por la autoridad de las resoluciones judiciales, lo que es indiscutible, pero ya se ha visto la moderación general con que nuestro derecho trata este factor, de modo que, ni aun considerando conjuntamente ambas dimensiones –protección abstracta de la víctima y protección de la administración de justicia– resulta posible explicar, y menos legitimar, semejante penalidad.

Lo único que parece poder fundar la penalidad prevista en el art. 240 CPC es la conjunción del menosprecio por la autoridad judicial expresado por el incumplimiento de la resolución judicial con la puesta en *peligro concreto* de la víctima a consecuencia del mismo, esto es, que el quebrantamiento de lo dispuesto judicialmente esté rodeado de circunstancias que razonable-

²⁰ Recién si se produjeran lesiones gravísimas o derechamente la muerte de la víctima las penas serían mayores, siendo de destacar que en el primer caso (producción de nada menos que de demencia, impotencia, inutilidad para el trabajo, impedimento de miembro importante o deformidad notable), todavía no se supera el rango máximo de penalidad del delito de desacato.

mente importen un riesgo efectivo para la salud, la integridad o la vida de la persona protegida, o bien –en casos de ofensas u hostigamientos permanentes– una alteración intolerable de su tranquilidad, todo lo cual habrá de establecerse en el caso concreto.

Se podrá apreciar que con esta interpretación no se está poniendo en duda la seriedad y gravedad del problema de la violencia intrafamiliar, ni la legitimidad intrínseca de la intervención penal al respecto, más allá de los magros resultados de la misma, tanto en Chile como en el extranjero. Eso no está en cuestión. De lo que se trata, sin embargo, es de evitar una aplicación irracional del derecho penal, incapaz de hacer distinciones básicas y de sujetarse a criterios elementales de proporcionalidad.

En síntesis, el quebrantamiento de las medidas cautelares impuestas por el juez de garantía en el contexto de un procedimiento en el que tiene aplicación la LVIF sólo da lugar a la aplicación de la pena prevista en el inciso segundo del art. 240 CPC cuando el incumplimiento y sus circunstancias concomitantes importan un peligro concreto para la víctima protegida.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho.

PROF. DR. HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

Santiago, diciembre de 2006.

ACERCA DEL ACCESO DE LA DEFENSA A LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS PERICIALES Y TESTIMONIALES EN RELACIÓN A LA VÍCTIMA DE DELITOS SEXUALES ANÁLISIS DEL OFICIO N° 160/2009, DEL FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, INSTRUCCIÓN GENERAL QUE IMPARTE CRITERIOS DE ACTUACIÓN EN DELITOS SEXUALES

ORLANDO POBLETE ITURRATE

La cuestión a informar es si el Ministerio Público, a través de la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales, puede imponer límites a la defensa para la realización de pericias a la víctima en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales y obtener testimonios de ésta; en analizar si tales límites o criterios de actuación se hayan dentro de la Constitución y la ley; y en determinar el correcto sentido del artículo 320 del Código Procesal Penal, en relación con los artículos 10 y 257 del mismo Código.

Para adentrarnos en el tema haremos primeramente una relación de las bases conceptuales sobre las que haremos el estudio (I). Posteriormente analizaremos algunos elementos esenciales de la función del Ministerio Público en la investigación del delito (II) y abordaremos la posición de la víctima (III). A continuación señalaremos los actos del Ministerio Público, del imputado, del defensor y de la víctima que son relevantes para este informe y su correspondencia con las normas del Código Procesal Penal (IV). Tras lo anterior formularemos consideraciones en torno a las cuestiones concretas sometidas a nuestro análisis (V) y señalaremos las normas jurídicas que a nuestro juicio aparecen comprometidas con la Instrucción (VI). Concluiremos el informe con algunas propuestas (VII).

I. Bases conceptuales generales

Desde luego, inspirado en el principio acusatorio, el código distingue tres funciones diferentes y concurrentes en el procedimiento, la de investigar que entrega al Ministerio Público; la de acusar, que radica en el mismo ente; y la de juzgar que corresponde exclusivamente al juez. Además, el código dispone la concurrencia en el proceso de dos órganos jurisdiccionales distintos: uno, unipersonal, el Juez de Garantía, encargado de controlar el respeto a las garantías individuales durante la etapa de investigación y luego, de la preparación del juicio oral, y otro, colegiado, el Tribunal Oral en lo Penal, a quien corresponde la decisión¹.

¹ Véanse en tal sentido, Horvitz L., María Inés y López M. Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 17 a 24, 25 a 30 y 31 a 102.

De conformidad con la constitución y con la ley que lo organiza, el Ministerio Público tiene a su cargo la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, y le corresponde también el ejercicio, en su caso, de la acción penal pública y la adopción de medidas de protección de las víctimas y los testigos.

El ejercicio de la actividad del Ministerio Público se haya orientado, conforme con la constitución y su ley orgánica, por ciertos principios, unos de carácter organizacional, como el de independencia, y otros funcionales, como los de oficialidad, de legalidad, de objetividad, de eficiencia y de responsabilidad.

El Ministerio Público, titular de la persecución penal pública, dirige su acción contra el imputado, que es la persona que soporta o sufre cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie realizada por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, por el ministerio público o por la policía, y por la que se le atribuye responsabilidad en un hecho punible.

Es principio básico de nuestro proceso que el imputado sea sujeto de derechos, lo cual es consecuencia de la presunción de inocencia, y que tenga la efectiva posibilidad de intervenir en él para ser oído, para controlar y controvertir la prueba de cargo, para probar los hechos favorables a su defensa, para defenderse personalmente o para elegir un defensor, para desvirtuar la pretensión punitiva estatal. La relevancia del derecho de defensa que tiene el imputado explica que el Código consagre la posibilidad de que él mismo nomine a un letrado de su confianza y si no lo hace, que se decrete un defensor penal público conforme con la ley.

La víctima, el ofendido por el delito, tiene un papel importante en nuestro proceso penal. No solo puede presentar querrela en los delitos de acción penal pública y constituirse en querellante conjunto adhesivo sino que le corresponde un poder relevante en el forzamiento de la acusación. Puede controvertir el archivo de la causa, puede judicializar un caso sujeto al principio de oportunidad, puede solicitar diligencias y reclamar administrativamente ante el Ministerio Público si le son rechazadas, debe ser oída ante una suspensión condicional del procedimiento y puede intervenir en el cierre de la investigación. Por otro lado, la víctima tiene derechos que puede reclamar del Ministerio Público: solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

Las actividades del Ministerio Público, del imputado, de su defensor y de la víctima, así como de los demás intervinientes, tienen lugar primeramente en la etapa de investigación. Esta tiene un claro carácter preparatorio porque en ella se analizan y se preparan las pruebas para el juicio o se evalúan las salidas alternativas y la terminación anticipada. Las verdaderas pruebas tienen lugar en el juicio oral. La etapa de investigación es también desformalizada porque la recopilación de antecedentes y de información no se sujeta a formas procesales ni a solemnidades judiciales.

Producida la acusación, corresponden determinadas actividades procesales al Ministerio Público, al imputado, al defensor y a los demás intervinientes: deberán asumir las posiciones favorables a sus intereses en la preparación del juicio oral y en el juicio oral.

II. La actividad del Ministerio Público y su encuadre en el derecho a un proceso previo legalmente tramitado. Garantías esenciales del imputado. El derecho de defensa y la igualdad de armas

La persecución penal pública que corresponde desarrollar al Ministerio Público ha de considerar, desde la partida, que corresponde al imputado el derecho al juicio previo consagrado en

el artículo 1° del Código Procesal Penal, que tiene dos componentes o alcances: el derecho a la sentencia de condena como fundamento de la pena (*nulla pena sine indicio*) y el derecho a un proceso y a una investigación racionales y justos o legalmente tramitados (*nulla pena sine processu*).

Lo anterior significa que la acción persecutoria del Estado, la de investigación primero y la de acusación después, debe estar expresada y respaldada en un procedimiento legal. Tal imposición insoslayable, derivada de la constitución, del propio código y de los tratados internacionales pertinentes –el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos– obliga al Ministerio Público a conducir la investigación de un delito conforme con ciertas garantías que son las que integran o se hayan subyacentes tras el concepto de proceso previo legalmente tramitado o de debido proceso de ley. Entre estas y para nuestro estudio concreto, y sin desmerecer ninguna de las demás sino sólo que valorándolas subliminalmente, nos parecen determinantes el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia.

El Ministerio Público tiene en su accionar un límite categórico en el derecho de defensa del imputado, concebido como derecho fundamental de éste y de “su abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquel existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente”².

Nos parece también ilustrativo el enfoque que presenta en el derecho de defensa dos grandes aspectos, uno consistente en garantías relativas al derecho defensa material y otro en garantías relativas al derecho a la defensa técnica. Así, “el primer grupo estaría integrado por derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención a las autoridades de persecución penal pública; el segundo grupo estaría integrado por el derecho a la designación y sustitución del defensor, la defensa necesaria y los derechos del defensor mismo”³.

Más allá de las diversas connotaciones que los autores suelen dar al derecho de defensa y de las expresiones que le reconocen el Código Procesal Penal y la legislación internacional pertinente, ha de tenerse en cuenta que el mismo “comprende genéricamente los siguientes derechos: a) el derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa; b) el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo; c) el derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal; d) el derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y e) el derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista”⁴.

El imputado tiene, como se ha dicho, derecho a su defensa material, es decir, a ejercer directamente y en forma personal la serie de derechos señalados, incluida la posibilidad de la auto-defensa. De entre estos derechos resaltan los que le garantizan su intervención en el procedimiento y en particular, los siguientes: a) según el artículo 93 del Código Procesal Penal solicitar

2 Horvitz L., María Inés y López M., Julián, ob. cit. T.I, p. 76.

3 Idem, p. 77.

4 Idem p. 227.

a los fiscales diligencias de investigación que desvirtúen los cargos formulados; conforme con el mismo artículo citado, solicitar audiencia al juez para declarar sobre los hechos; y conforme con el artículo 93 de igual Código, solicitar que se active la investigación y conocer su contenido.

A su vez, y en relación con la defensa jurídica y la intervención del letrado, conviene destacar para efectos de nuestro informe, lo previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en orden al deber de los Estados de proporcionar defensa jurídica de oficio a los imputados que no la ejerzan por sí mismos o que no designen un defensor dentro de un plazo. De igual relevancia es la prohibición constitucional de que alguna autoridad o individuo impida, restrinja o perturbe la debida intervención del letrado si ella hubiere sido requerida (artículo 19, n.ºs. 3, incisos 2º y 3º de la Carta).

Es lo cierto que el defensor es representante del imputado y, por regla general, puede ejercer todos los derechos que corresponden a éste (excluidas sólo aquellas atribuciones personales suyas previstas en los artículos 232, inc. 1º, 326, y 338, inc. 3º), pero con la particularidad de que la intervención del defensor no desplaza ni excluye la del imputado ni los actos de defensa técnica suplen los de defensa material. Es fundamental entender que “el defensor es un asistente o asesor jurídico del imputado no sólo en cuanto lo informa respecto de los derechos que le corresponden sino también respecto de la significación jurídica de la situación fáctica en la que se encuentra. Por ello, el aseguramiento del acceso a un abogado defensor desde el primer momento del procedimiento es esencial. De allí las numerosas cautelas previstas en el Código para garantizar el cumplimiento de los derechos de información que tiene el imputado. Pero el defensor también cumple la función de aconsejar a su cliente para decidir sobre los pasos siguientes a dar en el procedimiento a partir de un cálculo de probabilidades. En efecto, el abogado deberá atender, primero, a la información que se le suministra sobre los hechos y circunstancias del caso, luego a las normas jurídicas aplicables, tanto las de índole sustantiva como las procesales, para luego, con tales elementos, prever las alternativas que conforme con su experiencia se producirán y suministrar consejo sobre la más conveniente según la situación en que se encuentre su cliente”⁵.

En suma, de las diversas disposiciones del Código Procesal Penal regulatorias de lo que genéricamente se denomina derecho de defensa, se desprende que “ la defensa procesal constituye la implementación en el proceso de la participación de los propios interesados, es decir, de aquellos que podrán verse afectados por la decisión jurisdiccional [...] la gran ventaja de las decisiones alcanzadas por esta vía es precisamente esa, que permite la intervención de los afectados en el proceso de la formación de la resolución destinada a decidir sobre sus intereses, que es lo que reguarda precisamente el derecho fundamental de defensa”⁶. Así las cosas, el Ministerio Público deberá desplegar su actividad administrativa y procesal con pleno respeto al derecho de defensa del imputado.

Vayamos ahora a otra de las garantías integrantes del debido proceso, la llamada presunción de inocencia, límite también a la actividad persecutoria del Ministerio Público. El imputado tiene, conforme con la Convención Americana de Derechos Humanos, por ende con la Constitución, y con el Código Procesal Penal (artículo 4º), derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad o a no ser considerado culpable ni tratado como tal en tanto no fuere condenado por una sentencia firme. En concreto, esta garantía impacta en dos realidades del proceso penal: en la prueba necesaria para demostrar los hechos y condenar, que la impone al Ministerio Público, y en el trato que debe darse al imputado mientras dura la persecución penal pública, que ha de ser el de inocente. Este trato de inocente supone que, cualquiera sea el grado

5 Idem, p. 245.

6 Carocca, Alex, *Gratía Constitucional de la Defensa Procesal*, J.M. Bosch Editores, Barcelona y Ediciones Jurídicas Olejnick, Santiago, 1998, pp. 18 y 19.

de verosimilitud de la imputación que se le haga, el imputado no sufra por anticipado las consecuencias de la condena. Dicho de otra forma, el principio de inocencia representa “el status básico de un ciudadano sometido a proceso. El llega al proceso con un status que debe ser destruido y en ello reside la construcción de la culpabilidad”⁷.

Sin perjuicio de sus múltiples implicancias para la actividad persecutoria pública, nos interesa al efecto de este informe la presunción de inocencia fundamentalmente en cuanto impone al Ministerio Público la carga de la prueba y consecuentemente el deber de indagar, requerir, buscar, comprobar, definir, precisar, preparar y asegurar las pruebas demostrativas de la existencia del delito y de la culpabilidad de quien ha intervenido en el. No obstante ello, y por mandato de la misma ley, los fiscales del Ministerio Público deben, en el ejercicio de su función, adecuar sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley e investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad penal del imputado, sino también los que le eximan de ella la extingan o atenúen. Tal es el llamado principio de objetividad, que apunta al deber del Ministerio Público de “chequear, mediante su investigación, hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles o serias argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas (aunque) no resultaría razonable que investigara todas y cada una de las hipótesis posibles, si ellas no tienen un sustento en su propia investigación”⁸.

Este principio, que generalmente suele identificarse por la doctrina con la exigencia de una actuación profesional, con un criterio de profesionalidad de la función, se manifiesta también en dos sentidos de importancia para nuestro informe: primero, en “un deber de lealtad del Ministerio Público para con la defensa, deber que se traduce , entre otras manifestaciones, en que éste no debe esconder información disponible que puede favorecer a ésta y en su deber de mostrar sus cartas en forma oportuna para que la defensa pueda prepararse adecuadamente”⁹, y segundo, en un deber de “actuar de buena fe durante todo el desarrollo del procedimiento, evitando que las reglas de un juego justo sean vulneradas. El Ministerio Público debe siempre resguardar que se mantenga vigente la posibilidad de que la defensa pueda actuar de manera eficaz a favor de sus intereses”¹⁰.

Hemos de señalar también en esta parte que, como es obvio, el Ministerio Público está regido en todo su actuar por la ley. Tanto la Constitución Política, en sus artículos 6° y 7°, como el Código Procesal Penal y su propia Ley orgánica, le señalan sus atribuciones y le imponen imperativamente ajustarse a ciertos criterios, formas y regulaciones procesales que provienen del Derecho Público y son de orden público. Así, “como complemento de la objetividad, se encuentra el principio de legalidad en el ejercicio de funciones públicas, principio general que rige la actuación de todos los funcionarios públicos en nuestro país, según el cual éstos siempre deben actuar de conformidad a los preceptos de la Constitución y las leyes. Entre otras cosas este principio importa que las actuaciones que se realicen fuera del ámbito constitucional o legal deben ser consideradas nulas y pueden dar lugar a sanciones administrativas e, incluso, penales en contra de los respectivos funcionarios”¹¹.

Finalmente, el Código Procesal Penal procura también consolidar en el proceso un estado de igualdad de armas, una realidad de igualdad de oportunidades entre sus principales intervinientes. Se traduce tal objetivo, en general, en el reconocimiento de posibilidades de reacción

7 Binder, Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Edit. Ad Hoc, Buenos Aires 2002, p. 125

8 Duce, Mauricio y Riego, Cristián, Proceso Penal, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2007, p. 145.

9 Idem, p. 146.

10 Idem, p. 147.

11 Idem, p. 146

y de defensa en el imputado ante el ministerio público, pero cobra especial fuerza en relación con el derecho de defensa técnica. Como enseña Maier, “una de las máximas básicas del procedimiento penal actual es lograr la paridad de armas, el equilibrio de poder entre el acusador y el imputado [...] si el acusador o perseguidor penal es, por regla casi sin excepciones, el Estado por intermedio de órganos predisuestos (la fiscalía y hasta los jueces)cuyo requisito de idoneidad esencial resulta ser su formación jurídica, entonces también se advierte la razón fundamental de la necesidad de prever la defensa técnica del imputado con el fin de completar su personalidad para estar en el procedimiento penal”¹². En otras palabras, “aunque igualar el poder de la organización estatal puesta al servicio de la persecución penal puede resultar imposible, la ley prevé una serie de mecanismos para mejorar la posición del imputado y garantizar una cierta igualdad de armas [...] el más importante de ellos es la defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando poseyéndolos no puede aplicarlos en forma idónea o adecuada”¹³.

III. La posición de la víctima en el proceso penal

Como se indica en el Mensaje del Código Procesal Penal, es un objetivo político criminal del sistema procesal penal la “promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos”, consagrándose consecuentemente en la legislación el deber de los órganos de persecución penal de dar protección a la víctima durante todas las etapas del procedimiento y el deber de los jueces de garantizar que la víctima goce efectivamente de esa protección. Se trata del seguimiento de conocidos criterios de la doctrina actual, conforme con los que la víctima debe ser tenida como un sujeto relevante del proceso penal y se obliga a satisfacer su interés en la aplicación de la ley y en su reparación.

Como ilustra Maier, “la víctima es un protagonista principal del conflicto social, junto al autor, y el conflicto nunca podrá pretender hallar solución integral, si su interés no es atendido, al menos si no se abre la puerta para que él ingrese al procedimiento. Sólo con la participación de los protagonistas –el imputado y el ofendido como hipotéticos protagonistas principales– resulta racional buscar la solución del conflicto óptimamente, esto es, de la mejor manera posible”^{14 15}.

Lo anterior llevó al Código Procesal Penal a fijar el concepto de víctima, a regular sus derechos, a imponer al Ministerio Público el deber de protegerla y de facilitar la reparación del daño, y al tribunal, el de oírla y de garantizarle la vigencia de sus derechos¹⁶. Esto, sin perjuicio de admitir también la participación de la víctima en el procedimiento con justificaciones prácticas. Ella ha tenido indudable protagonismo en los hechos constitutivos del delito que se investiga, porque los presenció o porque los conoció directamente o porque oyó de ellos. Los casos penales suelen iniciarse gracias a la información de la víctima y en muchos de ellos, particularmente en los delitos sexuales, el denunciante y la víctima suelen ser una misma persona. Por eso la víctima participará de todos los actos iniciales de la investigación y de los sucesivos, como declaraciones y careos, y deberá aceptar las molestias e incomodidades de los trámites con los fiscales para transmitir la noticia criminis o para complementarla o aclararla, sin perjuicio del deber de estos de facilitar su intervención en los mismos y de evitarle o disminuirle al mínimo cualquier perturbación en su

12 Maier, pp. 244, 248, 265.

13 Horvitz, p. 228

14 Maier, Julio, Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 2003, Tomo II, p. 611.

15 Se ha considerado también, Solé Riera, Jaume, La tutela de la víctima en el proceso penal, J.M. Bosch Editor, Barcelona 1997, pp. 19 y ss. y 71 y ss.

16 Londoño, Fernando y otros, Reforma Procesal Penal génesis, Historia sistematizada y concordancias, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2003, pp. 553 a 560.

desarrollo (artículo 78, inc. 1° del Código Procesal Penal), y del deber de la policía y de los demás organismos auxiliares de otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere incurrir (art. 6°, inc. 3°, del Código recién citado). Desde un punto de vista probatorio, a su vez, y especialmente considerando que los hechos pueden ser acreditados “por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley” (artículo 295 del Código Procesal Penal), la víctima es un testigo, que presenta ciertas particularidades, pero que no le impiden declarar, y como tal debe ser tenido para todos los efectos legales.

Por último, los señalados derechos de la víctima se explican también en relación con la garantía de la integridad física y síquica, que le reconoce el artículo 19, N° 1, de la Constitución Política. Conforme con el sentido de las expresiones usadas por el legislador, se entiende esta garantía como “la preservación y funcionamiento de todos los miembros y órganos que le permiten (a la persona) manifestarse como tal, y en todas las expresiones que conforman su específica naturaleza, potencialidad y aptitudes”¹⁷. Si bien, para efectos de este informe, hemos aludido a la integridad psíquica y física de la víctima, es lo cierto que, en general y en una perspectiva procesal, se trata de una garantía aplicable a todos los sujetos que intervienen en el proceso, a los intervinientes, porque así lo dispone la Constitución y porque debe entenderse que los actos del proceso y en particular aquellos que conforman la persecución penal y el enjuiciamiento, deben producirse para todos en un marco de respeto a la dignidad humana, de consideración hacia la persona y todos sus componentes.

A la víctima debe reconocérsele también su “derecho a la vida privada y a la honra”, conforme con el artículo 19, N° 4, de la Constitución. Trata la garantía, como es sabido, de la debida atención y consideración de aquella zona o parte de la vida de un individuo que es personalísima, que se realiza a la vista de pocos, en la que no cabe la intervención de otros o de terceros y respecto de la que su titular no quiere que sea conocida por terceros sin su consentimiento¹⁸.

IV. Relación de actos del Ministerio Público, del imputado, del defensor y de la víctima, relevantes para este informe y su consideración por las normas del Código Procesal Penal

La que sigue es una relación de los más importantes actos de los intervinientes que deben tenerse presentes para responder a las interrogantes planteadas al inicio de este informe y de las normas que los sustentan:

1. Llegada al Ministerio Público información sobre la ocurrencia de un delito, corresponde a él decidir sobre el curso de la investigación y definir la estrategia a seguir. El artículo 180 del Código Procesal Penal le habilita para realizar y ordenar “todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos”; pudiendo “exigir información de toda persona”, que no podrá excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley, entre los que destaca claramente el del imputado, quien tiene un estatuto propio de garantías que conlleva, en lo pertinente, su derecho de defensa, su derecho a declarar como medio de defensa y su derecho al silencio. Los artículos siguientes, entre el 181 y el 228 del Código Procesal Penal, regulan las diversas diligencias de investigación y la participación en ellas de los intervinientes;

¹⁷ Silva Bascuñán, Alejandro, Tratado de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2006, Tomo XI, p. 187.

¹⁸ Idem, pp. 187 y 188.

1.1 Cuando se trata de un delito sexual el fiscal ordena normalmente entrevistas y exámenes a la víctima, de distinto orden, físicos, psicológicos, psíquicos, psiquiátricos, en los que intervienen expertos médicos, psicólogos, psiquiatras u otros profesionales, pero en los que no participa la defensa. Normalmente estos exámenes configuran informes periciales que son muy relevantes porque “las evaluaciones forenses en los casos de abuso sexual están orientadas a recoger información que permita asistir a la Corte o a los organismos encargados de la toma de decisiones , para determinar si una persona ha sido efectivamente víctima de un delito sexual y o si efectivamente el imputado es culpable”¹⁹. La práctica muestra que generalmente, a instancias del fiscal, a la víctima se le realizan varios de estos exámenes. La víctima suele ser sometida a varias entrevistas y reconocimientos por los fiscales, por expertos y por organismos especializados o cooperadores.

1.2 De conformidad con el artículo 182 del Código Procesal Penal, “el imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial”. Los informes practicados a la víctima y las entrevistas realizadas indicados en 1.1 son conocidos por el imputado y su defensor por esta vía y a partir de tales antecedentes o desde estos antecedentes el perito de la defensa suele realizar su propia evaluación o pericia psicológica o psiquiátrica.

1.3 El defensor y sus asesores realizan normalmente un análisis crítico de los informes señalados en 1.1, sin tener contacto ni relación alguna con la supuesta víctima. Se trata de juicios críticos hechos sobre los informes realizados, a instancia del Ministerio Público, que pueden cuestionar distintos aspectos de ellos: la idoneidad del experto o perito, el método y la técnica utilizados para su informe, la aplicación práctica del método utilizado, las condiciones en que se realizó la entrevista, el contenido que se dio al interrogatorio, las conclusiones que se derivaron de los exámenes o entrevistas. Estos estudios y pericias se realizan, insistimos, sobre aquellos informes y no en relación directa con la víctima ni su entorno y circunstancias. Consecuentemente, se trata de un estudio o una pericia mediata, en la que los elementos a evaluar no son los genuinos sino los resultados de otras pericias y en la que lo primero que queda en evidencia es un cúmulo de dudas acerca de la disponibilidad de todas las variables necesarias para realizar una pericia en forma: ¿Hubo con el evaluado tantas reuniones como fueren necesarias? ¿En qué condiciones de tiempo y lugar se hicieron las entrevistas? ¿Cuál fue el tono utilizado por el evaluador? De otro lado están los prejuicios que pueden afectar a quienes realizaron las pericias primeras u originales. Los peritos sicólogos pertenecientes a instituciones comprometidas con la persecución del delito pueden estar prejuiciados por las serias experiencias reiteradas percibidas y su juicio, a ratos, alejarse de una evaluación neutral y objetiva, lo cual no puede ser demostrado cuando la defensa no tiene acceso directo a la víctima y no puede constatar por sí misma su estado y circunstancias ni contrastarlas con las conclusiones de esas primeras pericias²⁰.

1.4 Lo dicho precedentemente agrega mayor fundamento al interés del imputado y su defensor en evaluar profesionalmente a la supuesta víctima, por un psicoterapeuta, por ejemplo, tanto para comprobar directamente sus dudas sobre las técnicas utilizadas o sobre la credibilidad del primer informe realizado, como porque “la evaluación forense es mucho más amplia que la mayoría de las evaluaciones clínicas, ya que requiere una profunda revisión de todos los datos, la ponderación de las múltiples partes implicadas y la cuidadosa evaluación de la falsedad, desidia o credibilidad de los resultados [...] la evaluación forense, por ende, debe estar orientada de acuerdo con elevados estándares profesionales y éticos y ser coherente con las reglas locales acerca de la evidencia y la especificidad de los procedimientos legales”²¹. Por otro lado, los delitos sexuales presentan particularidades y complejidades: amplio rango de conductas, cometidas a lo largo de un variado espectro de relaciones familiares con diferentes conductas abusivas. “Esta variabilidad en la con-

19 Condemarin, Patricia y otros, *Peritajes psicológicos sobre delitos sexuales*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 22.

20 Véase, en tal sentido, Condemarin, Patricia y otros, *ob. cit.*, pp. 68 y 69.

21 *Idem*, p. 22.

ducta relacional y de los aspectos temporales del abuso sexual, dificulta el poder aplicar una evaluación estándar para el alegato de las víctimas [...] múltiples modelos teóricos muy reconocidos han sido usados por los psicólogos para sustentar el uso de conductas específicas como evidencia de que el niño ha sido abusado sexualmente [...] y aunque estos modelos proveen clínicamente un rico material para identificar y tratar tanto la secuela conductual como emocional de abuso, tales observaciones no han estado sujetas a testeos más rigurosos de objetividad que permitan la evaluación de que el abuso efectivamente se cometió²².

1.5 Precisamente las críticas a la evaluación forense desde una perspectiva clínica han llevado a la aplicación de procedimientos dirigidos a la “evaluación de procesos psicológicos que permitan establecer predicciones acerca de la veracidad de los testimonios y que incluyen la utilización de instrumentos estandarizados y de pruebas neuropsicológicas (sugiriéndose) la utilización de formatos de entrevista estructurados [...] en los que la evaluación de los procesos psicológicos debiera estar orientada a responder tres preguntas básicas: 1 ¿El sujeto conoce las diferencias entre verdad o mentira?, 2 ¿Es el sujeto confiable y exacto en reportar sus recuerdos?, y 3¿Cuán exacta es la memoria del sujeto en reflejar lo que el individuo ha experimentado realmente?²³.

1.6 Nos interesa poner de manifiesto también la relevancia de los psicólogos, en particular, como expertos para testimoniar en caso de abuso sexual infantil. Estos suelen ser expertos para verificar si hubo o no abuso, expertos para rehabilitar la evidencia existente ante la imposibilidad de obtener nuevas declaraciones creíbles y expertos “para identificar aquellos aspectos de la revelación o del proceso de la investigación en los cuales puede estar distorsionada la memoria [...] las circunstancias bajo el cual el reporte original fue elicitado y los métodos de entrevista de los investigadores u otros profesionales involucrados (los que) son, en general, blanco de críticas [...] muchos estudios han demostrado que cuando los niños especialmente los más pequeños son repetidamente entrevistados acerca de un posible abuso o interrogados de manera coercitiva por un interrogador orientado a confirmar una creencia preexistente acerca de lo que ha sucedido, esto lleva a un aumento significativo de errores²⁴.

1.7 Queda claro de lo dicho que cualquier imposibilidad u obstáculo que impida llegar a la víctima es un escollo grave para los intereses de la defensa. Para esta lo relevante es el conocimiento directo de la supuesta víctima, la percepción directa por un profesional de su confianza, de todos los elementos y variables que presenta su carácter y comportamiento con miras a establecer predicciones respecto de los aspectos cognitivos de su testimonio, de sus capacidades de recuerdo y de resistencia a la sugestión y de sus tendencias a la mentira y a la distorsión. También para el defensor el acceso directo a la víctima es relevante. Su estrategia de defensa, su ejercicio profesional, quedan limitados si tal acceso resulta vedado.

2. Como es sabido, durante la investigación, tanto el imputado, el defensor y la víctima, como los demás intervinientes en el procedimiento penal, podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos, debiendo ordenar el fiscal aquellas que estimare conducentes. Ante las que rechace, se podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia (artículo 183 del Código Procesal Penal). Los testigos citados por el fiscal estarán obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo, salvo las personas expresamente exceptuadas (artículo 190 del Código Procesal Penal); toda persona que no se encontrare legalmente exceptuada tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial con el fin de prestar declaración testimonial (artículo 298 del Código Procesal Penal). En el procedimiento penal no existen testigos inhábiles (artículo 307 del Código Procesal

22 Idem, pp. 24 y 25.

23 Idem, pp. 31, 32 y 33.

24 Idem, p. 44.

Penal). El tribunal en casos graves y calificados puede disponer medidas para la protección de los testigos y su seguridad; los fiscales también pueden conferir al testigo la debida protección (artículo 308 del Código Procesal Penal);

3. Los informes de peritos deben ser encargados por el ministerio público y por los intervinientes, según su interés, quienes deberán solicitar que los peritos sean citados a declarar al juicio oral (artículo 314 del Código Procesal Penal). La pericia procede en los casos determinados por la ley y “siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio” (artículo 314 del Código Procesal Penal). Pueden ser objetos de peritaje personas o cosas. El contenido del informe pericial deberá expresarse por escrito y contener las exigencias del artículo 315 del Código Procesal Penal;

4. Los intervinientes, el imputado, el defensor y la víctima entre otros, podrán reiterar ante el juez de garantía la solicitud de diligencias de investigación que oportunamente formularon durante la investigación y que el ministerio público rechazó. El juez de garantía, salvo ciertas causas excepcionales descritas en la ley, puede acoger la solicitud y ordenar al fiscal reabrir la investigación y proceder a la realización de la diligencia de que se trate (artículo 257 del Código Procesal Penal);

5. Conforme con el artículo 320 del Código Procesal Penal, los intervinientes, durante la investigación y durante la audiencia de preparación del juicio oral, podrán solicitar al juez de garantías instrucciones para que los peritos puedan acceder a examinar los objetos a que se refiere su pericia, debiendo siempre el juez de garantía acceder a su petición, salvo en el caso que solicitada durante la investigación estime necesario postergarla.

6. En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estime que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio (artículo 10 del Código Procesal Penal).

V. Consideraciones en torno a las cuestiones concretas objeto de este informe

1. Si, como se ha dicho, la garantía de defensa del imputado comprende sus derechos de afirmar y de alegar hechos favorables a su posición y de probarlos, así como el de controvertir las pruebas de cargo, ha de reconocerse que el imputado y su defensor o sólo su defensor, en la investigación de todo delito y también en la de delitos sexuales, pueden legítimamente considerar indispensable un peritaje a la víctima para conocer su información y explorar las posibilidades de desvirtuar las imputaciones que se le formulan. Tratándose de delitos sexuales, que suelen cometerse sin testigos o en los que aparecen como determinantes vínculos sentimentales con rasgos de violencia y dominación o en los que las relaciones acusado-víctima pudieren conducir a hipótesis de resentimiento y enemistad o en los que ciertos elementos del carácter o del comportamiento de la persona pueden ser especialmente ilustrativos o explicativos de la situación, la pericia psicológica y psiquiátrica cobra especial relevancia para el conocimiento de la víctima, de su estado de salud física y síquica, todo en relación con la determinación del delito y el juzgamiento de las conductas a sancionar. Como muestra la experiencia, “en la gran mayoría de los casos, por las mismas características de la relación sexual, los hechos delictivos prácticamente no tienen testigos y por consiguiente se tiene solo al victimario y a la víctima. De ahí entonces la enorme

importancia que cobra el informe pericial para que el juez pueda ponderar la validez de las declaraciones de uno y otro, lo cual cobra mayor relevancia cuando la víctima es un niño pequeño²⁵.

2. Si el fiscal cuenta con la víctima como testigo de cargo, por haber sido ella protagonista de los hechos y fuente principal de la información que dio origen al proceso, como suele ocurrir, y además ha ordenado a su respecto una o más pericias, y entrevistas, resulta aún más evidente y apremiante el interés del defensor en verificar, a través de un perito de su confianza, directamente, en la víctima, la concurrencia de hechos o circunstancias de su carácter, de su comportamiento, de sus condiciones síquicas, que se consideren relevantes para explicar los hechos, para desvirtuarlos, para calificarlos de otro modo, para configurar una eximente o una atenuante de la responsabilidad penal.

Es perfectamente admisible que el imputado y el defensor persigan acreditar ciertos hechos respecto de la salud psíquica de la víctima, así como que en ciertas circunstancias ambos puedan dudar razonablemente de la verdadera intención de la víctima y, una pericia psicológica o psiquiátrica, en tales casos, puede resultar especialmente relevante.

3. Conforme con el artículo 78 del Código Procesal Penal, si bien los fiscales deben proteger a las víctimas de posibles hostigamientos, amenazas o atentados, deben también “facilitar su intervención” en el procedimiento, sin perjuicio de “evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”. El tenor de la norma revela con claridad el deber de las víctimas de intervenir en el procedimiento, de actuar en ejercicio de sus derechos, así como el de colaborar al esclarecimiento de los hechos cuando ello se les demande y el deber de los fiscales de facilitar esa intervención. Si no existiere ese deber de intervenir, cuyo fundamento es satisfacer sus legítimas aspiraciones así como el interés de todos los intervinientes en conocer su información y su estado, no se justificaría el celo del legislador en su protección. El propósito final debe ser, en todo caso, conciliar el interés en la persecución del delito y los efectos propios de la persecución con la protección debida a la víctima, en razón de su condición de ofendida y perjudicada.

3.1 La protección a la víctima tiene un contenido definido por el propio Código Procesal Penal. Desde luego, el recién citado artículo 78, inciso primero, establece el deber de los fiscales de ampararla, favorecerla y defenderla, que es darle protección, el deber de evitar o disminuir la perturbación que pudiese acarrearle su participación en las diligencias de procedimiento y la posibilidad de imponer o requerir medidas concretas en su favor en caso de hostigamiento, amenazas o atentados. El artículo 182, a su vez, consagra una restricción al principio de publicidad, que afecta a los terceros, lo que sirve para proteger la dignidad y la privacidad de todas las personas involucradas en el procedimiento, y define también la excepción a la publicidad de las actuaciones de investigación respecto del imputado y los intervinientes. El artículo 285 del Código, junto con imponer el deber del acusado de estar presente durante la audiencia del juicio oral, permite que el acusado pueda ser autorizado a salir de la sala y a permanecer en una sala próxima, lo que facilita la superación de situaciones difíciles como la presencia conjunta de imputado y víctima. El artículo 289 permite restringir el derecho de los medios de comunicación social a publicar la audiencia o una parte de ella. Y el artículo 308 determina que ante una situación de peligro para el testigo, y la víctima lo es, es posible omitir su individualización en la acusación o mantener en reserva aquellos antecedentes que condujeran a su identidad.

3.2 Lo que queda claro del estudio de las normas citadas es el interés del Código Procesal Penal en la víctima, en el aseguramiento de un trato cuidadoso, acorde con su condición, durante la investigación y durante el juicio. Pero, queda claro también que dichas protección y trato suponen que la víctima actúe en el procedimiento, participe en él, concurra a los actos e intervenga en las

25 Prólogo del Profesor Juan Bustos Ramírez, en Condemarin, Patricia y otros, ob.cit p. 8.

audiencias. Lo que la norma hace es asegurar que la intervención no perjudique a la víctima, no la someta a tratos degradantes, indignos de su calidad y condición, pero no la excluye del procedimiento ni de determinados actos, no le impide participar ni la aísla ni la separa ni la disminuye ni la aleja. El Código Procesal Penal valora a la víctima y la incorpora en plenitud y con los debidos resguardos, a los actos de procedimiento.

4. La pericia psicológica y el interrogatorio de la víctima como testigo son, categóricamente, “diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del delito, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad”, en los términos del artículo 180 del Código Procesal Penal. Son, por lo mismo, diligencias de investigación preparatorias o probatorias, en su caso, procedentes por regla general. En la misma línea, el artículo 197 del Código Procesal Penal prescribe que “si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado”.

Por otro lado, la ley procesal penal no prohíbe ni la declaración de la víctima como testigo ni su sometimiento a peritaje. No hay ni entre las regulaciones de la investigación ni entre las relativas al juicio oral regla alguna que excluya a la víctima de declarar ante al ministerio público ni ante el Tribunal Oral en lo Penal. Mucho menos están consideradas tales declaraciones y pericias como pruebas que pueden ser excluidas de ser rendidas en el juicio oral. Lo que está prohibido son ciertos métodos de investigación (artículos 195 y 330 del Código Procesal Penal).

La petición de periciar a la víctima, a su vez, es un derecho que le asegura al imputado, y al defensor, el artículo 93, letra a), del Código Procesal Penal, que podrá ejercer toda vez que en la investigación de un delito y particularmente de delitos de carácter sexual, le resulte necesario “apreciar un hecho o circunstancia relevante para la causa (para el que son) necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia” (314, inc. 1°, del Código Procesal Penal). El artículo 8°, ap 2°, letra f, del Pacto de San José de Costa Rica prescribe también el “[...] derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

5. Sin perjuicio de lo dicho, la actividad de investigación y de prueba tiene en el proceso límites formales que buscan conciliar la persecución con las garantías de las personas. A tal concepto corresponden el principio de no autoincriminación, el derecho a prestar declaración sin juramento y el derecho a la privacidad, este último comprendiendo el derecho a la protección del propio cuerpo y la protección de la información personal. El derecho a la privacidad es “el derecho que está en más directa tensión con los intereses de la persecución [...] (e) importa un límite a la actividad que realiza el Estado en la persecución de los delitos que protege a todos los individuos que forman parte de una sociedad reservándoles una esfera de intimidad que no se puede afectar sin una causa legítima”²⁶.

Los exámenes psicológicos, psiquiátricos, las entrevistas realizadas a la víctima, los tests e interrogatorios que se le practiquen se hayan enmarcados por el artículo 197 del Código Procesal Penal, referido a los exámenes corporales al imputado y al ofendido. Así, tales exámenes y reconocimientos deberán contar con la voluntad de la víctima, en el caso que nos interesa, y en caso de negativa suya se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo. Este autorizará la práctica de la diligencia “siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado”.

²⁶ Horvitz, María y López, Julián, ob.cit, Tomo II p. 95.

El Código Procesal Penal deja al juez de garantía la definición de la cuestión. Parece razonable al respecto entender que la referida autorización judicial deberá ponderar aquellas razones que pudo invocar el interesado y determinar si entre ellas y el interés en el examen o en la diligencia de que se trate existe suficiente proporcionalidad. Es la proporcionalidad un estándar que mide la legitimidad de los fines de la medida o diligencia, la idoneidad de la misma para alcanzar esos fines, la necesidad de alcanzar el fin que se persigue y la correspondencia o armonía entre la gravedad de la diligencia a realizar y el objetivo perseguido con ella. Otorgada la realización de la pericia judicialmente y en forma fundada, como lo exige la relevancia de los principios en juego, la reiterada negativa de la víctima a su práctica no podría vencerse recurriendo simplemente a la fuerza, porque entendemos que en tal caso se comprometería el respeto a su dignidad de persona y se vulneraría el deber de los fiscales de “evitar [...] cualquier perturbación que hubiere(n) de soportar con ocasión de los trámites en que debiere(n) intervenir” (78. inc. 1°). Obviamente, tal negativa injustificada a la práctica de la pericia o simplemente su negativa a responder o a colaborar en un test o examen, deberá considerarse especialmente al momento de la crítica de la prueba y su ponderación.

6. Los actos de investigación que realizan el Ministerio Público o las policías, llamados actuaciones o diligencias, son “los que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y en forma inmediata para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez de garantía durante las etapas preliminares del procedimiento”²⁷. A diferencia de ellos, los actos de prueba son “los realizados por los intervinientes durante la etapa intermedia y el juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho”²⁸.

La distinción sirve para ilustrar la importancia de una diligencia como la pericia a la víctima y su interrogatorio. Cada categoría de acto tiene relevancia en la oportunidad que corresponde; durante la investigación caben las diligencias y los trámites para averiguar; en ella no hay prueba, por regla general. Pero es durante la investigación, principalmente, donde el imputado debe procurar proveerse de elementos de prueba y es también en la investigación donde el fiscal deberá actuar conforme con el principio de objetividad. Para uno y otro objeto son necesarias diligencias como la pericia de la víctima y su interrogatorio.

Es en el juicio oral donde tendrán lugar las pruebas, pero para que tengan lugar, quien pruebe ha debido antes procurarse los medios de prueba. El imputado y su defensor, para presentar un perito en el juicio oral, han debido antes realizar la pericia y para ello el perito ha debido acceder a la víctima.

7. La pericia de cualquier tipo y de todo objeto puede tener lugar durante toda la etapa de investigación. Conforme con el artículo 314 del Código, “El Ministerio Público y los demás intervinientes podrán presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que estos fueren citados a declarar”. El artículo 320 permite expresamente la realización de una pericia tras la audiencia de preparación del juicio oral y el artículo 20, letra h), de la Ley N° 19.718, a su vez, señala como atribución del Defensor Regional, “autorizar la contratación de peritos para la realización de los informes que solicitaren los abogados que se desempeñen en la defensa penal pública”.

La defensa puede siempre legítimamente realizar investigación privada de los hechos porque “en un sistema adversarial, parece un presupuesto de funcionamiento del sistema la posibilidad

27 Idem, p. 68.

28 Idem, p. 68.

de que se realicen actos de este tipo ya que esa es la idea que inspira muchos de los principios que lo rigen [...] la defensa realiza propiamente investigación privada cada vez que interroga a un testigo de los hechos o contrata un perito para confeccionar un informe y por lo tanto nada hay de extraño ni de ilícito, sino que, por el contrario, constituye para el defensor parte esencial de las tareas que le impone su responsabilidad profesional²⁹.

Por cierto, la realización de estas pericias está sujeta a la disponibilidad de la realidad que será periciada. Si la misma es psicológica o psiquiátrica y quien debe ser objeto de ella es la víctima, cobra especial relevancia el acceso y la comunicación con ella. Sin acceso a la víctima la pericia no puede ser practicada y por lo mismo, se debe ser especialmente cuidadoso en la verificación de la legitimidad del impedimento u obstáculo que limita ese acceso. Si tal es la voluntad de la víctima, habrá que respetar esa voluntad, aunque esto no excluye que el juez de garantía y la fiscalía, en las correspondientes audiencias y en cuanto la oportunidad lo admita, le hagan ver la importancia de la diligencia y de su cooperación. Si, a su vez, el obstáculo está impuesto por decisión de autoridad, del fiscal o del juez de garantía, en su caso, habrá que ponderar las razones fundantes de la misma y exigir que en todo caso se ajuste a la Constitución y a la ley.

7.1 La cuestión del acceso del perito a la víctima para la práctica de la pericia se relaciona con la de si la víctima puede ser “objeto” de prueba, en circunstancias que el sistema la considera, de partida, como un interviniente en el proceso y por ende un sujeto, titular de múltiples derechos. El punto se ha planteado originalmente en relación con el imputado: si el imputado en un sistema acusatorio no es fuente de prueba destinada a la averiguación de la verdad material sino un sujeto de derechos y de prueba, ¿puede ser objeto de prueba? Binder aborda este tema y plantea que el imputado, en ciertos casos, puede ser objeto de prueba, “pero nunca objeto del proceso penal”. “Son estos los casos, por ejemplo, del reconocimiento en rueda de personas [...] en este caso el imputado actúa como objeto de prueba. Una discusión análoga se plantea en el caso de las pruebas de sangre, con la investigación corporal del imputado. Se entiende que en estos casos el imputado actúa efectivamente como objeto de prueba³⁰. En la misma línea se pronuncian, Horvitz y López, para quienes si bien tiene el imputado derecho a declarar como medio de defensa y derecho a guardar silencio, “eso no quiere decir, sin embargo, que el imputado no pueda constituirse en objeto de la investigación (en este aspecto citan los exámenes corporales y el reconocimiento en rueda de presos) y, eventualmente, en medio de prueba, como cualquier ciudadano que está sujeto al deber de tolerar la pretensión fundada del estado al esclarecimiento y sanción de las infracciones a las normas jurídicas. En efecto, el imputado está sujeto a la coacción estatal en la medida que debe tolerar el procedimiento penal y, eventualmente, las afecciones masivas en su libertad personal o en su integridad corporal, como la prisión preventiva o tomas de sangre³¹. Todo lo anterior, por cierto, sin perjuicio de sus derechos, especialmente a la no autoincriminación y al silencio.

7.2 Así las cosas, es perfectamente razonable aplicar por analogía los referidos conceptos a la situación de la víctima. Esta es, también, un sujeto de derechos, pero no sólo no hay norma ni prescripción alguna que la excluya de la posibilidad de ser “objeto de la investigación” y “objeto de prueba”, en los sentidos antes indicados, sino que la posibilidad de que lo sea está, como ya lo señalamos, expresamente reconocida por el artículo 197 del Código Procesal Penal. Este confirma que la víctima, el ofendido, está también sujeta al deber de tolerar la pretensión fundada del estado de esclarecer los hechos que infringen las normas. La víctima será particularmente considerada, según la norma citada, en la investigación criminal para exámenes corporales, pruebas de carácter biológico o extracciones de sangre u otros análogos, que no son otra cosa que pericias, requi-

29 Idem p. 73 y 74.

30 Binder, Alberto, ob. cit pp. 331 y 332

31 Horvitz, María Inés y López, Julián, ob. cit pp. 225 y 226.

riendo primero su colaboración voluntaria y ante la negativa de esta, solicitando la autorización judicial que sólo podrá negarse cuando “fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado”. Como se ve, la ley procesal penal prescribe y regula el deber de la víctima de actuar, de tolerar, de soportar, sujeto por cierto a su consentimiento, a su libertad, y al mismo tiempo, la ampara con garantías y derechos, de manera que tales actos le causen el mínimo de daño posible o se den dentro de ciertas reglas que le aseguren su dignidad personal y el respeto a su condición de ofendida. Desde otro punto de vista, precisamente porque la víctima está llamada a actuar y a tolerar estos actos intrusivos o limitantes de sus derechos a la integridad y a la privacidad, la ley procesal establece las garantías y derechos de que goza.

8. Conforme con lo dicho, el Oficio FN N° 160/2009, “Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos sexuales”, importa un límite grave al derecho de defensa del imputado y al mismo tiempo un compromiso, también grave, del principio de igualdad de armas. La instrucción que se da a los fiscales, en orden a oponerse, por todas las vías, a la solicitud de la defensa de periciar a la víctima, impide absolutamente al imputado su derecho de defensa porque limita su posibilidad de acreditar hechos relevantes para desvirtuar los cargos que se le imputan. Para los defensores la Instrucción es un obstáculo definitivo al cumplimiento de su deber profesional de proveerse de las pruebas necesarias para la debida defensa del imputado.

La imposibilidad de acceder a la víctima o de disponer de ella para la práctica de un peritaje que impone la Instrucción importa en definitiva la negación de la pericia, y tal negación afecta tanto el derecho de defensa como la capacidad de defensa técnica del imputado. Al impedir el ejercicio del derecho de defensa por parte del defensor, la Instrucción compromete también gravemente el principio de igualdad de armas. La Instrucción introduce un desequilibrio en el sistema porque priva a una de las partes de un instrumento del que la otra puede usar discrecionalmente, dejándola en una posición desmedrada y sin opciones razonables de salida. La aplicación de la Instrucción importa una desigualdad de armas que desmejora la situación del imputado contrariando la constitución y la ley.

9. El derecho de defensa del imputado y la igualdad de armas, no quedan satisfechos sólo con la posibilidad de éste y de su defensor de interrogar a la víctima testigo en el juicio oral. Este interrogatorio podrá ser un paliativo muy menor, dirigido a demostrar contradicciones o debilidades de la declaración testifical de la víctima. La pericia durante la investigación, en cambio, pudo demostrar hechos nuevos, distintos de los constatados por el Ministerio Público, que pudieron dar mérito para terminar con la persecución penal o para fundar argumentos de descargo.

Reiteramos entonces que la igualdad de posibilidades que el Código Procesal Penal aspira a construir entre quien dirige la persecución y el imputado, a través de una defensa técnica oportuna, adecuada y completa exige, en el caso concreto que nos ocupa, que el imputado y su defensor, constatada la necesidad de hacer una pericia a la víctima, tengan efectivamente la posibilidad de realizarla. Como así no ocurre, por la negativa en tal sentido impuesta por la Instrucción del Ministerio Público, queda comprometido gravemente el derecho a la defensa técnica y la igualdad de armas.

También aparece comprometido con la Instrucción el deber de lealtad que debe inspirar la acción del Ministerio Público. El principio de objetividad lo obliga, como dijimos en II, a actuar profesionalmente, y también a actuar de buena fe, de manera recta, honrada, sin doblez, sin cerrar el paso a una diligencia legítima, sin impedir, sin razones valederas, un acto que procede y corresponde. Nada de esto ocurre si se aplica la Instrucción de que tratamos.

10. Es también importante considerar la Instrucción desde el punto de vista de la credibilidad y fiabilidad de la prueba. Como es sabido, es admisible la prueba de estas dos cuestiones de hecho –el que la prueba sea creíble y el que sea fiable– porque se relacionan con la calidad y mérito de la

prueba. Estas pruebas son un mecanismo de control, de seguridad de la concurrencia de tales dos exigencias en la prueba de que se trate. Los exámenes y estudios de expertos que psicólogos o psiquiatras pueden realizar de las evidencias y peritajes ya efectuados a la víctima y que se hallen a su disposición en la Fiscalía tienen normalmente por objeto verificar precisamente las condiciones de credibilidad y fiabilidad de esos peritajes. Como dijimos antes en IV, 1, ellos criticarán las técnicas utilizadas, la idoneidad de los test aplicados, etc., tratándose, por tanto, de una especie de “prueba sobre prueba”. No obstante la pertinencia de esta diligencia y su utilidad, ella no reemplaza ni menos excluye la pericia directa a la víctima, que a más de abordar con mayor precisión la credibilidad y fiabilidad de la pericia original, tiene un objeto distinto.

11. El artículo 314 del Código Procesal Penal determina la causal de procedencia de la pericia y reconoce al informe de peritos como medio de prueba o instrumento de verificación de las afirmaciones de los intervinientes. En él se funda también el derecho del imputado y de su defensor, de requerir a la víctima como objeto de una pericia. El artículo 315, a su vez, definida la procedencia de la pericia, determina los requisitos formales del informe pericial y alude a “la persona o cosa que fuere objeto de él”, es decir, se refiere a la persona como objeto de la pericia. También, antes y para la etapa de investigación, como ya dijimos, el artículo 197 reguló expresamente la posibilidad de practicar al ofendido exámenes corporales, pruebas de carácter biológico, extracciones y otros exámenes análogos. Tanto el artículo 315 como el 197 citados, utilizan la expresión “objeto” para referirse a aquello sobre que recae la pericia o el examen, admitiendo expresamente que tal puede ser una persona o una cosa; la última norma señala expresamente “Si la persona que ha de ser objeto del examen [...]”.

La expresión objeto utilizada por estas normas está empleada en su sentido de “lo que es materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto”, primera acepción de la expresión definida por el Diccionario de la Lengua de la RAE y no como sinónimo de cosa, de entidad o ser inanimado que no es persona ni sujeto. Así, como se ve, es el propio Código Procesal Penal el que utiliza la expresión objeto para referirse a la persona que es materia de la pericia y lo hace correctamente, conforme con el sentido genuino de la expresión. En otras palabras, siguiendo el sentido natural de las expresiones utilizadas por estas dos normas, pueden ser objetos de pericias tanto las personas como las cosas, ambas son para los peritos materia de su conocimiento o de su sensibilidad.

Como se ve, en suma, la interpretación del artículo 320 del Código Procesal Penal contenida en la letra c) de la Instrucción del Ministerio Público adolece de varios defectos: no utiliza el correcto sentido de los términos que la disposición emplea; considera la disposición aisladamente, omitiendo su relación con otras dos normas relevantes, cuales son los artículos 197 y 315; apunta a una interpretación que pugna con las otras dos normas señaladas e impide que entre todas las reglas de que se trata exista la debida correspondencia y armonía;

12. Si se tiene en cuenta el correcto sentido de las expresiones utilizadas por el artículo 315 del Código Procesal Penal, así como de las palabras empleadas por el artículo 197 del mismo Código, cae de manera perentoria la argumentación de la letra c) del Oficio FN Instrucción en estudio. En verdad y conforme con lo dicho, el tenor literal del artículo 320 del Código Procesal Penal no excluye a la persona como objeto de las solicitudes de acceso que pueden dirigir los intervinientes al juez de garantía para la realización de sus pericias. La norma efectivamente pretende asegurar y ordenar el trabajo de los peritos por medio de instrucciones del juez de garantía. Lo que la norma señala es la posibilidad de que el juez de garantía dé “instrucciones [...] para que [...] (los) peritos [...] puedan acceder a examinar los objetos [...] a que se refiere su pericia”, objetos que pueden ser personas o cosas, es decir, todos los objetos periciables, conforme vimos, pero también, y aquí la norma se extiende con ejemplos, “los documentos y los lugares”.

No hay razones de ningún tipo para entender que la persona, que como hemos dicho es materia de conocimiento, auscultamiento, apreciación y sensibilidad de un perito, deba estar excluida de tales objetivos de ordenación y aseguramiento. Es más, podríamos decir que son precisamente las personas quienes más necesitan tales instrucciones del juez para que los actos periciales en que deban participar o que les afecten les resulten menos gravosos o no victimizantes.

En suma, las razones jurídicas y lingüísticas apuntan en el sentido exactamente opuesto a la interpretación sostenida en el Oficio FN Instrucción de que se trata. Ésta Instrucción al equivocar el verdadero sentido y alcance de la disposición, termina negando el acceso a la víctima y conculcando derechos esenciales del imputado. Además, la interpretación que propicia del art. 320 del código pugna con el artículo 315 recién citado porque, reiteramos, definiendo éste el contenido del informe de peritos, se refiere claramente “a la persona o cosa que fuere objeto de él”, así como con el artículo 197 que se refiere a “la persona que ha de ser objeto del examen”.

13. Por otra parte, el sentido de la expresión “objeto” es enteramente coherente con la utilización por la norma de la expresión “acceso”. Acceder, según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, es “la acción de llegar o acercarse” y también, en un sentido más apropiado, “la entrada al trato o comunicación con alguno”. Luego, los peritos acceden a las personas a quienes realizarán la pericia, entran al trato con ellas y se comunican con ellas a efectos de hacer la pericia. La expresión acceso, por tanto, no está referida sólo al lugar o a un objeto en el sentido de cosa. Su empleo por el artículo 320 del Código Procesal Penal es perfectamente procedente para indicar que el perito se comuniquen con la persona a quien debe realizar la pericia.

Tampoco la expresión “examen” excluye su aplicación a las personas. Desde luego la ley procesal penal usa la expresión directamente respecto de las personas, en el artículo 197, y el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española ³² prevé precisamente tal término para referirse a “la diligencia que se practica tomando declaración a las personas que, no siendo parte en el juicio, saben y pueden dar testimonio sobre lo que se quiere averiguar”.

En suma, conforme con el correcto sentido de las expresiones usadas por el legislador, en caso alguno, ni en la solicitud del imputado y de su defensor de periciar a la víctima ni en la realización de esta pericia ni en la propuesta de ese perito para el juicio oral ni en la declaración del perito en el juicio oral ni en la citación a declarar ni en la proposición de la declaración de la víctima como testigo ni en la producción de su testimonio en el juicio oral, puede entenderse que la víctima esté siendo considerada objeto del proceso o del procedimiento. En todos estos casos, la víctima es considerada sujeto de derechos y su participación y actuación en tales diligencias y pruebas se enmarca en las formas y exigencias de la ley procesal penal que buscan protegerla y considerarla en atención a su condición y circunstancias.

14. La letra b) del número 6 del Oficio FN 160/2009 argumenta en contra de la pericia de la víctima en razón de ser esta “un sujeto procesal que goza de prerrogativas que no pueden ser soslayadas, razón por la cual no debe ser tratada como un objeto para la realización de pruebas periciales”. Como ha quedado demostrado, la realización de pericias a la víctima como a cualquier otra persona es admitida y procedente conforme con nuestra ley procesal penal porque en todos esos casos la persona, y la víctima, no sólo no son tratados como “objetos”, en el sentido de cosas, sino como sujetos materia de conocimiento, respecto de quienes rigen los resguardos y protecciones que establece la propia ley procesal penal. Las prerrogativas de que goza la víctima como sujeto en el proceso penal son perfectamente compatibles con su deber de actuar e intervenir en las diligencias y pruebas destinadas a esclarecer y a acreditar los hechos que se investigan. Así como

³² Todas las definiciones de términos y palabras señaladas en V 11, 12 y 13, corresponden al Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Espasa Calpe, Madrid, 1984.

el deber de perseguir el delito y en concreto la propia acción persecutoria deben conciliarse con los derechos del imputado, en especial el derecho de defensa y de prueba, el régimen de protección de la víctima debe también conciliarse con su participación en las diligencias y en los actos de prueba que la misma ley establece. Lo contrario, es un error. Entender que las prerrogativas a favor de la víctima significan su exclusión de las diligencias y de las pruebas del proceso penal, es equivocado y contraría las reglas procesales penales.

15. El artículo 320 del Código Procesal Penal regula las instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos. Si bien, por el sentido de sus términos y por el contexto en que se encuentra, pareciera tratarse de una disposición eminentemente de carácter material, operativo, que busca ordenar el acceso de los intervinientes y sus peritos a las realidades que serán objeto de las pericias, las personas o las cosas como demostramos en IV, 11 y 12, es obvio que subyace a ella el derecho o el interés legítimo que anime la actuación del interviniente de que se trate.

Si quien solicita la instrucción es el fiscal, su petición será expresión de su interés en la persecución y el esclarecimiento de los hechos. Si es el imputado o su defensor, tras la solicitud estará el derecho de defensa, la igualdad de armas, el derecho a la prueba. Siempre el juez de garantía deberá acceder a la petición, salvo que estime del caso postergarla, pero sólo esto, porque el artículo 320 supone la procedencia de la diligencia. Es decir, sea que se trate del trabajo de unos peritos de la Fiscalía que responda a una diligencia ordenada por ella conforme con el artículo 183 del Código, sea que se trate del trabajo de unos de confianza de la defensa, el juez deberá dictar las instrucciones que se le requiere.

La norma se ha establecido para uso de todos los intervinientes, el fiscal, el imputado, la víctima y otros, sin que corresponda excluir a ninguno que requiera la solicitud; puede utilizarse en la investigación y en la fase preparatoria del juicio, por lo que es flexible, dejando su procedencia para cuando se presente la necesidad. Su objeto esencial es regular el acceso al objeto de la pericia, lo cual da el verdadero sentido a la disposición, el de permitir y facilitar un contacto efectivo y una llegada directa a la materia periciable. Sin este acceso, sin este contacto directo, la pericia no puede realizarse y la prueba tras ella queda abortada. Por eso, requerido el juez para instruir el trabajo de los peritos, debe acceder a hacerlo. El artículo 320 del Código es perentorio en cuanto a lo que el juez debe hacer ante la solicitud de instrucciones para el trabajo de los peritos. Señala, categóricamente, que “El juez accederá a la solicitud [...]”. La única hipótesis distinta es la del caso en que presentada la solicitud de instrucciones “durante la investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta”.

Es decir, el juez de garantía no puede nunca negar la instrucción para el trabajo de los peritos. La ley le impone el deber de facilitar el acceso al objeto de la pericia. Obviamente tomará resguardos, en los términos que señalamos en 15.2, pero siempre deberá conciliar esos resguardos con los intereses legítimos, derechos y garantías esenciales que están en juego.

El resto de la norma es funcional a lo dicho. Se trata de disponer la instrucción material del trabajo del o los peritos, que es la ordenación, la organización, la dación de reglas y advertencias a ellos. Estas reglas son necesarias y se explican razonablemente porque, por ejemplo, existiendo varios intervinientes y también varias personas y varias cosas que pueden resultar objetos de pericias, es conveniente y necesario indicar cuando se realizará una pericia, cuando otra, y dónde; pero admitiendo que también pueden regularse “otros fines pertinentes”, es decir, relacionados con el trabajo de los peritos, como pueden ser qué pericia se realizará primero y cual o cuales después, y por quien o quienes, y bajo qué condiciones y en qué plazos.

15.1 Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que los objetos, documentos e instrumentos que se utilizaron en la comisión de los hechos y los encontrados en el sitio del suceso, “serán recogidos,

identificados y conservados bajo sello” por el Ministerio Público y que por lo mismo, ellos no están a disposición de los intervinientes ni de nadie; luego, su utilización o examen supone alterar esa conservación y esos sellos y resolver la disposición ordenada de los mismos. El imputado, a su vez, se haya amparado por su estatuto de garantías, y la realización de una pericia a su respecto deberá ajustarse al artículo 197 del Código Procesal Penal y a sus condiciones, pero para los efectos prácticos y operativos, para aquellos que dicen relación con la oportunidad, el lugar, el horario, las personas involucradas y otros, es aplicable el artículo 320 del mismo Código. Algo similar ocurre con la víctima; esta se halla protegida por el Ministerio Público, pudiendo estar bajo medidas especiales de resguardo que impliquen el desconocimiento de su paradero, el cambio de su domicilio y medidas similares, todas las cuales importan que la víctima no esté disponible, que la llegada a ella no pueda ser directa, que especialmente el imputado y su defensor vean prácticamente imposible acceder a ella para alguna diligencia probatoria. Entonces, si fuere procedente el examen conforme con el artículo 197 del Código, se materializará el derecho organizando y disponiendo las cuestiones operativas con la aplicación del artículo 320 del mismo Código.

15.2 Reafirmando lo dicho podemos señalar que el artículo 320 del Código Procesal Penal está para dar garantías de un trabajo pericial ordenado, para que quienes deban practicar exámenes, entrevistas, tests y otros, para que quienes deban soportarlos, y para que quienes deban examinar cosas, objetos, utensilios e instrumentos vinculados a la comisión de un delito, se inserten en un procedimiento formal que respetuoso de los derechos que a cada uno correspondan permita la realización de la diligencia y la satisfacción de todos los intereses involucrados.

En la audiencia que corresponda, en la etapa de investigación o en la de preparación del juicio oral, el juez de garantía deberá velar por la buena organización de estos procedimientos, por su realización expedita y comedida; sus instrucciones deberán conjugar las variables materiales necesarias, asegurar el trato de inocente al imputado, considerar las medidas de protección que respecto de la víctima se encuentren vigentes o deban acordarse y hacer respetar la dignidad de todos los involucrados. Sólo así se logrará el trabajo de los peritos en las mejores condiciones.

15.3 Por otra parte, en el debate que se genere en la audiencia deberá indagar el juez la oportunidad de la instrucción para dejar en claro cuando es aconsejable postergarla. ¿Cuándo será necesario postergar las instrucciones para el trabajo de los peritos durante la etapa de investigación para proteger el éxito de esta investigación? Lo primero debe ser reafirmar que al juez de garantía no corresponde, por regla generalísima, evaluar ni ponderar el curso de la investigación ni su fracaso ni su éxito, por lo que no debe verse en esta hipótesis una atribución suya para examinar la investigación. La solicitud de instrucciones que se le requiere, dice relación con el trabajo de los peritos, puntualmente, y no con otras diligencias ni actividades pretendidas por los intervinientes.

La respuesta a las interrogantes planteadas la vemos relacionada con la disponibilidad efectiva de todos los antecedentes a examinar. Si alguno de los intervinientes, el fiscal o el imputado, por ejemplo, argumentan que el acceso a los objetos de las pericias resulta temprano o inoportuno porque no se han encontrado todos los requeridos para un cuadro completo de los hechos, porque sólo se dispone de evidencias menores, disgregadas, porque se tiene un material muy parcial o exiguo, o porque las personas que se requiere sean objetos de exámenes o tests se hayan participando de otras diligencias relevantes o se encuentran en un estado anímico o emocional particular que desaconseja profesionalmente la diligencia en tal oportunidad o porque las pericias de que se trate si bien son pertinentes y necesarias lo serán aún más en una ocasión posterior que los mismos intervinientes pueden precisar o acordar. En todas estas hipótesis resulta razonable y procedente la “postergación” de que habla la norma, y puede entenderse que tal postergación beneficie o haga más exitosa la etapa de investigación, en cuanto asegura que las pericias se realicen en momentos en que sus frutos puedan ser más amplios y aparecer más seguros.

15.4 Nos interesa, además, relacionar el derecho de defensa que corresponde al imputado y a su defensor con el artículo 320 del Código Procesal Penal. Como hemos dicho antes en V, 7, el

imputado y su defensa tienen, en el sistema adversarial en que nos encontramos, la capacidad y la posibilidad ciertas de investigar e indagar y de recabar evidencias y preparar pruebas. Para el defensor resulta un deber profesional de primer orden realizar investigación privada e interrogar unos testigos o encargar unas pericias con el propósito de lograr pruebas de descargo.

Así, paralelamente se darán durante la investigación, dos especies de actuaciones y diligencias, a saber:

- a) unas solicitadas por la defensa al fiscal, siguiendo la ruta definida por el artículo 183 del Código Procesal Penal, dirigidas fundamentalmente a esclarecer los hechos; y
- b) otras diligencias dirigidas y realizadas directamente por el defensor, en ejercicio del derecho de defensa, para refutar los hechos y proveerse de pruebas de descargo.

La primera clase de diligencias deben ser ordenadas a criterio del fiscal y su negativa puede dar lugar al reclamo administrativo previsto en el mismo artículo 183 y hasta generar la reapertura de la investigación, cuando se da la hipótesis prevista en el artículo 257 del indicado Código. La segunda clase de diligencias son realizadas libremente por el defensor y su admisibilidad como prueba tiene lugar en la audiencia de preparación del juicio oral.

15.5 En esta segunda especie de diligencias, que corresponde a la actividad desplegada por la defensa, deben tenerse en cuenta las siguientes reglas. El artículo 263, letra c), del Código Procesal Penal faculta al acusado para “exponer los argumentos de defensa que considerare necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicitare, en los mismos términos previstos en el artículo 259”. El artículo 272, a su vez, autoriza a cada parte, acusador y acusado, a “formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276”, esto es, para definir la exclusión de ciertas pruebas para el juicio oral. Nótese que, conforme con los últimos incisos citados, el juez sólo puede excluir las pruebas que fueren manifiestamente impertinentes, las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos notorios, y las que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura al juicio oral.

El Código prevé, entonces, un contradictorio especial para debatir acerca de la admisibilidad o exclusión de las pruebas ofrecidas por las partes y centra tal debate en la concurrencia de ciertas causales que admiten la reducción de las pruebas o su exclusión. De no justificarse estas hipótesis del art. 276 del Código Procesal Penal, las pruebas ofrecidas deben admitirse.

15.6 ¿Qué pruebas señalará la defensa del imputado en el acto previsto en el artículo 263 del Código Procesal Penal? ¿Sobre qué pruebas ofrecidas por la defensa tendrá lugar el debate previsto en el artículo 272? ¿A qué pruebas de la defensa se refiere el artículo 276? En todos estos casos se trata de pruebas que han sido fruto de diligencias solicitadas al fiscal conforme con el artículo 183 o que son fruto de la actividad privada realizada por el defensor, actividad esta última que no ha debido requerir autorización alguna del fiscal, porque es ejercicio del derecho de defensa y para tal ejercicio no se requiere autorización alguna, pero que a su vez no ha debido ser obstaculizada en modo alguno por el fiscal, porque esa obstaculización no sólo contrariaría tal derecho sino también los principios de objetividad y de igualdad de armas.

También en la respuesta deben comprenderse, en concreto, las pericias que el imputado o su defensor no hayan podido realizar y tengan interés en hacerlo y para lo cual soliciten al juez de garantía instrucciones para el trabajo de los peritos de que se trate, conforme con el artículo 320 del Código Procesal Penal. Como señalamos en V, 15, también en la audiencia del juicio oral puede el imputado solicitar tales instrucciones, lo que hará, obviamente, cuando todo sus intentos ante-

rios por lograr acceder a la víctima se hayan frustrado, estando el juez obligado a acceder a esa solicitud.

16. Pudiere explicarse el Oficio FN 160/2009 por un especial celo del Ministerio Público en la protección de la víctima y por su interés en el respeto de sus derechos, especialmente el de solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya y de su familia, circunstancias que podrían verse favorecidas, hipotéticamente, por el acceso a ella de un perito. Sin embargo, ni aún en esa hipótesis se justifica ni resulta procedente el contenido del Oficio en estudio. En verdad, la posición de la víctima no puede verse debilitada ni disminuida ni menos amenazada por ser objeto de una pericia. Precisamente, la regla del artículo 320 del Código Procesal Penal, la participación del Ministerio Público y la intervención ordenadora del juez de garantía permiten conjurar esos eventuales peligros. Las “instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos” no sólo debieran permitir y facilitar la realización de la pericia en las mejores condiciones de orden y respeto sino también combinar tales reglas con medidas concretas de protección que se estudien y resuelvan en la audiencia correspondiente.

17. La realización de una pericia a la víctima originada en el interés del imputado o su defensor y enmarcada en la ley procesal penal y en sus garantías, no constituye de por sí una violación a la integridad física y psíquica de ésta. La pericia será hecha siempre por profesionales sensibles a las condiciones de la víctima y a sus circunstancias, con conocimientos concretos acerca de cómo proceder, de cómo plantear las preguntas que apunten a las realidades más difíciles de abordar, con formación profesional acerca de cómo obtener información sin agotar al interrogado, sin provocar daño o provocando el mínimo necesario. Además, la pericia se hará con pleno conocimiento del Ministerio Público, que podrá adoptar resguardos para que se respeten los derechos de la víctima, particularmente para que no sea hostigada ni interrogada bajo amenazas ni se le someta a métodos que menoscaben o coarten su libertad o que pudieren pugnar con un trato digno y respetuoso de su condición. Corresponderá precisamente al ministerio público requerir al juez de garantía la adopción de las medidas que aseguren que la diligencia se realice en las mejores condiciones de tiempo y lugar, para que durante la pericia se evite o disminuya al mínimo la perturbación que hubiere de soportar con ocasión del trámite en que debe intervenir.

La pericia violará la integridad psíquica y física de la víctima cuando se la realice contrariando lo señalado, a saber: con descuido, por personas no idóneas, prolongando el interrogatorio sin atención a su estado físico, provocándole agotamiento físico o mental y prescindiendo de las prescripciones médicas, psicológicas o siquiátricas que pudieren existir.

Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que cualquier pericia a que puede ser sometida la víctima podría ser realizada con infracción de sus derechos o con violación de las reglas del Código Procesal Penal. También aquella ordenada por el Ministerio Público podría realizarse en condiciones atentatorias a su condición o resultar perturbadora para su salud física o síquica.

18. El juicio oral, tratándose de toda clase de delitos, se desarrolla, considerando lo señalado por el artículo 325 del Código Procesal Penal, con la concurrencia y presencia del tribunal, de todos los intervinientes y de testigos y peritos. La víctima de cualquier tipo de delitos se haya considerada genéricamente entre los intervinientes de la audiencia del juicio oral, sin perjuicio que también es y puede ser testigo, hipótesis todas que admiten que puede estar frente a frente con el acusado. Este, el momento de la concurrencia conjunta en un acto de víctima y victimario, y más aún el momento de su interrogatorio como testigo, parece ser, objetivamente, el momento más álgido, duro y difícil para la víctima de todos los que puede llegar a vivir durante la investigación y el juicio. El encuentro con el victimario, volver a verlo y recibir su mirada, oír sus dichos y declarar frente a él y en consecuencia revivir los hechos pueden significarle, evidentemente, el máximo dolor, la mayor conmoción psíquica, la más seria molestia y perturbación de su normalidad. Sin

embargo, no adopta el Código respecto de este punto, prescripciones especiales en ningún tipo de delitos; ni impide la intervención en un mismo acto de víctima y victimario ni dispone de medidas extraordinarias al respecto. Simplemente, tal participación debe darse sujeta a las reglas generales, esto es, a las potestades que envuelven las facultades de dirección y disciplina del juez presidente, a los deberes de los asistentes y a las eventuales sanciones que pudieren aplicarse ante infracciones a las mismas reglas (artículos 292 y siguientes del Código Procesal Penal).

La incomodidad, la molestia, el desagrado o el temor que puede significar para la víctima su sometimiento a una pericia de interés del imputado o de su defensor se sitúan, objetivamente, en una escala de intensidad e impacto personal muy distinta y menor que la que corresponde a su participación como interviniente o como testigo durante el juicio oral. No debe olvidarse que tal pericia será hecha por un perito, profesional, experto y calificado. Además, la diligencia misma podrá, cuando no deberá, realizarse conforme con medidas especiales de protección y resguardo que el fiscal haya requerido y el juez de garantía ordenado.

19. La variada argumentación precedente que expresa la serie de infracciones a la ley que contiene la Instrucción, y especialmente la ausencia de fundamentos racionales y jurídicos que justifiquen su procedencia, nos llevan naturalmente a plantearnos su correspondencia con el principio de igualdad ante la ley. Entendemos que éste, perteneciente al principio de igualdad humana, "se afirma consecuentemente en diversos sentidos: [...] igualdad en la definición y en el régimen de los derechos garantizados por la carta fundamental [...] igualdad de acceso y de suministro y uso de los medios necesarios para el ejercicio y efectivo aprovechamiento de tales derechos [...] igualdad en cuanto a las obligaciones que hayan de asumir todas las personas sometidas al ordenamiento institucional"³³, y se reafirma con la prohibición impuesta por la Constitución, al legislador y a toda autoridad, ejecutiva y administrativa, de establecer discriminaciones arbitrarias.

Esta última consecuencia de la igualdad exige que no se regule "de igual forma situaciones desiguales ni trate de modo diferente situaciones iguales"³⁴, es decir, que se someta a todos a un mismo estatuto, salvo que haya justificaciones razonables para imponer diferencias. Como señala el Tribunal Constitucional, en sentencia de 6 de diciembre de 1994, rol 203, "por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común".

En el caso del Ministerio Público y el ejercicio de sus potestades normativas previstas en el artículo 17, letra a), de su ley orgánica, en las que se origina la Instrucción, éste ha debido considerar para dictar sus criterios de actuación a los fiscales, a las normas previstas en la Constitución y las leyes. Así lo dispone la propia norma antes citada, pero también la razón y la lógica. Es obvio que los criterios de actuación de que se trata deben siempre ajustarse a las leyes de superior jerarquía porque precisamente los mismos buscan hacer más efectiva la aplicación de ellas; y naturalmente, siendo la autoridad máxima la facultada para dictar tales criterios, no cabe esperar de ella sino la actuación más ajustada a la Constitución y la ley.

A la luz de lo dicho, la Instrucción no se ajusta a la igualdad ante la ley garantizada por el artículo 19, n° 2, de la Constitución. Las reglas que la Instrucción impone son claramente diferentes, de aquellas que rigen, conforme con la ley procesal penal, para la investigación de todo tipo de delitos, también para aquellos de igual o mayor gravedad. La Instrucción, infringiendo la constitución y la ley procesal penal, impone una discriminación en perjuicio de los imputados de delitos sexuales y tal discriminación se impone no sólo contrariando las leyes procesales penales sino sin una justificación racional que la legitime.

³³ Silva Bascuñán, Alejandro, tratado de Derecho Constitucional, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2006, pp. 103 y ss.,

³⁴ Idem, pp. 124 y 125.

En efecto, ¿porqué la víctima de delitos sexuales es distinta de la de un delito de homicidio o de lesiones gravísimas, o de delitos contra la vida, en general?, ¿qué justificación racional existe para que la víctima de delitos sexuales merezca, especialmente, un estatuto propio que la excluya de participar de una pericia psicológica solicitada por el supuesto victimario? De otro lado, ¿porqué el imputado de un delito sexual es diferente del imputado de un delito de homicidio o de lesiones gravísimas?, ¿qué justificación racional existe para que el imputado de un delito sexual no pueda tener acceso a la víctima para que su defensa le practique un examen psicológico?, ¿porqué el imputado de un delito sexual debe soportar una restricción a su derecho de defensa que no soporta el imputado de otro delito de igual o mayor gravedad? No hay razones ni justificaciones suficientes para el estatuto especial que impone la Instrucción. No hay estudios psiquiátricos ni psicológicos ni argumentos jurídicos ni razones prácticas que fundamenten la Instrucción ni el estatuto particular que impone para la investigación de delitos sexuales. No hay consideraciones de ningún tipo que demuestren razonablemente la necesidad de regular especialmente la investigación de delitos sexuales.

De lo dicho queda claro que la Instrucción atenta contra la igualdad ante la ley. Se aparta de ella al imponer un régimen particular a la persecución de una especie de delitos sin fundamentos razonables suficientes. Al mismo tiempo, la Instrucción importa una discriminación arbitraria porque sin justificación razonable y con grave violación de la ley procesal penal, impone un estatuto especial a la persecución de una especie de delitos.

20. Por todo lo expuesto en los números precedentes, también carece de todo fundamento el deber que el Oficio FN N° 160/2009 impone a los fiscales de “deducir las acciones constitucionales a que haya lugar” para el caso de decretarse la pericia de la víctima por orden judicial y bajo apercibimiento. Siendo la pericia de la víctima solicitada por el imputado o su defensor un derecho previsto por la ley procesal, no hay en tal solicitud ni en la práctica de la diligencia o de la prueba ningún compromiso ni afectación de regla constitucional alguna, de manera que no se ve cuales serían “las acciones constitucionales” que entonces podrían tener lugar ni su éxito.

21. Todas las razones dadas para rechazar el contenido del Oficio FN N° 160/2009 permiten también constatar la grave desproporción existente entre la posición que se asume por la Fiscalía y el objetivo que se persigue con ella. En efecto, considerando que en este caso las instrucciones son restricciones, que pueden explicarse por el propósito de proteger a la víctima, de evitar o no aumentar su victimización, no resulta razonable que tal objetivo deba lograrse conculcando el derecho de defensa del imputado e impidiendo el deber profesional del defensor. En otras palabras, no hay conformidad ni correspondencia entre el objetivo que se busca, el medio que se impone y el efecto que se logra. Las medidas que la Instrucción dispone son inadecuadas para lograr la protección de la víctima porque son gravosas y cercenan garantías procesales esenciales. No hay una relación ponderada entre ellas y los fines que buscan.

El principio de proporcionalidad que suele considerarse en distintos ámbitos del Derecho, especialmente en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal Penal, exige la ponderación de los intereses en conflicto para no sacrificar innecesaria y desequilibradamente unos en perjuicio de otros. El principio “se aplica, una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la ingerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar [...] si el sacrificio resulta excesivo la

medida deberá considerarse inadmisible, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad³⁵.

La doctrina sobre el principio de proporcionalidad se ha desarrollado con fuerza a partir del examen de la relación medio-fin, "pues toda relación de este tipo con trascendencia en el proceso penal, además de ser empírica comprende un par de valores que subyacen a ella y se resume finalmente en la relación de tensión existente entre los intereses estatales e individuales"³⁶. Lo relevante termina siendo que la proporcionalidad se convierte en un instrumento para medir y garantizar la observancia de las garantías constitucionales en el caso concreto, aplicándose "para acomodar la ley al caso concreto, atendiendo a los intereses en conflicto, y se formula de forma negativa (no se busca la decisión "proporcional" sino evitar la claramente desproporcionada), con el fin de asegurar el máximo respeto por las previsiones legales en el momento de la adopción de las medidas restrictivas o por los límites de las competencias de los órganos controladores de la constitucionalidad de las ingerencias, cuando estas últimas sean recurridas"³⁷.

El criterio de proporcionalidad ha impactando en todas las medidas procesales limitativas de los derechos (cautelares, interceptaciones telefónicas, intervenciones corporales, etc.), buscando disolver la relación de tensión entre los intereses en juego "por medio de la realización de una ponderación de intereses y valores que se resume en la idea del contrapeso, el cual no resuelve los problemas interpretativos en un plano abstracto, sino mediante la aplicación del principio al caso concreto"³⁸, procurando en todos los casos "comparar valores y medir intereses con el fin de encontrar el adecuado equilibrio entre la eficacia de uno y el sacrificio del otro"³⁹.

La Instrucción es a la luz de lo indicado claramente desproporcionada. Si lo que se busca es proteger a la víctima, tal objetivo se satisface resguardándola en las actuaciones en que deba intervenir y requiriendo o adoptando los criterios protectores que la propia ley procesal penal insinúa, y no cuasi secuestrándola, excluyéndola de actuaciones necesarias, en perjuicio de la defensa. La Instrucción resuelve la tensión entre el derecho de defensa del imputado y el deber de proteger a la víctima, negando el primero e imponiendo de modo absoluto el segundo. Tal solución se aparta por completo de la idea de contrapeso que exige la proporcionalidad y no logra equilibrio alguno entre los valores en juego. La Instrucción, contrariando la ley, limita el derecho de defensa, lo sacrifica, en aras de la eficacia de la protección a la víctima.

22. Por todo lo expuesto en los números precedentes, también carece de todo fundamento el deber que el Oficio FN N° 160/2009 impone a los fiscales de "deducir las acciones constitucionales a que haya lugar" para el caso de decretarse la pericia de la víctima por orden judicial y bajo apercibimiento. Siendo la pericia de la víctima solicitada por el imputado o su defensor un derecho previsto por la ley procesal, no hay en tal solicitud ni en la práctica de la diligencia o de la prueba ningún compromiso ni afectación de regla constitucional alguna, de manera que no se ve cuales serían "las acciones constitucionales" que entonces podrían tener lugar ni su éxito.

23. Por otro lado, conviene tener en cuenta ciertos precedentes jurisprudenciales que abonan los criterios planteados en este Informe. En efecto:

23.1 La Corte de Chillán, en sentencia de veintisiete de julio de dos mil cuatro, rechaza un recurso de protección interpuesto por el Ministerio Público contra el Juez de Garantía de Chillán por

35 González-Cuéllar Serrano, Nicolás, Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, Colex, Madrid, 2002, p. 225.

36 Idem, p. 226.

37 Idem, p. 230.

38 Idem, pp. 230, 231.

39 Idem, p. 232.

haber autorizado este un examen psicológico a una menor, no obstante haberse realizado antes un informe pericial de veracidad ordenado por el Ministerio Público. Entre los considerandos del fallo se indica que “5) [...] la norma contenida en el artículo 320 del Código Procesal penal, sobre instrucciones necesarias para el trabajo de los peritos, permite que durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral los intervinientes pueden solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia o para cualquier otro fin pertinente”, Rol N° 2.994-2004. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema por sentencia de diecisiete de agosto de dos mil cuatro, Rol 3402-04;

23.2 El Juez de Garantía de Chillán, en resolución de quince de junio de dos mil cuatro, hace lugar a la solicitud de la defensa y ordena un peritaje psicológico a la víctima con el fin de acreditar la inocencia del imputado. En la audiencia se sostiene que “4° [...] la acción de la defensa no puede estar limitada solamente a realizar alegaciones respecto de los antecedentes que se presentan, transformándose en un Defensor pasivo [...] y 6° [...] que la circunstancia de existir ya un peritaje (ordenado por el Ministerio Público) no puede estimarse bastante para rechazar la petición de la defensa”, Rit 423-2004;

23.3 El Juez de Garantía de San José de la Mariquina, por resolución de 8 de julio de 2004, autorizó la presencia del perito de la defensoría en la diligencia de reconstitución de escena, Rit 56-2004;

23.4 El Juez de Garantía de Los Ángeles, en audiencia de preparación del juicio oral, en resolución de veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro, estableció que “Segundo [...] la víctima es sujeto de derecho, (pero) no por ello también deja de estar sujeto como contrapartida a obligaciones, en este caso concreto, de colaborar [...] a la total aclaración de los hechos, máxime si de los informes psicológicos practicados a ésta y llevados a cabo por el Ministerio Público y que han sido aparejados a la carpeta investigativa, ellos arrojan algunos elementos o aspectos que se hacen necesario dilucidar con la opinión de un nuevo profesional o especialista en el área de la psicología. Tercero [...] se está en lo correcto en cuanto a que el derecho de defensa implica una defensa técnica jurídica que no importa únicamente la factibilidad de efectuar alegaciones sino también el de reunir elementos de prueba que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Ruc 0400078754-5 y Rit 579.2004.

23.5 La Corte de Talca, por resolución de veinte de septiembre de dos mil cinco, rechazó el recurso de protección deducido por SENAME contra la resolución del Juez de Garantía que había acogido la solicitud de la Defensoría de practicar un informe de veracidad a dos menores víctimas del delito de violación, no obstante haber sido ellas examinadas antes por el médico legista a instancia del Ministerio Público. En el rechazo del recurso se indica que “8° [...] someter a los menores a un examen psicológico de veracidad, no puede considerarse como un acto que los menoscabe; la circunstancia de haber sido evaluados con anterioridad, reiteradamente, por el ente persecutor y por organismos de apoyo, no es causal para impedir, per se, que la defensa del imputado pueda requerir un peritaje con idéntico propósito, pues lo contrario importaría romper el principio de objetividad que constituye uno de los fundamentos del debido proceso. Y 9° [...] que es indudable que en el ejercicio de dicho trámite debe velarse por el interés superior de los niños, por lo que debe efectuarse bajo las condiciones profesionales y materiales que así lo aseguren y que el juez debe orientar”, Rit 5003-2004;

23.6 Las Cortes de Antofagasta y de Talca, en resoluciones de 2004 y 2005, roles 765-04 y 1098.05 y considerandos 7° y 9°, respectivamente, han establecido que estas pericias requeridas por la defensa después de haberse practicado otras antes por el Ministerio Público, no atentan contra la integridad psíquica de la víctima o una revictimización, dado que en el trámite del peritaje debe velarse por el interés de la víctima y tomarse los resguardos necesarios para evitar una nueva victimización, como realizar la pericia en la casa de la víctima;

23.7 La Corte Suprema, en sentencia de veintiséis de junio de dos mil ocho, confirmó la de primera instancia pronunciada en protección por la Corte de Valdivia, que señaló que “SEXTO [...] no puede estimarse un acto con naturaleza de desaguizado judicial la resolución que interpretando el artículo 320 del Código Procesal Penal, en cuanto se refiere a la posibilidad del juez de garantía de dar instrucciones para el trabajo de los peritos, para cualquier otro fin pertinente, lo hace aplicable a un examen psicológico de credibilidad en un delito de abuso sexual cuya misma naturaleza produce que en ocasiones la única prueba disponible sea la relación de hechos efectuado por la víctima.

Octavo [...] que si bien es cierto que resulta bastante probable que un nuevo interrogatorio cause alguna molestia a la menor [...] resulta por otro lado completamente cierto que de no hacerse, los derechos fundamentales del imputado al debido proceso y a la adecuada defensa jurídica, así como la mantención de la presunción de inocencia y la vigencia del principio de objetividad de la persecución penal se verían seriamente conculcados. Se trata, entonces, y puesto que hay más de un derecho constitucional involucrado, de decidir cual sea la afectación menos grave. En este sentido, y atendidos los resguardos dispuestos por la señora jueza de garantía, no cabe duda que resulta más grave lo segundo que lo primero. Así lo ha dicho por lo demás la Excm. Corte Suprema [...] (que) someter a los menores a un examen psicológico de veracidad no puede considerarse como un acto que los menoscabe; la circunstancia de haber sido evaluados con anterioridad, reiteradamente, por el ente persecutor y por organismos de apoyo, no es causal para impedir, per se, que la defensa del imputado pueda requerir un peritaje con idéntico propósito, pues lo contrario importaría romper el principio de objetividad que constituye uno de los fundamentos del debido proceso”. Rol 3088-2008;

23.8 La Corte Suprema, por resolución de veintinueve de enero de dos mil nueve, rechazó un recurso de protección contra la resolución del juez de garantía de Santiago que a petición de la defensa del imputado “ [...] dispuso un nuevo peritaje psicológico a la víctima, menor de edad, adoptando una serie de medidas en torno a la realización de la diligencia, a saber, la pericia deberá efectuarse en dependencias del Ministerio Público con la presencia del Fiscal de la causa, acompañado de una persona de la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos del Ministerio Público, sin que puedan participar en dicha diligencia la abogada defensora ni los padres del menor, debiendo el fiscal advertir al menor antes de la realización de la pericia que en todo momento puede guardar silencio o manifestar su interés en orden a no ser sometido a la entrevista clínica respectiva [...] ”. Rol 329-2009.

24 Relevantes resultan, también, tres fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

24.1 En el caso *Lori Berenson vs. Perú*, en sentencia de 25 de enero de 2004, la Corte señala que “132 [...] al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8° de la Convención, ha manifestado que en el proceso se deben observar todas las formalidades que sirvan para proteger, observar o hacer valer la titularidad de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. En las consideraciones 182 a 186 establece que en cuanto se prohíbe el interrogatorio de testigos en cuyas declaraciones se sustenta la acusación y en cuanto existe falta de intervención del abogado defensor que le impide controvertir las pruebas, tal imposición de restricciones vulnera el derecho del imputado a interrogar a los testigos, con el objeto de ejercer su defensa y el derecho de hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos, ambos garantizados por la Convención.

24.2 En el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, en sentencia de 18 de agosto de 2000, la Corte constató, en las Consideraciones 125 a 128, que “el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa [...] (y) tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que

arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso”, por lo que estimó que el estado violó, en perjuicio del imputado, el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.f, de la Convención Americana.

24.3 En el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, en sentencia de 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana estableció que “141 [...] la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas [...] las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño”, por lo que el Estado violó la Convención. También en la misma sentencia, Consideración 153, la Corte señala que la imposición de restricciones a los abogados defensores vulnera “el derecho de hacer comparecer a personas que pueden arrojar luz sobre los hechos”.

VI. Normas jurídicas infringidas por “Oficio FN N°160/2009, Instrucción general que imparte criterios para la investigación de delitos sexuales”

Sin perjuicio de lo ya dicho, precisaremos a continuación las normas procesales penales que resultan comprometidas o transgredidas por el “Oficio FN N°160/2009, Instrucción general que imparte criterios para la investigación de delitos sexuales”. En concreto:

1. La Constitución Política, particularmente sus artículos 5°, 6° y 19, números 2° y 3°, incisos segundo, tercero y quinto. En efecto:

1.1 El artículo 5° impone el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos humanos garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. La Instrucción, como se ha demostrado y como se dirá a continuación, compromete varias garantías constitucionales procesales que integran o pertenecen al concepto de derechos humanos y transgrede también el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8°, apartado 2°, letra f), y la Convención Americana de Derechos Humanos, porque limita gravemente la garantía del derecho de defensa.

1.2 El artículo 6° obliga a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y la referida Instrucción, en cuanto limita arbitrariamente ciertas garantías del imputado y del defensor, obliga a los fiscales del Ministerio Público a actuar fuera de la Constitución. Asimismo, el inciso segundo del citado artículo 6°, dispone que los preceptos de la Constitución obligan a los titulares y los integrantes de los órganos del Estado, pero al dictar esta Instrucción los titulares del Ministerio Público, que son órganos del Estado, se han excedido de sus atribuciones y han sobrepasado las normas constitucionales;

1.3 El artículo 19, N° 2, garantiza la igualdad ante la ley y prohíbe a la ley y a la autoridad “establecer diferencias arbitrarias”. La Instrucción infringe esta norma porque erradamente, sin fundamentos razonables y contrariando la ley procesal penal, establece para el imputado de delitos sexuales y para su defensor determinados límites a sus derechos a la defensa, a la prueba y en definitiva al debido proceso de ley, todos los cuales configuran “diferencias arbitrarias”, si se las contrasta con las reglas que rigen para la investigación de cualquier otro tipo de delito; diferenciándolos sin justificación de los imputados de otros delitos de la misma o mayor gravedad;

1.4 El artículo 19, N° 3, que establece la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos resulta infringido en tres de sus incisos. En su inciso primero, porque al establecer límites a las garantías del imputado y de su defensor sin fundamentos razonables y contrariando la ley procesal penal, y al impedir en concreto el acceso a la víctima para la realización de una pericia, introduce en perjuicio de ellos un trato desigual y discriminatorio. En su inciso segundo, porque al introducir límites a las actuaciones del defensor del imputado, sin fundamentos razonables y contrariando la ley procesal penal, transgrede la regla contenida en él en orden a que “ninguna autoridad ni individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”; el interés del imputado y del defensor de periciar a la víctima es una

diligencia procedente, razonable, que importa una debida intervención del letrado, pero que se ve íntegramente obstaculizada o impedida por la aplicación de la Instrucción. Y en su inciso quinto, porque al limitar infundadamente el ejercicio de las garantías y derechos que la Constitución y la ley reconocen al imputado, la Instrucción impide que la sentencia penal que se dicte, tratándose de los procesos por delitos sexuales, se funde en un proceso previo legalmente tramitado;

2. La citada Instrucción es también ilegal porque contraría diversos preceptos del Código Procesal Penal, de la Ley N° 19.640 y de la Ley N° 19.718. En efecto, la referida instrucción cercena gravemente el ejercicio del derecho de defensa del imputado y la aplicación del principio de igualdad de armas, y compromete el deber de los fiscales de actuar con objetividad; en particular, la Instrucción infringe los siguientes artículos del Código Procesal Penal:

2.1 El artículo 6°, en cuanto desconoce que la protección de la víctima supone que la misma participe en los actos del procedimiento;

2.2 El artículo 8°, en cuanto restringe y limita arbitrariamente el ámbito de la defensa, cercenando el derecho del imputado a “ser defendido”;

2.3 El artículo 93, en cuanto la Instrucción representa un límite grave para los derechos y garantías del imputado y en particular en cuanto queda restringida la asistencia al imputado por un abogado (letra b);

2.4 Los artículos 102 y 104, en cuanto la Instrucción limita o restringe arbitrariamente el derecho de defensa y el ejercicio por el defensor de “todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado”;

2.5 Los artículos 180 y 183, en cuanto la Instrucción excluye arbitrariamente y para todos los casos de investigación de delitos sexuales, la pericia de la víctima solicitada por el imputado o por su defensor, desconociendo arbitrariamente su calidad de “diligencia pertinente y útil” al esclarecimiento y averiguación del delito y en cuanto impide y hace ilusorio que la misma se proponga como diligencia al fiscal por el imputado o por su defensor;

2.6 El artículo 295, en cuanto excluye la pericia de la víctima solicitada por el imputado o su defensor y por ende impide la prueba por este medio de los hechos y circunstancias psíquicas o psiquiátricas que pueden afectar a la víctima y ser “pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento”;

2.7 El artículo 314, en cuanto niega la procedencia del informe de peritos respecto de la víctima, impide que puedan apreciarse hechos o circunstancias relevantes para la causa que hacen necesarios conocimientos especiales de una ciencia y excluye arbitrariamente la posibilidad del imputado o de su defensor de acceder a la víctima para “presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos fueren citados a declarar al juicio oral”;

2.8 El artículo 320, en cuanto es interpretado de manera restrictiva y excluyente contrariando el sentido de las expresiones que utiliza y negando su debida correspondencia y armonía con los artículos 197 y 315 del mismo Código;

3. La Ley 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, resulta infringida en sus siguientes disposiciones:

3.1 En su artículo 1°, porque es deber del Ministerio Público investigar los hechos “que acrediten la inocencia del imputado”, por lo que no puede verse impedido de manera general y absoluta a la práctica de una diligencia determinada, la pericia de la víctima, que puede, objetivamente, aportar hechos y circunstancias relevantes para la investigación y el juzgamiento de las conductas;

3.2 En su artículo 3°, en cuanto es deber de los fiscales adecuar sus actos a un criterio objetivo velando únicamente por la correcta aplicación de la ley, deber que se obstruye y resulta imposible

de satisfacer al excluirse, de manera general, la pericia de la víctima solicitada por el imputado o su defensor tratándose de la investigación de delitos sexuales impidiendo con ello que aparezcan o surjan hechos o circunstancias que eximan, extingan o atenúen la responsabilidad penal;

3.3 En su artículo 17, letra a), en cuanto la Instrucción contraría y no responde al objetivo fijado en esta norma para la dictación de instrucciones generales, cual es “el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas”. En efecto, la Instrucción obstruye ese adecuado cumplimiento de las tareas de investigación porque ilegalmente deja fuera de ellas un espacio relevante de la investigación y porque lo hace contrariando normas del Código Procesal Penal;

4. La Ley N° 19.178, que crea la Defensoría Penal Pública, también resulta infringida por la Instrucción en análisis:

4.1 En su artículo 2° que determina el deber esencial para el que fue creada la institución. Señala el referido artículo 2° de esta Ley que la Defensoría Penal Pública “tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados [...]”, objetivo que tratándose de la investigación y juzgamiento de delitos sexuales no puede ser cumplido cabalmente toda vez que sus facultades y atribuciones relacionadas con el ejercicio efectivo de la defensa resultan, como se ha demostrado, limitados y comprometidos gravemente por la Instrucción;

4.2 En su artículo 20, letra h), que autoriza a la Defensoría a contratar peritos para la realización de los informes que solicitaren los abogados que se desempeñan en la defensa penal pública, facultad que simplemente queda derogada al impedir la Instrucción la realización de la pericia.

VII. Propuestas para enfrentar la aplicación de la Instrucción

Considerando la inconstitucionalidad e ilegalidad de la “Instrucción que imparte criterios de actuación en materia de delitos sexuales”, deben estimarse las siguientes vías para asegurar la plena vigencia de la ley procesal penal:

1. Formular la Defensoría Penal Pública ante el Fiscal Nacional del Ministerio Público una petición formal fundada que, representando los defectos de la Instrucción, solicite su derogación o modificación sustancial.

Pensamos que, por ejemplo, un avance hacia la solución práctica del problema generado por la realización inicial de pericias a la víctima, por parte del Ministerio Público y sin la participación de la Defensoría ni del defensor del imputado, podría ser que dicha pericia inicial se realizara con la participación directa de todos los intervinientes, particularmente con el defensor y con el perito que éste considerare idóneo. Una diligencia de tal naturaleza, realizada cuidando todos los aspectos personales de la víctima, permitiría conciliar sus derechos con las garantías del imputado y el ejercicio de la defensa por el defensor.

2. Teniendo presente que la petición de periciar a la víctima es procedente tratándose de la investigación de delitos sexuales, por no contravenir las normas del Código Procesal Penal y por ser ella una diligencia útil y pertinente para el esclarecimiento y averiguación del delito, estimamos que solicitada oportunamente al fiscal por el imputado o el defensor, conforme con el artículo 183 del mismo Código, y rechazada por el fiscal, el imputado y su defensor tienen las siguientes opciones:

2.1 Intentar un recurso de protección por privación de su derecho a la igualdad ante la ley por la imposición de una discriminación arbitraria. Lo dicho en V, 19 y 20, en orden a que la Instrucción es contraria a la igualdad ante la ley y desproporcionada, empalma naturalmente con la procedencia en su contra de la acción constitucional de protección. Esto exige, como sabemos, acreditar la

existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario que prive, perturbe o amenace alguno de los derechos fundamentales que protege el artículo 20 de la Constitución.

El acto susceptible de ser atacado por protección es la decisión del fiscal que niega la diligencia probatoria solicitada por la defensa y en particular el examen pericial de la víctima, en cada caso concreto. Si bien el Oficio FN N° 160 es un acto que perturba y amenaza el derecho a la igualdad ante la ley, y a la vez el antecedente de dicha decisión del fiscal, su causa directa e inmediata, no puede recurrirse de protección directamente contra dicho oficio porque el plazo de 30 días para hacerlo se encuentra extinguido. Así las cosas, la afectación concreta de la garantía de que se trata se producirá con la decisión de cada fiscal, en cada caso determinado que aplique el criterio contenido en el oficio del Ministerio Público. Es esta decisión del fiscal la que produce la privación de la garantía constitucional de que tratamos y desde este momento debe contarse el plazo de 30 días que establece el Autoacordado respectivo.

La arbitrariedad de dicha actuación radica en que encontrará como único sustento el citado Oficio, cuya falta de razonabilidad y justificación ya ha sido demostrada en el presente informe. Cea Egaña explica que *"arbitrario es el acto o proceder contrario a la justicia o a la razón, infundado o desproporcionado en relación con los fines perseguidos para la consecución de un objetivo lícito y determinado"*⁴⁰. Sabemos que la prohibición de decretar pericias sobre la víctima de delitos sexuales solicitadas por la defensa ha pretendido fundarse, por parte del Ministerio Público, en la supuesta protección de la integridad física y psíquica de la víctima y en su rol dentro del proceso penal. Sin embargo, ya hemos demostrado que dicha integridad no se ve afectada en realidad por estas pericias, que son realizadas por profesionales, en ambientes protegidos, siguiendo procedimientos establecidos y velando siempre por causar la menor perturbación posible de la víctima. Además, el rol de la víctima en el proceso penal es el de un interviniente, regulando la ley su participación dentro de éste y procurando siempre su protección y menor molestia posible, sin que tal posición la inhabilite para ser periciada directamente por la defensa, como un medio para que esta desarrolle su estrategia y pruebe las circunstancias que estime necesarias para asegurar su inocencia. La prohibición que impone el citado oficio, como lo hemos dicho, no tiene fundamentos reales y aparece como completamente desproporcionada ante los objetivos que se propone perseguir. La defensa de la integridad de la víctima y la vigencia de su rol en el proceso penal se cumplen suficientemente por otros medios que ya hemos explicado, sin que resulte armónico ni necesario para ello privar al imputado de un medio trascendental para su defensa.

Así, la arbitrariedad del Oficio FN N° 160, se traspa a la decisión concreta de cada fiscal, que encuentra en aquel su fundamento principal.

La garantía vulnerada en este caso es la igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19, N°2, de la Constitución, que también prohíbe cualquier clase de discriminación arbitraria por parte de la autoridad. La garantía de la igualdad ante la ley y la interdicción de la arbitrariedad ha sido tradicionalmente entendida como la exigencia de dar igual trato a quienes se encuentran en la misma situación y dar un trato distinto a aquellos que no están en situaciones similares. Así lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia y tal ha sido el criterio del Tribunal Constitucional (desde la sentencia rol N° 53, de 5 de abril de 1988). Se complementa este concepto con lo señalado por Linares Quintana, para quien *"la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o desigualdad"*⁴¹. Siguiendo estos conceptos, entendemos que la agrupación de individuos en categorías de iguales o diferentes debe seguir criterios objetivos, razonables, lógicos y justificados. En otras palabras, sólo es posible dar un trato desigual a individuos que están en condiciones similares si se justifica suficientemente la base de la diferenciación. De otro modo, se incurre en una discriminación arbitraria, irracional, vetada por el constituyente.

40 Cea Egaña, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, Ediciones Universidad Católica, 2004, p. 130.

41 Segundo Linares Quintana, IV Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Editorial Plus Ultra, 1980, p. 263.

Es precisamente una discriminación arbitraria, carente de justificación lógica, la que materializará el fiscal al momento de rechazar las diligencias probatorias que el Oficio FN N° 160 le ordena vetar. En efecto, dicha actuación significa privar al imputado por delitos de connotación sexual de ciertos mecanismos de defensa de que gozan los imputados de toda otra clase de hechos ilícitos. Esta diferenciación que adoptará el fiscal siguiendo los criterios de la máxima autoridad del Ministerio Público, carece de un sustento lógico que permita calificarla de razonable. Ya se ha demostrado en el presente informe que no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico que sirva de base legal a dicha decisión. Más aún, la interpretación correcta y armónica de las disposiciones citadas como fundamento del citado Oficio nos revelan claramente la procedencia de las pericias que en él se prohíben.

Se configura, como vemos, en el presente caso, una discriminación, una diferenciación, entre dos clases de imputados: aquellos que son objeto de persecución por delitos sexuales, por una parte, y todo el resto, por otra. Éstos últimos gozarán de una defensa real y amplia, dotada de multiplicidad de medios de prueba y solicitudes de investigación, incluyéndose entre éstas la posibilidad de periciar a la víctima, en igualdad de condiciones ante el órgano acusador. Los primeros, en cambio, verán severamente disminuidas sus posibilidades de defenderse, lo cual es aún más grave tratándose de la investigación de delitos sexuales en la que la falta de testigos y otros medios de prueba generan que la declaración de la víctima sea excepcionalmente relevante. Por lo tanto, las pericias directas sobre la víctima por parte de la defensa constituyen, quizás, el único mecanismo real de defensa del imputado.

Así, la decisión del fiscal, en un caso concreto, que niega la posibilidad de la defensa de periciar directamente a la víctima de delitos sexuales, fundada en el Oficio FN N° 160, atenta contra la igualdad de trato que la autoridad debe dar a toda clase de imputados. La aplicación de la Instrucción y la materialización de un límite inconstitucional e ilegal al derecho de defensa detonan el vicio de inconstitucionalidad que hace procedente recurrir de protección solicitando se adopten todas las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, de manera que pueda ejercer en tiempo y forma su derecho de defensa.

2.2 Reclamar ante las autoridades del ministerio público, conforme con el artículo 183, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

Esta hipótesis sólo puede considerarse en términos generales, pero no en la situación que deriva de la aplicación del Oficio FN Instrucción. En este caso, el impedimento para la realización de la diligencia se produce por voluntad de la autoridad superior del Ministerio Público y no vemos que por la vía de este reclamo individual esa voluntad, ya expresada formalmente en una instrucción, vaya a modificarse.

2.3 Reiterar la solicitud de la diligencia ante el juez de garantía para que éste, acogiendo tal solicitud, ordene al fiscal reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de la diligencia, conforme con el artículo 257, inciso segundo, del Código Procesal Penal.

Esta opción tiene especial fuerza. Se trata de invocar una norma, el artículo 257 del Código Procesal Penal, que tiene por objeto “controlar que el ministerio público haya cumplido debidamente con el principio de objetividad e investigado todos aquellos hechos y circunstancias pertinentes alegados por las partes a través de sus solicitudes de investigación”⁴². En el caso en análisis cabe pensar que, para solicitar la pericia de la víctima, tratándose de delitos sexuales, el imputado y su defensor habrán justificado la diligencia en razones precisas vinculadas a los hechos investigados, a sus circunstancias y a las de sus partícipes. Si el fiscal, no obstante esos argumentos, niega la diligencia aplicando la Instrucción, el juez de garantía deberá apreciar la pertinencia de la diligencia calificando las razones que invocara el imputado para solicitarla, sin que sea obstáculo alguno

42 Horvitz, M. y López, Julián, ob. cit., T. II, p. 579.

para su decisión el Oficio FN Instrucción. En esta hipótesis, y siempre que no concurran ninguna de las causales en que una diligencia no debe decretarse ni renovarse previstas en el artículo 257, inciso tercero, citado, el juez de garantía debe proceder a ordenar la pericia a la víctima negada en su oportunidad por el ministerio público, fundado al menos en tres consideraciones:

- a) el imperativo que representan las reglas relativas a las garantías del imputado y especialmente su derecho de defensa;
- b) la aplicación de los principios de objetividad y de igualdad de armas; y
- c) la facultad que expresamente le reconoce la citada disposición y que excepcionalmente le autoriza precisamente para verificar en relación con una diligencia concreta si pudo haber una transgresión al principio de objetividad que obliga a los fiscales.

2.4 Solicitar declarar ante el juez de garantía, en ejercicio del derecho de defensa material, solicitar en esa audiencia la pericia como acto de investigación y requerir que el juez recomiende al ministerio público la realización de la diligencia (art. 98, inc. 4°, del Código Procesal Penal).

Esta hipótesis puede darse preferentemente en el curso de la investigación y surge de la relación de los artículos 98 y 183 del Código Procesal Penal. El imputado podría, en ejercicio de su derecho de defensa material, prestar declaración ante el juez de garantía como medio de defenderse de la imputación y con ocasión de esa declaración, el mismo imputado y su defensor podrían solicitar la práctica de una pericia a la víctima como diligencia de investigación, pudiendo el juez recomendar al ministerio público la realización de la misma cuando lo considere necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

La intervención del juez de garantía se limitará a dar un consejo al ministerio público, pero este consejo puede ser muy importante. El ministerio público no debería desoírlo, no ya por el eventual compromiso que la negación de la diligencia pudiere tener para la defensa del imputado, sino por su deber de actuar conforme con el principio de oportunidad, punto este último que podrá ser, en su caso y en el momento correspondiente (si se da la hipótesis del artículo 257 del Código), vigilado precisamente por el juez de garantía.

2.5 Señalar, en la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de la audiencia, en forma oral, los argumentos de defensa, señalar los medios de prueba, en particular la pericia psicológica de la víctima que a pesar suyo no ha podido realizar y cuyo examen solicita en el juicio oral, y requerir del juez la dictación de las instrucciones necesarias para practicar la señalada pericia a la víctima, todo de conformidad con los artículos 259, 263 y 320, del Código Procesal Penal.

2.6 Hemos explorado también la posibilidad de que el juez de garantía, de conformidad con el artículo 10 del Código Procesal Penal y en ejercicio del deber de cautela de garantías que él le impone, pudiere estimar que en el caso el imputado “no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales [...]” y adoptar las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. Como es sabido, este deber del juez de cautelar las garantías del imputado constituye “una herramienta poderosa en la protección preventiva de sus garantías, que es consistente con otras facultades específicas que se otorgan al mismo juez durante el procedimiento (v. gr. Art. 235, inc. 2° y art. 286 CPP)^{43,44}, creemos que la situación generada por la aplicación de la Instrucción no podría ser corregida por esta vía. La historia de la norma la vincula a la preocupación por aquellas personas que con posterioridad al hecho que se investiga, vean debilitadas sus aptitudes o cualidades para ejercer en plenitud su garantía de un racional y justo procedimiento, cual ocurre

43 Idem, p. 579.

44 Véase especialmente en tal sentido Londoño M., Fernando y otros, Reforma procesal penal, génesis, historia sistematizada y concordancias, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 2003, pp. 126 a 129.

con las personas de avanzada edad o con compromisos graves de salud, respecto de quienes los actos de investigación y los procesales se hacen imposibles. Por otro lado, no corresponde al juez de garantía intervenir en la investigación ni ordenar diligencias, salvo el caso excepcionalísimo del artículo 257 del Código Procesal Penal.

2.7 Solicitar al juez de garantía, conforme con el artículo 278 del Código Procesal Penal, en la audiencia de preparación del juicio oral, nuevo plazo para presentar prueba, argumentando la imposibilidad de acompañar en la oportunidad el informe pericial de que se trate por haberle impedido el Ministerio Público durante la investigación el acceso a la víctima, y requiriendo al mismo tiempo al juez de garantía para que, conforme con el artículo 320 del Código, disponga las instrucciones necesarias para el trabajo del perito. Es obvio que en la hipótesis que estamos analizando, de un imputado por delitos sexuales a quien el fiscal, amparado en la Instrucción del Ministerio Público de que se trata, le ha negado el acceso a la víctima e impedido efectivamente la posibilidad de practicar a ella una pericia psicológica, se haya en la situación del artículo 278 del Código, en la que el juez de garantía puede comprobar que el acusado no ofrece pruebas “por causas que no le son imputables”.

Es cuanto puedo informar a Ud.,

ORLANDO POBLETE ITURRATE
PROFESOR DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

Santiago, diciembre de 2010.

LA DEFINICIÓN DE “CONVIVENCIA” EN EL ART. 390 DEL CÓDIGO PENAL

HÉCTOR HÉRNANDEZ BASUALTO

La Defensoría Penal Pública Metropolitana Sur me ha solicitado que informe en Derecho sobre el siguiente supuesto de hecho:

La imputada da muerte a una persona que no es ni ha sido su cónyuge, pero que sí ha sido su pareja sexual, con quien cohabitó algunos años y tuvo un hijo. En el momento de los hechos, sin embargo, ya no mantenía vínculo afectivo con el ofendido; al contrario, la relación había terminado fundamentalmente por los reiterados actos de violencia de éste contra la imputada, actos por los que incluso había sido condenado previamente. Más aún, al tiempo de los hechos el ofendido acababa de salir de la cárcel por actos de ese tipo y tenía prohibición de acercarse al domicilio de la imputada, no obstante lo cual ella consintió en que se quedara por unos días en atención a que, en rigor, se trataba de un inmueble de propiedad de la familia del ofendido y que no tenía donde alojarse.

Específicamente se me consulta si puede considerarse que la imputada y el ofendido eran *convivientes* en los términos del delito de parricidio previsto en el art. 390 del Código Penal¹.

Al respecto puedo informar que, en mi opinión, la imputada y el ofendido no eran convivientes al tiempo de los hechos, de suerte que la conducta de la primera no puede satisfacer las exigencias del tipo penal de parricidio, por las razones que paso a exponer.

1. **Carácter doblemente excepcional del parricidio por convivencia y su consecuente necesaria interpretación restrictiva**

Más allá de las críticas que puede merecer en la actualidad la pervivencia del tipo penal de parricidio –inexistente en general en las legislaciones penales modernas– existe consenso en cuanto a que su fundamento histórico se encuentra en el especial reproche que merecería el atentado contra los lazos de sangre que vinculan al hechor con la persona ofendida².

Desde esa perspectiva, ya la extensión del ámbito de aplicación del tipo a quien mata a su *cónyuge*, esto es, a una persona con la que se mantiene un vínculo que no es de índole natural sino estrictamente convencional como es el matrimonio, representa un cuerpo extraño en la construcción del delito³. Y si bien es cierto que al intérprete no le cabe sino asumir las decisiones

1 En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal.

2 Así, por ejemplo, se expresaban los redactores del Código: “el parricidio, no obstante, es un atentado no contra las relaciones de los padres e hijos, sino contra los vínculos que la naturaleza ha criado entre ellos por el hecho de la paternidad” (sesión 78, de 1 de mayo de 1872), Actas de la Comisión Redactora del Código penal chileno, Imprenta de la República de Jacinto Núñez, Santiago 1873, p. 151.

3 Al respecto *Bustos, Juan/Politoff, Sergio/Grisolía, Francisco*: Derecho penal chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1971, p. 106.

legislativas, no por eso la *ratio legis* deja de imponerse a la hora de la interpretación de pasajes discutibles del texto legal. Así, por ejemplo, cuando se ha preguntado si dar muerte a los ascendientes o descendientes por afinidad constituye o no parricidio, la respuesta unánime de nuestra doctrina, aun cuando la ley no distingue, ha sido negativa, precisamente porque se entiende que la ley sólo se ha apartado de su fundamento de un modo excepcional, abarcando el vínculo matrimonial sólo respecto del cónyuge –el único que, por lo demás, se encuentra expresamente mencionado– y no de los parientes del mismo⁴.

Así las cosas, la incorporación adicional del conviviente en el catálogo de sujetos pasivos relevantes para los efectos del delito de parricidio mediante el art. 21 letra a) de la Ley N° 20.066, de 7 de octubre de 2005, sobre violencia intrafamiliar (Boletín 2328-18), implica una desviación adicional respecto del reconocido fundamento del delito. Y considerablemente más problemática, no ya por lo discutible que puede ser la equiparación también para efectos penales de uniones personales de muy diferente *status* jurídico, sino especialmente por lo extraordinariamente imprecisos que son sus contornos, toda vez que se aparta de la segura regla general de formalización institucional de las uniones personales en nuestro ordenamiento, que es el matrimonio, para extenderse a uniones de base exclusivamente fáctica.

Se puede decir entonces que el nuevo parricidio por convivencia es doblemente excepcional –primero, por desentenderse del vínculo de sangre y, segundo, por apartarse de la hasta ahora aceptada y asimilada convención formal, para adentrarse en el ámbito de lo radicalmente fáctico– de suerte que se impone a su respecto una interpretación rigurosamente restrictiva. Esto podría parecer contradictorio con el propósito legal general de ampliar los niveles de protección en el ámbito de las relaciones de pareja, pero no lo es en absoluto si se considera la especificidad de la protección *penal*, sujeta a rígidas exigencias de legitimación y garantía, máxime si se trata de uno de los crímenes más graves del ordenamiento jurídico vigente. Para decirlo con todas sus letras: penas de quince años y un día de presidio a presidio perpetuo calificado no pueden estar supeditadas a un vago “sentimiento jurídico”, sino sólo a conceptos precisamente delimitados a través de una interpretación restrictiva.

2. El carácter fáctico-consensual antes que institucional de la convivencia y su consiguiente precariedad

Como se sabe, la Ley N° 20.066 no aporta ningún elemento útil para la interpretación de la voz “conviviente” en el art. 390. La innovación, que recién aparece en la discusión de la Comisión Mixta, tiene su origen en una propuesta del SERNAM con el único objeto de “aplicar la misma lógica seguida en el proyecto, en cuanto se agrava la estructura del delito de lesiones corporales, respecto de los delitos contra la vida”⁵. Sólo se dejó constancia, precisamente, de que “como la convivencia es una situación de hecho que no está definida legalmente, su existencia y las circunstancias que la califiquen como tal, deberán ser acreditadas ante los tribunales de justicia”⁶.

Con todo, no puede sino existir consenso en cuanto a que la incorporación del conviviente entre los sujetos pasivos está llamada a *complementar* la protección que se le prodiga al cónyuge, en

4 *Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. III, p. 68; *Bustos/Politoff/Grisolia*, cit., p. 108; *Garrido*, Mario: Derecho penal, T. III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, p. 72; *Politoff, Sergio/Matus, Jean Pierre/Ramírez, María Cecilia*: Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 74.

5 Informe de la Comisión Mixta, de 4 de septiembre de 2005, p. 49.

6 Intervención del Senador *Chadwick*, Informe de la Comisión Mixta, cit., p. 49.

el sentido de abarcar situaciones de algún modo *equiparables* a la del matrimonio en las que, sin embargo, no existe vínculo conyugal. Por lo mismo, todas las aproximaciones al concepto de convivencia necesariamente destacan la similitud que debe existir entre ésta y el matrimonio, casi en términos de referirse, si se permite la expresión, a un "matrimonio sin vínculo matrimonial".

No basta en consecuencia con vivir bajo un mismo techo o con mantener cualquier vínculo afectivo con una persona, sino que –de la mano del detallado análisis de Javier Barrientos, con leves matices– se requiere copulativamente al menos: 1º que exista vida en común con notas de permanencia, esto es, de estabilidad y proyección en el tiempo, y notoriedad, lo que se opone a las relaciones furtivas; y 2º que esa vida en común sea asimilable a la de una familia de carácter matrimonial, lo que excluye uniones personales de carácter exclusivamente económico o patrimonial y, en general, las que carezcan de un contenido sexual⁷.

Estando de acuerdo en general con esto, lo que interesa destacar en el contexto de este informe es precisamente lo contrario, esto es, no tanto enfatizar aquello en lo que la convivencia necesariamente debe ser equiparable al matrimonio, sino que volver sobre lo que distingue radicalmente ambas instituciones, y esto es el carácter fáctico-consensual y no institucional de la convivencia.

Desde luego nadie puede poner en duda el carácter consensual de la institución matrimonial –no por nada consagrada como *contrato* en la ley–, lo que se ha visto por lo demás reafirmado también entre nosotros con la legislación que permite el divorcio con disolución de vínculo e incluso de modo unilateral. Pero al mismo tiempo nadie puede abrigar dudas en cuanto a que el vínculo matrimonial está vigente y despliega efectos jurídicos desde su celebración y hasta que se extingue por precisas razones legales. Por cierto las partes pueden ponerle término, pero sólo del *modo previsto por la ley* y con efectos sólo a partir de ese momento, no antes. Para la calidad de *cónyuge* es indiferente, en consecuencia, que los contrayentes no vivan juntos, que hayan pasado años sin verse y no tengan ningún tipo de contacto o que mantengan otras relaciones de pareja de mayor relevancia vital, porque el vínculo matrimonial rige a pesar de esas circunstancias y aun contra su propia voluntad, a menos que ésta se exprese del modo previsto por la ley para ponerle término, con efecto desde ese momento hacia el futuro.

En el caso de la convivencia, en cambio, el vínculo se construye sobre una base radicalmente fáctica, con primacía del factor consensual, esto es, se convive si y sólo en la medida en que *se quiere convivir*, de modo que una vez que se rompe el consenso en que descansa la convivencia ésta simplemente se termina, sin necesidad de ningún tipo de declaración formal o de otro trámite adicional. Basta con que las personas involucradas –más aún: una cualquiera de las personas involucradas– dejen de querer "vivir en común" para que no haya más convivencia, pues no existe un vínculo jurídico que se superponga a la voluntad desnuda de los interesados. A partir de ese momento ya no son convivientes, aun cuando por cualquier razón sigan compartiendo techo o mantengan contactos sexuales esporádicos.

De esto se desprende el carácter esencialmente *precario* de la relación de convivencia, pues si bien requiere, como se ha dicho, de una mínima permanencia en el tiempo, puede acabarse en cualquier momento por voluntad unilateral de cualquiera de los involucrados, sin que se requieran mayores manifestaciones formales.

Ahora bien, esto, que no es más que la consecuencia de la radical facticidad de la convivencia y que la distingue del matrimonio, debe, naturalmente, repercutir en el ámbito del delito de parricidio. En efecto, mientras que tratándose de los *cónyuges* lo único relevante para la calificación

7 Barrientos, Javier: Sobre la noción de "conviviente" utilizada en el artículo 390 del Código Penal, Informe en Derecho 01-2007, Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, Santiago 2007, p. 9 y ss.

del hecho de dar muerte al otro como parricidio es la vigencia formal del vínculo matrimonial, respecto de los convivientes lo decisivo es si al tiempo de los hechos ambos sujetos mantienen efectivamente una relación como la descrita más arriba, para lo cual es fundamental, además de las notas positivas ya mencionadas, que actualmente subsista la voluntad de mantenerla. Si tal no es caso no pueden considerarse convivientes ni puede, en consecuencia, constituir parricidio el hecho de que uno dé muerte al otro.

Por lo mismo, el parricidio por convivencia constituye la hipótesis de parricidio que mayores dificultades probatorias debe acarrear, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con la existencia del vínculo sanguíneo o de un vínculo matrimonial, en este caso no basta con acreditar un dato objetivo puntual e independiente de la actual voluntad de los sujetos, sino que de acreditar también una voluntad preexistente y coetánea al hecho, sin que dicha prueba se pueda reemplazar mecánicamente por signos externos, como es la existencia de hijos, la residencia en el mismo domicilio, la existencia de contactos permanentes u otros. Es indudable que tales signos –como ocurre por lo demás con la prueba de cualquier hecho interno– serán de gran utilidad para la interpretación del caso concreto y la eventual atribución de la “voluntad de convivencia”, pero no resuelven por sí solos el asunto.

Por la inversa, la existencia de manifestaciones de voluntad inequívocamente destinadas a ponerle término a la convivencia, como es el caso del alejamiento permanente del hogar común, la presentación de denuncias de maltrato y la ulterior solicitud al menos tácita de medidas judiciales de protección que suponen el término de la vida en común se oponen decididamente a la aceptación de un estado de convivencia. En caso que no se pueda superar la incertidumbre al respecto, debe aplicarse, como corresponde obligatoriamente en materia penal, el principio in dubio pro reo y desecharse la calificación del hecho como parricidio.

3. El término de la convivencia por la fuerza de resoluciones judiciales

Sin perjuicio de lo anterior, existen también actos de autoridad que tienen la fuerza de poner término a la convivencia, como ocurre con las resoluciones judiciales que remueven el presupuesto básico de la convivencia, cual es la vida en común, de suerte que inequívocamente le ponen término.

Además de las disposiciones sobre separación judicial y cese de la convivencia en la Ley de Matrimonio Civil, tal es el caso, paradigmáticamente, de las llamadas medidas accesorias previstas en los arts. 9º y 16 de la Ley Nº 20.066, sobre violencia intrafamiliar, de entre las cuales en este contexto interesan especialmente las siguientes:

- “a) Obligación de abandonar el ofensor el hogar que comparte con la víctima.
- b) Prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente”.

Como se ha reconocido ampliamente en el contexto de la discusión sobre el delito de desacato, las resoluciones que imponen estas medidas rigen, una vez dictadas, aun contra la voluntad de la persona favorecida, sin perjuicio del eventual reconocimiento de hipótesis de error que puedan eximir de responsabilidad al hechor. Por lo mismo no puede dudarse que implican necesariamente el cese del estado la convivencia para todos los efectos legales, lo que confirma la precariedad de la convivencia en comparación con el vínculo matrimonial.

4. El reconocimiento de la precariedad de la convivencia en las recientes iniciativas legislativas en materia de parricidio

Esta constatación viene confirmada, por último, por las recientes iniciativas legislativas tendientes a modificar nuevamente el tipo de parricidio. Tales iniciativas se explican precisamente por las perplejidades que, desde la perspectiva de una más completa protección, tenía que provocar en la práctica el mencionado carácter precario de la convivencia.

Si la convivencia se acaba con la simple manifestación de la voluntad de uno de los involucrados en orden a ponerle término a la vida en común o por la intervención judicial que fuerza la separación, el otro, que muchas veces se resiste a esa voluntad o a la resolución judicial, no puede ser considerado parricida si mata a quien en el pasado – muchas veces reciente – ha sido su conviviente. Y debe reconocerse que, al margen de las múltiples objeciones que pueda merecer el derrotero legislativo en materia de violencia intrafamiliar, este resultado es altamente insatisfactorio si se tiene en cuenta que en muchos casos ocurre que precisamente la otra parte, la parte desechada, es la que atenta contra la vida de quien le ha puesto término a la convivencia, precisamente porque no tolera esa decisión. Más grave aún es el caso en que la convivencia cesa en virtud de una resolución judicial que obliga a quien ha ejercido violencia intrafamiliar a abandonar el hogar común y le prohíbe acercarse a la víctima, con lo cual la medida destinada a proteger a esta última acarrea una calificación jurídica menos grave de la eventual conducta homicida. Desde luego esto puede ocurrir también en casos de matrimonios que terminan por divorcio unilateral, pero ciertamente se da con una frecuencia mucho mayor en el ámbito de las simples convivencias.

La calificación a título de parricidio se puede sostener todavía cuando entre la manifestación de la voluntad de término de la convivencia y el acto homicida ha mediado un tiempo mínimo, de modo que esa voluntad no ha tenido efectos mayormente perceptibles, o bien cuando la resolución judicial que impone el término de la convivencia no ha comenzado a cumplirse, pero en los demás casos no cabe sino reconocer que no se está más en presencia de un parricidio.

Llama particularmente la atención este resultado cuando se tiene en cuenta que la misma ley que modificó el art. 390 empleó en materia de lesiones una técnica diferente que no provoca tales consecuencias. En efecto, el art. 400 modificado no habla del conviviente, sino que de "las personas que menciona el art. 5º de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar", con lo cual abarca, entre otras situaciones, los maltratos a la persona "de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él".

Como fuera, para hacer frente a esta situación se presentó una moción parlamentaria de modificación del tipo de parricidio, que se encuentra en actual tramitación. Se trata del Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal y el decreto ley N° 321, de 1925, para sancionar el femicidio y aumentar las penas aplicables a este delito, de 3 de abril de 2007 (Boletín 4937-18), que pretende superar "la deficiencia existente en el parricidio vigente que califica como tal sólo las relaciones actuales de matrimonio o convivencia, excluyendo a los anteriores cónyuges o convivientes"⁸. El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados modifica el actual inciso único del art. 390 e introduce el siguiente inciso segundo:

"La pena señalada en el inciso anterior se aplicará también al que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a la persona de la que es o ha sido cónyuge o conviviente o con la que tiene un hijo en común. Lo dispuesto precedentemente podrá no ser aplicado respecto de quienes han cesado efec-

8 Moción de la Diputada Adriana Muñoz, con la adhesión de las Diputadas Goic, Pacheco, Saa, Sepúlveda, Tohá, Valcarce y Vidal y de los Diputados Encina y Leal, p. 1.

tivamente su vida en común con, a lo menos, tres años de anterioridad a la ejecución del delito, salvo que existan hijos comunes⁹.

Como se ve, más allá de la valoración crítica que se pueda tener al respecto¹⁰, existe el inequívoco propósito legislativo de ampliar el concepto de parricidio a la conducta de matar a quien *ha sido conviviente*, con lo cual la determinación del esencialmente precario estado de convivencia en el momento de los hechos perdería buena parte de su dificultad e importancia.

Con todo, como es obvio, mientras iniciativas como ésta no lleguen a ser efectivamente ley la situación se mantiene inalterada y la precariedad de la convivencia sigue condicionando fuertemente la aplicación del tipo de parricidio. Más aún, la existencia misma de una iniciativa legal como la comentada demuestra cómo en la actualidad no es dable calificar como parricidio el dar muerte a una persona con la que se ha sido conviviente en el pasado –aun en un pasado cercano– pero respecto de quien se ha expresado la voluntad de no seguir manteniendo una vida en común.

5. Aplicación al caso en examen

En mi opinión, en el caso sometido a examen la existencia de una serie de condenas previas contra el ofendido por violencias contra la imputada y el hecho de encontrarse vigente en su contra una prohibición de acercarse al hogar que en el pasado compartieron, todo ello a instancias de ésta, permiten sostener que entre ambos no existía ya una situación de convivencia en los términos descritos, porque a todas luces demuestran, al menos de parte de la imputada, la voluntad de no seguir manteniendo una vida en común con el ofendido. La circunstancia de que los hechos se hayan producido en el antiguo hogar común, donde el ofendido había sido admitido por la imputada, no permiten, a mi juicio, al menos no por sí solos, variar esta conclusión. Si la imputada accedió a que el ofendido permaneciera en el que había sido el hogar común se explica simplemente por el hecho de que se trataba de un inmueble que no era de su propiedad sino de propiedad de la familia del ofendido, sin contar con que, además, este último acababa de cumplir penas de encierro y no tenía dónde ir ni dónde alojar.

Adicionalmente, una vez decretada por parte de un tribunal y habiendo empezado a cumplirse la prohibición de acercarse a la imputada, debe entenderse terminada la convivencia para todos los efectos legales.

Consecuentemente, se puede sostener que entre la imputada y el ofendido no existía al tiempo de los hechos una situación de convivencia en los términos del art. 390, de suerte que la conducta de aquélla –supuesto que no concurren causas de justificación o de exculpación o disculpa– sólo puede calificarse de homicidio, simple o calificado según las circunstancias, pero no de parricidio.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho.

PROF. DR. HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

Santiago, 23 de diciembre de 2008.

9 Citado conforme al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 6 de agosto de 2008.

10 Precisamente el caso en examen, que representa la situación inversa a la que se ha tenido en mente a la hora de elaborar y discutir la propuesta, pero que no por eso es menos real y habitual, demuestra las deficiencias de la misma. Una demostración más de los efectos perniciosos de una legislación que, si bien atiende a un problema real y que merece la mayor atención, lamentablemente se sustenta más en la ideología que en la buena técnica legislativa.

ALCANCES DE LA LEY N° 18.314 QUE DETERMINA CONDUCTAS TERRORISTAS Y FIJA SU PENALIDAD

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

La Defensoría Nacional de la Defensoría Penal Pública me ha pedido que informe en Derecho sobre ciertos alcances de la Ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad¹. En particular se me consulta sobre los alcances de la caracterización de delito terrorista conforme al art. 1°.

Al respecto puedo informar lo siguiente:

1. La caracterización legal del delito terrorista

1.1. Objetivismo vs. subjetivismo en la evolución de la legislación chilena

Todos los ordenamientos jurídicos que pretenden recoger el fenómeno del terrorismo en uno o más tipos penales específicos, esto es, en un “delito terrorista”, se enfrentan a la disyuntiva de caracterizarlo atendiendo a las características objetivas del hecho (medios empleados, grado de organización delictiva, gravedad y extensión de los resultados, etc.), a los propósitos o fines perseguidos por los autores, como puede ser el de provocar conmoción pública o la desestabilización del gobierno o, en fin, a una combinación de ambos elementos.

La evolución de la legislación chilena al respecto muestra con toda nitidez la tensión permanente entre las dos aproximaciones fundamentales en cuestión:

El proyecto original del Ejecutivo de lo que llegaría ser la Ley N° 18.314, de 17 de mayo de 1984, contenía en su art. 1° un tipo general de conducta terrorista (cuya pena se extraía del art. 5°) que *combinaba* alternativamente elementos tanto objetivos como subjetivos. El precepto rezaba:

“Son conductas terroristas las acciones u omisiones constitutivas de crimen o simple delito realizadas para crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella o ejecutada mediante actos atroces o crueles, con un fin revolucionario o subversivo”.

Al mismo tiempo, sin embargo, para hacer operativo el tipo genérico se consagraban presunciones respecto de las finalidades exigidas (arts. 2° y 3°), a la vez que se establecía un largo listado de delitos que podrían calificarse de “objetivamente terroristas” (art. 4°), toda vez que se sancionaban como tales al margen de cualquier motivación o medio. La amplitud del art. 1° y la complejidad general de la estructura propuesta llevó a que se optara por eliminar el tipo general (y las presunciones asociadas) y mantener un catálogo extenso de conductas que constituían delito terrorista *per se* (el encabezado del art. 1° que abría el catálogo simplemente rezaba: “[c]

1 En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los de esta ley.

ometen delito terrorista”), sin ninguna referencia a alguna exigencia genéricamente válida para todas ellas².

En ese contexto era manifiesta la preeminencia de consideraciones estrictamente objetivas. Sólo marginalmente se exigía una finalidad especial, como era el caso paradigmático de la conducta de destrucción, inutilización o paralización de medios de transporte marítimo, aéreo o terrestre, que requería haber obrado “con un fin revolucionario o subversivo” (Nº 9). Lo normal era que bastara la mera realización dolosa de ciertas conductas consideradas objetivamente. Así, por ejemplo, cometían delito terrorista sin más los que atentaban contra cierta categoría de personas (Nº 1, Nº 2 y Nº 5 respecto del delito de secuestro), los que cometieran delito empleando armas automáticas o especiales (Nº 3), los atentados de diverso tipo contra aeronaves (Nº 4), los que colocaran o lanzaran artefactos explosivos en ciertos lugares o enviaran encomiendas explosivas (Nº 6 y Nº 10), los que atentaban contra vías de comunicación u obras similares o envenenaban alimentos, medicamentos o aguas (Nº 7 y Nº 8), los que se asociaban u organizaban para cometer delitos terroristas o impartieran o recibieran instrucción para cometerlos (Nº 11 y Nº 14), así como quienes incitaran públicamente a la comisión de delitos terroristas o hicieran apología de los mismos (Nº 12 y Nº 13), entre otras conductas.

Particularmente interesante para los fines de este informe es que también la idea de provocación de un “grave temor en la población o en una parte de ella” se recogía a través de formulaciones objetivas y no como una finalidad subjetiva. Es lo que se aprecia con nitidez de la revisión del Nº 15 y del Nº 16 del texto original, que rezaban, respectivamente:

“15. Los que amenazaren seriamente con cometer alguno de los delitos a que se refiere este artículo, que cree o pueda crear conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, o para imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad o a cualquier persona, y

“16. Los que provocaren maliciosamente conmoción o grave temor en la población o en un sector de ella, mediante la información relativa a la preparación o ejecución de hechos terroristas falsos”.

Esta orientación objetiva no varía con las modificaciones de último momento introducidas por la Junta de Gobierno *ad portas* del restablecimiento de la democracia, mediante Ley Nº 18.937, de 22 de febrero de 1990. La ley se limitó a reducir drásticamente el catálogo de conductas terroristas, pero no se modificó la técnica de calificación: siguió tratándose de conductas consideradas terroristas por su propio mérito, manteniéndose la preeminencia de las consideraciones objetivas por sobre las subjetivas.

Es recién con la Ley Nº 19.027, de 24 de enero de 1991, que se da el giro hacia una definición subjetiva del delito terrorista, si bien de forma morosa y hasta imprevista. Aunque el proyecto original de reforma de 1990 apuntaba decididamente por una caracterización subjetiva al exigir, junto con un atentado contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas “por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado”, que esto ocurriera necesariamente “con el objeto de causar temor a una parte o toda la población”³, durante la tramitación del

2 Una detallada revisión de la génesis de la Ley Nº 18.314 en general y del concepto de delito terrorista en particular se puede ver en *Pickering*, Guillermo: Terrorismo, aspectos jurídicos, políticos y militares, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos, Santiago 1988, p. 59 y ss. (el proyecto del Ejecutivo en p. 228 y ss.); sobre ello también *Del Barrio*, Álvaro/León, José Julio: Terrorismo, ley antiterrorista y Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago 1991, p. 231 y ss.

3 Mensaje de 11 de marzo de 1990, Historia de la Ley Nº 19.027, pp. 5, 7 y s. El art. 1º previsto por el proyecto se limitaba a caracterizar el delito terrorista en los siguientes términos: “Constituirá conducta terrorista atentar contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas, por métodos que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado, con el objeto de causar temor a una parte o toda la población”.

mismo reapareció una y otra vez con fuerza la orientación objetivista. Así, en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se acordó que constituirían delito terrorista los delitos enumerados en un nuevo art. 1° a) cuando concurrieran tres circunstancias alternativas, una de las cuales al menos (la 2°) era de claro sentido objetivo. Tales circunstancias alternativas eran las siguientes:

“1°. Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella, el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría determinado de personas.

“2°. Que el delito se cometa usando métodos perversos, crueles, bárbaros o alevosos, que produzcan o puedan producir un daño indiscriminado tales como artificios explosivos, infecciosos u otros que puedan ocasionar estragos o extender sus efectos a un grupo indeterminado de personas, particularmente si estas son ajenas a los móviles del delito, tanto si dichos medios se emplean efectivamente como si se intimida verosimilmente con su uso.

“3°. Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Más relevante aún, se alcanzó a prever un nuevo art. 1° b) conforme al cual serían siempre delitos terroristas, esto es, sin necesidad de que concurriera ninguna circunstancia adicional, una serie de delitos tales como el atentado contra el jefe de Estado, entre otras personas, con lo que quedaba en claro la pervivencia del criterio objetivo⁴. Este compromiso se ve ratificado por el texto aprobado para el Segundo Informe de la Comisión, donde se mantienen delitos que podrían calificarse de “objetivamente terroristas” (N° 2 a N° 6 del art. 1°), si bien respecto del núcleo de delitos comunes a que se refiere el N° 1 se consolida el papel del elemento subjetivo, en los siguientes términos:

“siempre que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra un grupo o categoría determinado de personas, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, como cometer el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieran ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares de efectos explosivos o tóxicos, sea que el delito se cometa para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”⁵.

El paso decisivo se dio en el Senado, donde a primera vista sólo se habría reorganizado el art. 1°. De hecho en el Informe de la Comisión del Senado se lee que “(s)e optó así por una fórmula ecléctica que combina la proposición inicial del mensaje, en orden a formular una definición conceptual del delito terrorista, con la alternativa sustentada por la Cámara de origen, que adopta el modelo ejemplarizador del texto vigente”⁶, al parecer sin sopesar suficientemente que el cambio era mayúsculo al preverse que respecto de todos los delitos mencionados en el art. 2°, esto es, también respecto de aquéllos que se consideraban “objetivamente terroristas”, se

4 Véase Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, de 26 de junio de 1990, Historia de la Ley N° 19.027, p. 36 y ss.

5 Véase Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de 25 de julio de 1990, Historia de la Ley N° 19.027, p. 72 y s.

6 Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 14 de noviembre de 1990, Historia de la Ley N° 19.027, pp. 107 y 111.

requeriría ahora que reunieran alguna de las circunstancias del art. 1º, con lo cual se consagraba totalmente el modelo subjetivo. Pues, en efecto, las características definitorias previstas en el art. 1º eran las siguientes:

“1º. Que el delito se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas.

“Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos, o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos similares, de efectos explosivos o tóxicos.

“2º. Que el delito sea cometido para arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Como se aprecia, la vocación objetiva de los orígenes sólo subsiste – y de un modo bastante peculiar – en la forma de una presunción simplemente legal (“salvo que conste lo contrario”) de concurrencia de la finalidad de producir temor en la población cuando los delitos en cuestión se hayan cometido a través de medios de gran poder destructivo. Y si bien no puede despreciarse el efecto práctico de esta presunción, que en los hechos, como luego se verá, mantuvo oculto el giro de la legislación, ésta no altera los alcances sustantivos de la definición de delito terrorista, sino sólo la situación probatoria, poniendo de parte de los imputados la carga de demostrar el hecho negativo de no obrar con dicha finalidad, generalmente por la vía de demostrar otros fines distintos. Desde un punto de vista conceptual no era más que un resabio de un modelo que había dejado de tener vigencia.

Y este resabio acaba de ser suprimido definitivamente mediante la reciente Ley N° 20.467, de 8 de octubre de 2010, que elimina la mencionada presunción y subordina el propósito de arrancar decisiones o imponer exigencias al mismo propósito general de generar temor en la población. El nuevo art. 1º dispone lo siguiente:

“Constituirán delitos terroristas los enumerados en el artículo 2º, cuando el hecho se cometa con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas, sea porque se cometa para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

Respecto de lo primero, el Mensaje del Ejecutivo expresa que la supresión se verifica

“para concordar la normativa que se modifica con el principio de presunción de inocencia, se elimina la presunción contenida en el inciso segundo del artículo primero de la ley N° 18.314 y, que bajo ciertas circunstancias, presupone la finalidad de amedrentamiento propia de esta clase de delitos”⁷.

Y respecto de lo segundo las razones no pueden ser más claras en el sentido de reafirmar el sentido subjetivo del concepto de delito terrorista. Así, se lee:

⁷ Mensaje de 12 de septiembre de 2010, Historia de la Ley N° 20.467, p. 6.

“El elemento esencial del terrorismo es el propósito de causar un temor justificado en la población, o en una parte de ella, de verse expuesta o ser víctima de delitos de gravedad. Es en virtud de lo anterior que el presente proyecto busca, precisamente, explicitar que esa finalidad de producir temor es presupuesto fundamental de toda conducta terrorista”⁸.

De este modo, como se puede ver, la larga pugna entre una caracterización objetiva y otra subjetiva del delito terrorista en la legislación chilena se ha resuelto en definitiva en favor de una radical opción subjetivista, opción que, como en seguida se verá, tiene muy importantes consecuencias interpretativas.

1.2. Los alcances de la exigencia subjetiva y la difícil aplicación de la ley antiterrorista

La finalidad de “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie” constituye un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, toda vez que va más allá de las exigencias objetivas del tipo⁹. No es necesario entonces que efectivamente se provoque ese temor, pero sólo la persecución del mismo le confiere a la conducta el carácter de delito terrorista.

La consecuencia indudable del reconocimiento del elemento subjetivo es que la caracterización como delito terrorista no es posible cuando respecto de ese eventual efecto de temor en la población se obra sólo con dolo eventual¹⁰. Más aún, conforme a una extendida opinión en la discusión comparada¹¹, los elementos subjetivos del tipo responden al esquema de exigencias del llamado dolo directo de primer grado o intención, esto es, con total preeminencia del elemento volitivo por sobre el cognoscitivo, de modo que ni aun conocimiento seguro (dolo directo de segundo grado o de las consecuencias necesarias) en cuanto a los efectos de la conducta satisfaría la exigencia si es que falta el propósito especial¹². Esto último es desde luego discutible, al menos en cuanto a que rija absolutamente para todos los tipos con elementos subjetivos trascendentes al dolo¹³, pero lo cierto es que en relación con un propósito tan difícil de controlar o medir como es un estado psicológico no ya individual sino de parte de la población hablar de la previsión de “consecuencias necesarias” simplemente no es posible, con lo cual en términos prácticos sólo cabe establecer el propósito positivo de provocar dicho efecto.

Esto implica que si el sujeto no ha actuado con el preciso propósito de crear temor en el conjunto o en parte de la población, aun cuando en los hechos efectivamente provoque ese efecto y aun cuando sus fines sean tanto o más reprobables, no es posible aplicar en la especie la legislación especial antiterrorista.

Las consecuencias probatorias de esta conclusión son más o menos evidentes: se debe acreditar más allá de toda duda razonable no ya sólo que el agente conocía (y aceptaba) positivamente el posible efecto atemorizador de sus conductas en la población o en una parte de ella, sino que dicho efecto era precisamente lo que perseguía. Y esto será particularmente arduo en la práctica, atendida la multiplicidad de fines que se pueden asociar a la actuación delictiva. De ahí que en

8 Mensaje, Historia de la Ley N° 20.467, p. 5.

9 Sobre los elementos subjetivos del tipo, por todos, *Politoff, Sergio/Matus, Jean Pierre/Ramírez, María Cecilia*: Lecciones de derecho penal chileno. Parte general, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004, p. 192 y ss.

10 Posición unánime. Véase por todos *Politoff/Matus/Ramírez, PG*, p. 194.

11 Al parecer no existen pronunciamientos al respecto en la literatura chilena.

12 Así *Warda, Heinz-Günter*: Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1 (4); *Jakobs, Günther*: Strafrecht AT, 2. Aufl., De Gruyter, Berlin – New York 1991, 8/15; véase también *Samson, Erich*: Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, 449 (452).

13 Véase al respecto el exhaustivo y diferenciado trabajo de *Gehrig, Klaus*: Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, Duncker & Humblot, Berlin 1986, *passim*.

la doctrina se haya destacado reiteradamente la inconveniencia de gravar la definición de delito terrorista con la prueba de un elemento subjetivo¹⁴.

Adicionalmente, sin embargo, conviene llamar la atención todavía sobre un aspecto sustantivo asociado a la exigencia subjetiva que dificulta aún más las ya reducidas posibilidades de aplicación del estatuto legal especial. Si el propósito relevante para la ley chilena fuera la alteración del orden público o de la tranquilidad o paz pública, el atentado contra la autoridad o el poder estatal o, en fin, la subversión del orden constitucional, probablemente los desafíos que impone el elemento subjetivo del tipo serían más abordables. Pero cuando se elige una finalidad que, en cuanto ideológicamente neutra, no es en absoluto inherente a la actividad de grupos caracterizados como terroristas, las posibilidades de aplicación práctica de la ley quedan adicional y gravemente comprometidas.

En efecto, como bien se ha dicho, toda actividad delictiva puede provocar en la víctima misma y en los demás un justo temor de ser víctima de un delito similar¹⁵. No es otra cosa lo que expresan las encuestas que miden la inseguridad de la población y que subyace a las tendencias de “mano dura” o “tolerancia cero” frente a la delincuencia que han orientado nuestra discusión en materia de seguridad pública en los últimos años. De tal modo que si dicho efecto se hubiese considerado como un elemento objetivo de la definición de delito terrorista se hubiera asistido al absurdo de tener que sostener que el violador o asesino en serie, pero también los “lanzas” de ciertas esquinas de la ciudad incurren en conductas terroristas.

Por cierto la ley no incurre en ese error, pero al erigir dicho elemento en exigencia subjetiva del delito terrorista probablemente ha incurrido en un despropósito aún mayor. Porque, bien visto, se trata de una finalidad que en los hechos difícilmente presidirá la actividad delictiva. Por una parte, los delincuentes “comunes” simplemente quieren satisfacer ciertos deseos o necesidades, en caso alguno generar un temor en la población que con seguridad sólo les puede resultar contraproducente, sea porque las potenciales víctimas pueden tomar más resguardos ante su actividad, porque la acción policial se puede ver intensificada por efecto de mayores demandas ciudadanas o porque, en fin, se pueden endurecer las leyes a su respecto, entre otras posibilidades. Y si bien una de las grandes diferencias entre delincuencia común y delincuencia terrorista es que mientras aquélla busca el anonimato ésta busca la publicidad, lo cierto es que sus fines suelen ser otros, no precisamente provocar temor en las potenciales víctimas, aun cuando ése sea el efecto directo de su actividad.

Ciertamente el propósito político que guía la acción terrorista puede expresarse en un determinado tipo de delitos con un círculo de víctimas potenciales relativamente acotado, con lo cual, sin duda, se puede crear un justo temor en ellas. Así, por ejemplo, si la actividad delictiva consiste en matar carabineros, en secuestrar empresarios o en destruir maquinaria agrícola, es evidente que dicha actividad pueda provocar un justo temor en carabineros, empresarios o agricultores de ser víctimas de delitos de la misma especie. Pero ése no es el punto desde una perspectiva legal, sino si ésa es precisamente la finalidad de la actividad delictiva, y todo parece indicar que por regla general no será ése el caso. Lo normal será que aunque se provoque objetivamente temor en parte de la población los fines perseguidos sean otros, los que en algunos casos se agotarán en la comisión misma del delito, pero que aún cuando éste tenga un sentido simbó-

14 Por sólo mencionar autores chilenos, *García*, Gonzalo: Tratamiento legal del terrorismo en la legislación comparada, en *Frühling*, Hugo (editor): El Estado frente al terrorismo, CED, Santiago 1995, p. 59; *Villegas*, Myrna: Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal, Política Criminal N° 2 (2006), A3, 1 (12), ambos con referencias.

15 Así, entre muchos, *Rivacoba*, Manuel de: La persecución penal del terrorismo en Chile, Doctrina Penal, año 2 (1979), 779 (783).

lico y comunicativo su verdadero destinatario no sean las víctimas reales o potenciales sino un tercero, por regla general el Estado.

En otras palabras, lo que se quiere decir es que la ley chilena padece de un defecto fundamental, pues al margen de las dificultades sustantivas y probatorias que acarrea la introducción de un elemento subjetivo del tipo, le asigna relevancia decisiva como objeto del mismo a un propósito que sólo se dará en contadas ocasiones.

No es casual, entonces, que en el derecho comparado los ordenamientos que contemplan exigencias subjetivas en materia de terrorismo fijen como objeto de las mismas fines de claro contenido político, o en todo caso mucho más genéricos, no asociados a un determinado efecto psicológico en las personas. Así, por ejemplo, en el caso del derecho español, se habla de la finalidad de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública” (art. 571 CP); en el derecho italiano se habla de fines de “subversión [eversione] del orden democrático” (arts. 270 bis, 280, 289 bis CP); en el derecho francés se exige que los hechos sean cometidos “con el fin de perturbar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror” (arts. 421-1 y 421-2 CP). Es interesante para nuestro análisis el caso tanto del derecho austriaco como del derecho portugués, que consideran, tal como la ley chilena, el propósito de atemorizar a la población, pero sólo como uno más entre una serie de otros propósitos mucho más amplios. En efecto, el § 278 c Código austriaco define como delito terrorista una serie de delitos

“cuando el hecho sea idóneo para provocar una alteración grave o de larga duración de la vida pública o un daño grave de la vida económica y se cometa con el propósito de atemorizar gravemente a la población, de forzar a instituciones públicas o a una organización internacional a una acción, a un acto de tolerancia o a una omisión, o de comprometer gravemente o destruir los fundamentos políticos, constitucionales, económicos o sociales de un Estado o de una organización internacional”.

En tanto que los arts. 300 y 301 del Código portugués exigen que mediante la práctica de ciertos crímenes se persiga el propósito de

“perjudicar la integridad o la independencia nacional, impedir, alterar o subvertir el funcionamiento de las instituciones del Estado previstas en la Constitución, forzar a las autoridades públicas a practicar un acto, a abstenerse de practicarlo o a tolerar que se practique, o incluso intimidar a ciertas personas, grupo de personas o a la población en general”.

No es difícil adivinar a partir de esta comparación que las posibilidades de aplicación de una ley con una exigencia subjetiva tan restrictiva como es la chilena debieran ser bastante más limitadas. En esto el legislador chileno ha sido víctima del propósito consciente o inconsciente de negarle carácter político a los delitos terroristas, precisamente para excluir a su respecto los beneficios que tradicionalmente se le han reconocido a esa clase de delitos, en lo que se conoce como la “despolitización del delito terrorista”¹⁶. Y así, mientras otras legislaciones sólo consideran elementos objetivos en la definición, en el caso chileno se optó por incluir una finalidad políticamente neutra que ciertamente logra ese objetivo, pero a costa de condenar a la legislación construida a su alrededor en buena medida a la inutilidad.

Siendo esto así surge, sin embargo, la pregunta obvia en cuanto a cómo ha sido posible que no obstante estas importantes limitaciones la ley se haya podido aplicar sin grandes dificultades

16 Al respecto, por todos, *Lamarca Pérez*, Carmen: Tratamiento jurídico del terrorismo, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid 1985, p. 79 y ss.; cabe destacar, como hace la autora, que el objetivo de limitar los beneficios del delito político se logra en todo caso también por otras vías.

durante los últimos veinte años. La respuesta es relativamente sencilla y dice relación con la presunción que al respecto contemplaba el inciso segundo del art. 1º, pues no obstante tratarse de una presunción simplemente legal y que en modo alguno alteraba el objeto preciso de la finalidad exigida por la ley, esto es, la de “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie”, la presunción permitía concentrarse en sus presupuestos objetivos, quedando la defensa con la carga de desvirtuarla, lo que o no se intentaba o simplemente no se conseguía. De este modo, los tribunales antes y el Ministerio Público después en rigor no han necesitado preocuparse mayormente de acreditar la finalidad específica exigida por la ley, bastándoles con la prueba de los presupuestos de la presunción. Así, es notorio, por ejemplo, cómo en procesos emblemáticos del llamado conflicto mapuche ni siquiera se haya mencionado como un punto de prueba dicha finalidad¹⁷.

Con el nuevo escenario legal, sin embargo, esto ha cambiado definitivamente. Por mucho que la ley vincule el temor que se busca provocar con elementos objetivos tales como “la naturaleza y efectos de los medios empleados”, “la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas” o la circunstancia de haberse cometido “para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”, no se altera en nada el hecho de que lo que se debe probar es la precisa finalidad del agente y no el temor de la población o la justificación del mismo. Al eliminarse la presunción esta posible confusión pierde todo sustento y quedan en evidencia las dificultades tanto sustantivas como probatorias de aplicación de la Ley Nº 18.314.

Es todo cuanto puedo informar en Derecho.

PROF. DR. HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO

Santiago, 13 de diciembre de 2010.

¹⁷ Véase al respecto, a modo ejemplar, el exhaustivo comentario de jurisprudencia de *Vial, Jorge*: Nuevo proceso penal y terrorismo (SCS de 2 de julio de 2003, “Ministerio Público y otro contra Huentequero Pichún Paillalao Pascual y otros”), *Revista Chilena de Derecho* Vol. 32 Nº 3 (2005), 475 y ss., donde no obstante insistirse en las dificultades probatorias del delito terrorista no se dedica una sola línea a la prueba del elemento subjetivo del tipo, incurriendo en el mismo defecto en que incurre la sentencia comentada.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ
 JAIME COUSO SALAS
 JUAN PABLO COX LEIXELARD
 FELIPE DE LA FUENTE HULAUD
 JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ
 JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA
 HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
 MARÍA INÉS HORVITZ LENNON
 JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO
 GONZALO MEDINA SCHULZ
 GUILLERMO OLIVER CALDERÓN
 LUIS RODRÍGUEZ COLLAO
 LUIS EMILIO ROJAS AQUIRRE
 MIGUEL SOTO PIÑEIRO

1. EL TRATO ESTATAL DEBIDO A LAS ORIENTACIONES SEXUALES MINORITARIAS

1.1. Una afirmación de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica frecuentemente citada sostiene que los derechos y garantías constitucionales [...]

“[...] ha[n] de extraer su significado del desarrollo gradual de los estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad que madura”¹.

El trato otorgado por el Estado a las minorías por razón de orientación sexual es un claro caso de aplicación de esa afirmación. La jurisprudencia constitucional ofrece importantes ejemplos de reconsideración de decisiones judiciales que se pronuncian sobre el trato estatal debido a las minorías por razón de orientación sexual a la luz de la evolución cultural de las naciones a la que pertenecen esos tribunales.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, por ejemplo, sostuvo en 1957 que la prohibición penal de la homosexualidad masculina, dispuesta por el entonces vigente §175 del Código Penal, no era contraria a la ley fundamental alemana en virtud de la consideración de las buenas costumbres (“*Sittengesetz*”, literalmente “ley de las costumbres”) como justificación de la restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad². Cincuenta años más tarde, habiendo el

1 Tropv. Dues, 356 U.S. 86, 101 (1958) (traducción suplida). La afirmación de la Corte Suprema se refiere específicamente al significado de las expresiones “cruel e inusual” empleadas por la octava enmienda de la constitución federal norteamericana.

2 Sentencia de 10 de mayo de 1957 (BVerfGE 6, 389). El derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra establecido en el artículo 2-1, de la ley fundamental, que es del siguiente tenor: “Cualquiera tiene derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto no lesione los derechos de otros y no atente contra la ley fundamental o las buenas costumbres”. El §175 del Código Penal disponía en su inciso primero: “El hombre que realiza acciones deshonestas (“*Unzucht*”) con otro hombre o que se deja abusar deshonestamente por éste será castigado con prisión”.

legislador alemán derogado el §175 del Código Penal de 1871³ y reconocido legalmente a las parejas del mismo sexo⁴, el mismo tribunal ha declarado inconstitucional, por violación del derecho a la igualdad, el establecimiento de diferencias entre los cónyuges matrimoniales y los miembros de una pareja de por vida ("*Lebenspartnerschaft*") en relación con determinados derechos laborales y previsionales del servicio público⁵.

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró en 1986 que no violaba derecho constitucional alguno la prohibición penal de la sodomía por los estados federados, delito comprensivo entre otras conductas del coito oral y anal consentido por hombres adultos⁶. Diez años más tarde, sin embargo, la misma corte declaró incompatible con la constitución federal una propuesta de reforma constitucional estatal que pretendía impedir la extensión de la protección contra la discriminación a personas homosexuales en el Estado de Colorado⁷. Finalmente, en el año 2003 la Corte revocó de modo expreso el precedente de 1986, afirmando en términos categóricos la inconstitucionalidad de la prohibición penal de la sodomía consentida entre adultos y calificando explícitamente su decisión anterior como un error⁸.

Especialmente pertinente para el análisis de la cuestión que ocupa a este informe es el ejemplo del Tribunal Constitucional de Austria. Este tribunal declaró en 1989 que el § 209 del Código Penal austríaco, que penalizaba la relación sexual entre un hombre mayor de 19 años y un hombre menor de 18 pero mayor de 14 años, no era inconstitucional⁹. En 2002, el mismo tribunal declaró inconstitucional dicha disposición legal¹⁰. La declaración de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional de Austria ha sido respaldada por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que el §209 del Código Penal austríaco viola el derecho a la igualdad tomado en conjunto con el derecho a la vida privada¹¹.

1.2. El artículo 365 del Código Penal chileno actualmente vigente fue establecido en 1999 por la Ley 19.617, que introdujo diversas modificaciones al Código Penal en relación con la regulación de los delitos de significación sexual dejó subsistente del antiguo delito de sodomía el caso de acceso carnal oral o anal a un hombre menor de 18 pero mayor de 14 años cometido sin los medios o circunstancias de los delitos de violación o estupro.

La derogación del antiguo artículo 365 y la introducción del nuevo precepto tuvo en su momento el carácter de una solución de compromiso adoptada al interior de la Cámara de Diputados, entre una posición partidaria de despenalizar por completo el antiguo delito de sodomía y una posición partidaria de mantener intacta la prohibición penal. El surgimiento de una prohibición parcial de la homosexualidad, reducida a la relación homosexual con un menor de edad, como compensación de la derogación de la prohibición general no es algo inusual en el derecho comparado¹².

3 El §175 del Código Penal alemán de 1871 fue derogado por la 1ª Ley para la Reforma del Derecho Penal, de 25 de junio de 1969.

4 Las parejas del mismo sexo fueron reconocidas en Alemania por la Ley sobre parejas de por vida inscritas, de 16 de febrero de 2001.

5 Sentencia de 7 de julio de 2009 (1 BvR 1164/07), en: *Juristische Zeitung* 1/2010, p. 37. El derecho a la igualdad se encuentra establecido en el artículo 3 de la Ley Fundamental alemana, cuyo primer inciso dispone: "Todos los seres humanos son iguales ante la ley".

6 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

7 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

8 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

9 Sentencia de 3 de octubre de 1989 (G227/88, G2/89).

10 Sentencia de 21 de junio de 2002 (G6/02).

11 *L. y V. v. Austria*, Sentencia de 9 de enero de 2003 (Nº39392/98 y 39829/98); *Wolfmeyer v. Austria*, Sentencia de 26 de mayo de 2005 (Nº5263/03).

12 Así, por ejemplo, la 4ª Ley para la Reforma del Derecho Penal, de 23 de noviembre de 1973, estableció como primer inciso del §175 del Código Penal alemán la siguiente disposición: "El hombre mayor de dieciocho años que realiza

Pero el derecho comparado también demuestra que el progresivo desenvolvimiento de las consideraciones de igualdad y libertad que justifican la derogación de la prohibición general conduce a que esa prohibición parcial sea eliminada o drásticamente modificada¹³.

Los más de 10 años transcurridos desde el establecimiento del artículo 365 ofrecen la perspectiva suficiente para hacer valer entre nosotros esas consideraciones de igualdad y libertad. Tales consideraciones no excluyen *a priori* la constitucionalidad de toda regulación que pretenda ofrecer una protección más intensa a menores púberes frente a situaciones potencialmente traumáticas de contacto sexual con mayores de edad. Lo que resulta inconstitucional no es ese propósito de política legislativa sino el modo específico como el legislador chileno lo concretó en el artículo 365.

2. EL ARTÍCULO 365 DEL CÓDIGO PENAL

2.1 El artículo 365 del Código Penal chileno ha tenido tres redacciones. La redacción original (1875-1972) se limitaba a sancionar con pena de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años) a “el que se hiciera reo de sodomía”. Las fuentes materiales del Código Penal chileno no contemplaban una norma como ésta. Debido a la influencia del Código Penal de Napoleón (1810), ni el Código Penal español de 1850 ni tampoco el Código Penal belga de 1867 establecieron diferencias entre el comportamiento sexual heterosexual y el homosexual. El artículo 365 del Código Penal chileno de 1875 se explica como la pervivencia del derecho colonial español, que en esta materia se remonta al derecho visigótico¹⁴. A ese origen se debe el hecho de que la ley no describiera el comportamiento prohibido, sino que se limitara a mencionar el delito, lo que originó las previsibles discusiones doctrinales entorno al sentido y alcance de dicha expresión.

La redacción intermedia (1972-1999) del artículo 365 del Código Penal se debe a la Ley 17.727, que entró en vigencia el 27 de septiembre de 1972. Esta ley agregó dos nuevos incisos al precepto originario de 1875, sancionado con penas aflictivas y de crimen los supuestos de comisión de sodomía con los medios o en las circunstancias características del delito de violación, esto es, el uso de fuerza o intimidación, la privación de razón o sentido de la víctima o su condición de menor impúber. Tratándose de esta última circunstancia, la Ley 17.727 fijó para la sodomía la

acciones sexuales sobre un hombre menor de dieciocho años o que deja que un hombre menor de dieciocho años las realice sobre él, será sancionado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa equivalente”. Como más adelante se verá, en Austria y en el Reino Unido fueron establecidas reglas semejantes cuando se derogó la norma que prohibía en esos países la homosexualidad masculina consentida entre adultos.

- 13 Así, la 29ª Ley de modificación del derecho penal, 31 de mayo de 1994, suprimió el §175 y modificó el §182, ambos del Código Penal alemán, hasta entonces referido a la seducción de una mujer menor de 16 años pero mayor de 14, estableciendo en su lugar un delito de abuso sexual de jóvenes –mayores de 14 años pero menores de 16 años–, mediante (i) aprovechamiento de una situación de necesidad, (ii) contraprestación de dinero o (iii) aprovechamiento de la falta de capacidad de autodeterminación sexual. El §182 no establece distinciones atendiendo al carácter heterosexual u homosexual de las acciones realizadas. Como más adelante se verá, en Austria fueron establecidas reglas semejantes cuando se derogó la norma que prohibía en esos países la homosexualidad masculina con menores de edad, y en el Reino Unido se terminó por establecer una regulación general de los delitos de significación sexual que no hace diferencias basadas en el género de los autores o víctimas.
- 14 Fuero Juzgo, leyes 5 y 6, título vi, libro iii; Fuero Real de Alfonso X, ley 12, título ix, libro iv; Partida Séptima, título 21, ley 1; Novísima Recopilación, leyes 1 y 2, título 30, libro 12 (correspondientes a una instrucción de los Reyes Católicos de 1497 ya una pragmática de Felipe de 1598). La denominación de este comportamiento –predominantemente referido al coito anal masculino como “sodomía” se basa en la interpretación del pasaje bíblico de la destrucción de las ciudades de Sodoma y Gomorra (Génesis 19) como castigo de la homosexualidad de sus habitantes. Esa interpretación del pecado sodomítico es actualmente controvertida, considerándose que en el contexto del Antiguo Testamento (por ejemplo, Jueces 19, 22-30; Sabiduría 19, 13-14) dicho pecado corresponde más bien a la comisión de actos violentos de maltrato brutal a los extranjeros en violación de los deberes de hospitalidad (John Boswell, *Cristianismo, Tolerancia Social y Homosexualidad*, Barcelona, Muchnick Editores S.A., 1993, p. 115-131; Mark D. Jordan, *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, Chicago: University of Chicago Press, 1997, p. 30-37).

edad inferior a los 14 años. En virtud de esta relación sistemática, los nuevos supuestos fueron denominados por un sector de la doctrina como “violación sodomítica”¹⁵.

La redacción actual, como se ha dicho, fue introducida por la Ley 19.617, publicada en el Diario Oficial el 12 de julio de 1999. Esta ley modificó la configuración de los delitos de violación y estupro, incluyendo dentro de ellos el acceso carnal oral o anal a un hombre, lo que trajo consigo, por razones sistemáticas, la derogación de los incisos segundo y tercero del artículo 365. Esta modificación venía propuesta en el mensaje presidencial que inició la tramitación del proyecto de ley respectivo (Boletín N°1048-07). En cuanto al inciso primero, el mensaje presidencial no contemplaba modificaciones. El proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, en cambio, lo sustituyó por el siguiente:

Artículo 365.- El que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación, estupro o abusos sexuales, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio¹⁶.

En segundo trámite constitucional, el Senado aprobó la nueva tipificación de los delitos de violación y estupro y la consiguiente derogación de los incisos segundo y tercero del artículo 365, pero rechazó la modificación del inciso primero del artículo 365 aprobada por la Cámara¹⁷. La Cámara de Diputados rechazó esa alteración del proyecto por el Senado en tercer trámite constitucional¹⁸. En la Comisión Mixta respectiva se aprobó por mayoría de votos la propuesta de la Cámara de Diputados para el inciso primero del artículo 365, pero con una nueva redacción, del siguiente tenor:

Artículo 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio¹⁹.

La propuesta de la Comisión Mixta fue aprobada por la Cámara de Diputados el 15 de diciembre de 1998 y por el Senado el 29 de diciembre del mismo año. El proyecto de ley aprobado por el Congreso fue objeto de un veto aditivo por el Presidente de la República que no se relacionaba con el precepto aquí analizado, pero que retrasó su tramitación. Con la aprobación del veto presidencial por el Congreso, el proyecto fue finalmente promulgado el 2 de julio de 1999 y publicado en el Diario Oficial el 12 de ese mismo mes.

2.2. La interpretación del sentido y alcance del artículo 365 exige identificar su fin de protección. Esa es una cuestión controvertida.

15 Así, Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, Santiago: Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976 (2ª ed.), Tomo IV, p. 68-69. Cabe señalar, además, que por una errada aplicación del mandato legal respectivo, el DFL N°3, de 10 de mayo de 1992, sustituyó la expresión legal “el que se hiciera reo de”, del inciso primero del artículo 365 por la expresión “el procesado por”.

16 Oficio N° 744, de 2 de agosto de 1995, Art. 1° N°13-a). La modificación fue acordada inicialmente por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados en su primer informe, de 10 de mayo de 1995 (Art. 1° N°12-a).

17 Oficio N° 11620, de 9 de septiembre de 1997, Art. 1° N° 13. El proyecto aprobado por el Senado contemplaba como nuevo inciso segundo del Art. 365 una regla que resolvía el posible concurso entre los Arts. 361, 361 y 363 (violación y estupro) y el inciso primero del Art. 365 en su redacción originaria, disponiendo la exclusiva aplicación de los primeros.

18 Oficio N° 2014, de 16 de junio de 1998.

19 Informe de 5 de noviembre de 1999, Art. 1°N°10.

Un sector de la doctrina considera que el artículo 365 es un resabio del precepto legal originario del Código Penal de 1875, por lo que su fin de protecciones la vigencia de la moral social sexual tradicional²⁰. Esa comprensión no tiene en cuenta, sin embargo, que conforme al tenor literal del precepto, reafirmado por la historia fidedigna de su establecimiento, sólo comete el delito quien accede carnalmente al menor. El menor no tiene la calidad de un interviniente en el delito, como correspondería si se tratara de una infracción de la moral social sexual, sino la calidad de víctima del delito. Así lo dejan entender además los artículos 369, 369 quáter, 370 bis y 372 ter del Código Penal, que se refieren a él precisamente como “persona ofendida” o “víctima”.

El reconocimiento de este dato legal conduce a otro sector de la doctrina a concebir el delito tipificado por el artículo 365 como un delito de corrupción del menor, esto es, como una perturbación del normal desarrollo de su capacidad de autonomía sexual²¹. Conforme a esta concepción, el fin de protección de la norma se encontraría indirectamente en la autonomía sexual, entendida no como capacidad actual sino potencial. Esta concepción admite sin embargo dos modalidades completamente diferentes. Una alternativa consiste en concebir la corrupción del menor como un resultado traumático que es necesario acreditar en cada caso concreto para justificar la punibilidad, aunque la ley no lo exija explícitamente²². Otra alternativa consiste en entender que el resultado traumático no es un elemento del tipo, por lo que se trataría de un delito de peligro abstracto contra la autonomía sexual del menor²³. Esta segunda alternativa conduce a la conclusión de que la ley equipara la posición del menor púber a la posición del menor impúber tratándose del acceso carnal homosexual masculino. La ley declararía a los hombres menores de edad como personas sexualmente intocables (intangibles) en relación con la acción de acceder carnalmente a ellos, prescindiendo por completo de cuál sea su voluntad. Equivale, en suma, a declarar a los hombres mayores de 14 años pero menores de 18 años como legalmente incapaces de consentir en el acceso carnal a ellos.

La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona un delito contra la moral social y su concepción como una norma que declara sexualmente intocable al menor de edad violan los derechos a la vida privada ya la igualdad ante la ley. La concepción del artículo 365 como una norma que sanciona contactos sexuales traumáticos para el menor genera un riesgo prácticamente inevitable de violación de esos derechos y en todo caso discrimina arbitrariamente entre el trato penal otorgado al acceso carnal heterosexual y el trato otorgado al acceso carnal homosexual.

Antes de examinar la inconstitucionalidad del artículo 365 a la luz de estas consideraciones es necesario atender a la incidencia en esta materia del artículo 4º de la Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

3. EL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 20.084

3.1. Durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 19.617 se propuso dos veces, sin éxito, establecer una regla eximente de penalidad por el delito previsto y sancionado

20 Vivian R. Bullemore, John Mackinnon, Curso de Derecho Penal, Santiago, Legal Publishing 2009 (2ªed.), Tomo, p. 166-167.

21 Garrido Montt, *Derecho Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, Tomo, p. 429-430; Luis Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 249-255.

22 Así, Rodríguez Collao, *op.cit.*, supra, nota 21.

23 Así, Politoff et. al, *op. cit.*, supra, nota 21, *loc. cit.*; Garrido Montt, *op. cit.*, supra, 21 *loc. cit.*

por el nuevo artículo 365 para aquellas personas que tuvieran una diferencia de edad inferior a los 4 años²⁴.

La necesidad de una exención de responsabilidad penal de esas características se hizo más urgente con la entrada en vigencia de la Ley 19.927 el 14 de enero de 2004, que entre otras modificaciones elevó a 14 años la edad de la condición de impúber para los delitos de significación sexual. Este nuevo límite de edad trajo como consecuencia la declaración legal de la incapacidad de las personas de 12 o 13 años de edad para consentir en la realización de cualquier clase de acciones de significación sexual con ellas, materia respecto de la cual la ley las había considerado como capaces desde 1875. A partir del 14 de enero de 2004, las personas de 12 o 13 años de edad son sexualmente intocables (intangibles) como si fueran infantes. A pesar de esta transformación de las condiciones legales bajo las que tiene lugar el desarrollo de la sexualidad de los menores púberes, la Ley 19.927 tampoco contempló una regla que impidiera la penalización de los contactos de significación sexual entre jóvenes.

Esta omisión del legislador penal tiene una explicación. Como es sabido, hasta antes de la implementación del nuevo sistema de responsabilidad juvenil por infracciones a la ley penal, la responsabilidad penal de los menores de edad se encontraba subordinada a dos condiciones: (i) el menor debía tener una edad a lo menos de 16 años al momento de la comisión del delito, y, (ii) el tribunal de menores debía declarar que el menor obró con discernimiento al momento de cometer el delito. La limitación de edad y la incertidumbre que rodeaba la declaración de discernimiento restaban importancia a la necesidad de contar con una eximente de responsabilidad penal que protegiera a los jóvenes en el ejercicio de su sexualidad. Con la iniciativa legal que dio origen a la Ley 20.084 se hizo indispensable el establecimiento de esa exención. Aunque el mensaje presidencial con que fue iniciada la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la Ley 20.084 (Boletín N° 3021-07) no contemplaba una regla semejante, una indicación presidencial formulada en el primer trámite constitucional subsanó ese vacío y la Cámara de Diputados introdujo como inciso final del artículo 6° la siguiente regla:

“No podrá procederse penalmente respecto de los delitos contemplados en los párrafos 5° y 6° del Título V del Libro del Código Penal, cuando la víctima fuere menor de 14 años y no concurra alguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 o 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre la víctima y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362 o de tres años en los de más casos”²⁵.

En segundo trámite constitucional el Senado aprobó esa regla como nuevo artículo 4° del proyecto, con una nueva redacción, del siguiente tenor:

Artículo 4°.- Regla especial para delitos sexuales. No podrá procederse penalmente respecto de los delitos previstos en los artículos 362, 365, 366 bis y 366 quater del Código Penal, cuando la conducta se hubiere realizado con una persona menor de 14 años y no concurra ninguna de las circunstancias enumeradas en los artículos 361 ó 363 de dicho Código, según sea el caso, a menos que exista entre aquélla y el imputado una diferencia de, a lo menos, dos años de edad, tratándose de la conducta descrita en el artículo 362, o de tres años en los demás casos²⁶.

24 La historia fidedigna de la Ley 19.617 se examina con más detalle en la sección 5.4 de este informe; allí se da cuenta de ambas propuestas.

25 Oficio N° 3872, de 6 de agosto de 2002.

26 Oficio N°25.927, de 14 de septiembre de 2005.

Con esta redacción la regla fue aprobada en definitiva como parte de la Ley 20.084, promulgada el 28 de noviembre de 2005 y publicada en el Diario Oficial el 7 de diciembre del mismo año.

3.2. Como salta a la vista, la exención de procesabilidad penal establecida por el artículo 4° de la Ley 20.084 se encuentra primariamente redactada para enfrentar el problema de las acciones de significación sexual que tienen lugar entre una o más personas menores de edad pero mayores de 14 años y una o más personas menores de 14 años. En ese contexto, si la persona que es responsable ante la Ley 20.084 –mayor de 14 años– no ha abusado del menor de 14 años en los términos señalados por los números 1° a 3° del artículo 361 del Código Penal²⁷ o por los números 1° a 4° del artículo 363 del Código Penal²⁸, queda exenta de procesabilidad aun cuando haya tenido contacto sexual con una persona impúber, con tal que tenga con ella una diferencia de edad inferior a 2 años para el caso de que ese contacto haya consistido en acceso carnal, o de 3 años para el resto de las acciones de significación sexual.

En un supuesto de hecho definido por la condición impúber de la víctima, la mención al artículo 365 está fuera de lugar, porque por definición legal el menor que es objeto del acceso carnal conforme dicho precepto es un hombre mayor de 14 años 29. En sus propios términos, la regla de la Ley 20.084 exime de responsabilidad al menor de 14 o 15 años que sin abuso accede carnalmente a un menor de 12 o 13 años. Tan extraña como la mención del artículo 365 del Código Penal en este contexto es la omisión de mención del artículo 365 bis N°2 del mismo código. Esta disposición, introducida por la Ley 19.927, sanciona con pena de crimen la introducción de objetos de cualquier índole por vía vaginal, anal o bucal a una persona menor de 14 años. Es decir, presupone una víctima coincidente con el supuesto de hecho del artículo 4° de la Ley 20.084.

Por cierto, concluir que el acceso carnal a un menor de 12 o 13 años de edad puede quedar exento de procesabilidad bajo la Ley 20.084, pero no así el acceso carnal a un menor de 14, 15, 16 o 17 años de edad, aunque la diferencia de edad con él sea menor a 2 años, es completamente absurdo. Para evitar ese absurdo debe interpretarse el artículo 4° de la Ley 20.084 en el sentido de que la mención al artículo 365 opera por sí sola como regla eximente de procesabilidad penal. En todo caso, aun bajo esta interpretación permanece incierto cuál sea la diferencia máxima de edad entre los intervinientes exigida por el legislador para eximir al que accede carnalmente, si 2 o 3 años. Si la expresión legal “conducta descrita en el artículo 362” se interpreta como referida solamente a la acción sexual cometida, entonces la eximente exigiría nomás de 2 años de diferencia de edad; en cambio, si se la interpreta como referida a todos los elementos del tipo del delito correspondiente, incluyendo la edad de la víctima, la eximente cubriría hasta los 3 años de diferencia de edad. En consecuencia, tratándose del adolescente que accede carnalmente a un menor con quien tiene una diferencia de edad superior a los 2 años pero inferior a los 3 años la Ley 20.084 deja en la incertidumbre su procesabilidad penal bajo el artículo 365.

Por último, aun si la incertidumbre antedicha se resolviera en los términos más favorables para el menor que accede carnalmente a otro, permanecerían siempre las consecuencias absurdas de un dato indesmentible. La eximente sólo es aplicable a adolescentes respecto de su responsabilidad bajo el régimen especial establecido por la Ley 20.084. Por tal razón, una pareja de jóvenes que tienen entre sí menos de 2 años de diferencia de edad y que practican el acceso carnal no

27 Usar de fuerza o intimidación; hallarse la víctima privada de sentido o aprovecharse de su incapacidad para oponer resistencia; abusar de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

28 Abusar de una anomalía o perturbación mental aun transitoria de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno; abusar de una relación de dependencia de la víctima; abusar del grave desamparo en que se encuentra la víctima; engañar a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

29 Bullemore y Mackinnon consideran que la remisión del artículo 4° de la Ley 20.084 al artículo 365 es un “burdo error del legislador” (nota 20, p. 168).

son procesables cuando ambos son menores de edad, pero si uno de ellos cumple 18 años y accede carnalmente al que sigue siendo menor de edad, comete el delito del artículo 365 en condiciones de plena responsabilidad bajo el Código Penal, que no contempla esa eximente. En otras palabras, mientras menos razones existen para considerar merecedor o necesitado de pena el comportamiento desde el punto de vista de la protección del menor de edad, más graves son las consecuencias penales para quien lo realiza.

4. PRIMERA CAUSAL DE INCONSTITUCIONALIDAD: ESTABLECIMIENTO DE DIFERENCIAS ARBITRARIAS ENTRE AUTORES DE DISTINTAS EDADES

4.1. La entrada en vigencia de la Ley 20.084 produjo como consecuencia la inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, a raíz de la arbitrariedad con que la legislación trata la punibilidad del autor del acceso carnal a un hombre menor de edad cuya edad es cercana a la edad de ese menor.

Dependiendo de la interpretación que se sostenga en relación con la mención que el artículo 4° de la Ley 20.084 hace al artículo 365 del Código Penal se tiene que cuando existe una diferencia de edad no superior a 2 (o 3) años entre el autor del acceso carnal y el menor que es objeto de acceso carnal, no se puede procesar a quien accede a un menor de 12 o 13 años, pero sí a quien accede a un menor de 14 o más años, o bien no se puede procesar a quien tiene menos de 18 años de edad pero sí al que ha cumplido 18 años. Dado que el menor que es objeto de acceso carnal tiene una diferencia de no más de 2 (o 3) años con el autor del delito, lo anterior implica que mientras más edad tenga el menor que es objeto de acceso carnal mayor es la punibilidad de quien accede carnalmente a él. No existe razón alguna que justifique esta consecuencia. Conforme a la penalidad establecida por la ley para los delitos de los artículos 362 (crimen) y 365 (simple delito sin pena aflictiva), y conforme a la justificación de la punición de esos comportamientos en la protección del menor, es obvio que el acceso carnal constituye un atentado más grave mientras menor sea la edad que tiene la víctima. Sin embargo, la aplicación del artículo 365 produce como consecuencia práctica que la punibilidad del autor del acceso carnal se incrementa con el aumento de la edad de la víctima.

Por lo tanto, la vigencia del artículo 4° de la Ley 20.084 hace inconstitucionalmente arbitraria, por infracción del artículo 19 N° 2 inciso segundo de la Constitución, la punibilidad que es consecuencia de la aplicación del artículo 365 del Código Penal.

4.2. La razón expuesta en el apartado precedente corresponde íntegramente en sus consecuencias a la razón en virtud de la cual el Tribunal Constitucional de Austria declaró inconstitucional el precepto correspondiente del Código Penal austríaco, invalidándolo.

El §209 del Código Penal austríaco de 1974, en la versión del Art. N°8 de la Ley sobre Administración de Justicia para hechos punibles cometidos por jóvenes, de 18 de noviembre de 1988, disponía lo siguiente:

§209. La persona de sexo masculino y de diecinueve años cumplidos que realice acciones deshonestas ("Unzucht") con una persona del mismo sexo mayor de catorce pero menor de dieciocho años será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.

En el contexto del Código Penal austríaco, similar al actual contexto del Código Penal chileno, las acciones sexuales realizadas con menores de 14 años son punibles independientemente del modo o circunstancia de su comisión, y las acciones de significación sexual heterosexuales u

homosexuales femeninas con mayores de 14 años sólo son punibles si concurre alguna de las circunstancias de abuso previstas por la ley.

En relación con el precepto en cuestión, el Tribunal Constitucional de Austria sostuvo en su sentencia de 21 de junio de 2002 lo siguiente:

El §209 del Código Penal comprende exclusivamente acciones homosexuales consentidas (esto es, sin coacción y sin abuso de una relación de autoridad por una persona mayor) entre personas de sexo masculino, en tanto uno de ellos ya haya cumplido 19 años de edad y el otro haya cumplido 14 pero no 18 años de edad.

Los contactos homosexuales masculinos entre personas de la misma edad (por ejemplo, entre personas de dieciséis años), y también entre miembros de una pareja cuya diferencia de edad no exceda de un año, quedan en todo caso impunes.

Tampoco constituyen acciones punibles (inicialmente) los contactos sexuales entre miembros de una pareja cuya diferencia de edad se encuentre entre uno y cinco años, en tanto ninguno de ellos sea menor de catorce ni mayor de diecinueve años.

La disposición penal impugnada conduce por lo tanto –y sin otro ejemplo en el Código Penal– tratándose de contactos homosexuales entre personas masculinas penalmente responsables a una secuencia cambiante de impunidad (inicial), luego punibilidad y luego nuevamente impunidad, dependiendo la duración de los dos primeros períodos de impunidad y punibilidad de la medida de la diferencia de edad.

Puesto que el supuesto de hecho del §209 del Código Penal también comprende contactos sexuales (masculinos) entre personas en una relación homosexual inicialmente no punibles, la norma es en sí misma como carente de fundamento objetivo desde la perspectiva constitucional: el legislador parte de que una relación entre personas de sexo masculino con una diferencia de edad de más de un año pero menos de cinco años no es contraria al fin de protección por él perseguido en una medida que deba ser objeto de control mediante el Derecho Penal. Pero entonces carece de fundamento objetivo conminar con una pena esa relación sólo porque el miembro de la pareja de mayor edad alcanza los diecinueve años hasta el cumplimiento de los dieciocho años por el miembro de menor edad (esto es, sólo durante un determinado período)³⁰.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional de Austria invalidó en su sentencia el §209 del Código Penal a contar del 28 de febrero de 2003. El 13 de agosto de 2002, el legislador austríaco introdujo en reemplazo de la disposición invalidada un nuevo §207 b en el Código Penal, relativo al abuso sexual de menores de edad. Este nuevo artículo consta de tres incisos, en los cuales la ley configura atentados constitutivos de abuso del menor en virtud de las circunstancias que concurren (aprovechamiento de la falta de madurez del menor, superioridad en razón de una mayor edad, aprovechamiento de la situación de necesidad del menor, contraprestación económica). El nuevo precepto no establece diferencias entre las acciones de significación sexual heterosexuales y homosexuales³¹.

30 Verfassungsgerichtshof, G 6/02(N°16565), disponible en: www.ris.bka.gv.at (traducción suplida).

31 La aplicación del §207b por los órganos de prosecución penal sí ha mantenido, sin embargo, un sesgo discriminatorio de la homosexualidad masculina. Esa práctica discriminatoria ha sido observada por el Parlamento Europeo, que ha exhortado a Austria a una aplicación libre de discriminación del precepto legal (Resolución acerca de la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de 4 de septiembre de 2003, párrafo 79).

5. SEGUNDA CAUSAL DE INCONSTITUCIONALIDAD: VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

5.1. La Constitución Política de la República asegura a todas las personas el respeto y protección a la vida privada (artículo 19 N° 4). Este derecho fundamental no sólo garantiza a su titular un margen relevante de control de la difusión de información para él sensible. También le asegura un ámbito de acción exento de control estatal. No se trata del derecho a la intimidad espacial o de las comunicaciones, garantizado por el artículo 19 N° 5. Ese es un derecho de exclusión del contacto con otros, que no otorga a su titular una inmunidad respecto de prohibiciones legales de comportamientos por el sólo hecho de realizarlos en esos espacios o con ocasión de esas comunicaciones. El derecho a la vida privada, por el contrario, es un derecho de libertad que asegura la no intervención estatal en ciertos ámbitos de acción por su especial significación para la persona. En palabras de John Stuart Mill:

“[H]ay una esfera de acción, en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás, es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos. [...] [L]a libertad humana exige libertad para nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada”³².

En el contexto de documentos constitucionales que no contemplan nominativamente un derecho a la vida privada, la jurisprudencia constitucional comparada ha encontrado equivalentes para asegurar el mismo contenido garantista. Así, la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha reconocido un derecho a la privacidad (“*privacy*”), basándolo en las penumbras de las garantías constitucionales, en la ley natural, en el derecho al debido proceso sustantivo y en la cláusula de igual protección de la enmienda XIV³³. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha reconocido un “ámbito autónomo de configuración privada de la vida” como parte del derecho general de personalidad, con apoyo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 2-I de la Ley Fundamental, en conexión con el principio de la intangibilidad de la dignidad humana, establecido por su artículo 1³⁴.

El Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, consagra en su artículo 8-1 una disposición semejante a la norma constitucional chilena:

Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Dentro de los distintos contenidos concretos que la Corte Europea de Derechos Humanos ha asignado a este derecho en su jurisprudencia ocupa un lugar fundamental su comprensión como un derecho a la autonomía personal³⁵. En los términos de la propia Corte:

32 Sobre la libertad, Madrid: Alianza Editorial, 1979, p. 68-69.

33 John E. Novak, Ronald D. Rotunda, Constitutional Law, St. Paul-Minnesota, 2004 (7a ed.), §11.7, 14.26-14.30.

34 Hans D. Jarass, “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz” (“El derecho general de la personalidad en la Ley Fundamental), Neue Juristische Wochenschrift 1989, p. 857 s.

35 N. A. Moreham, “The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights: a re-examination”, 1 European Human Rights Law Review (2008) 44.

[L]a esencia misma de la Convenciones el respeto por la dignidad y la libertad humana. Bajo el artículo 8 de la Convención en particular, donde la noción de autonomía personal es un importante principio subyacente a la interpretación de sus garantías, se brinda protección a la esfera personal de de cada individuo, incluyendo el derecho a establecer detalles de su identidad como seres humanos³⁶.

El artículo 8-1 del Convenio europeo coincide en términos prácticamente literales con el Art. 11-2/3 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica³⁷ y con el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸, ambos tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile y vigentes. En tal calidad, se trata de un derecho humano que debe ser respetado y garantizado por los órganos del Estado, conforme lo dispone el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política.

5.2. En tanto derecho de autonomía personal, el derecho a la vida privada comprende el derecho a la realización de acciones de significación sexual entre personas del mismo sexo, libremente consentidas. La prohibición legal de esas acciones que no se justifique por razones particularmente apremiantes viola ese derecho.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha declarado al respecto:

El Art. 2 inciso 1 en conexión con el Art. 1 inciso 2 de la Ley Fundamental brinda protección a la esfera más estrechamente personal, a la que pertenece el ámbito sexual, el cual comprende la autodeterminación sexual del ser humano y con ello el encontrar y reconocer la propia identidad sexual así como la propia orientación sexual. En esta esfera, que pertenece al ámbito más íntimo de la personalidad, sólo puede intervenir si concurren intereses públicos especiales³⁹.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, por su parte, ha declarado:

El caso involucra a dos adultos que, con completo y mutuo consentimiento recíproco, se involucraron en prácticas propias de un estilo de vida homosexual. Los recurrentes tienen derecho al respeto de su vida privada. El Estado no puede devaluar su existencia ni controlar su destino haciendo un crimen de su conducta sexual privada. Su derecho a la libertad bajo la cláusula del debido proceso les otorga el pleno derecho a involucrarse en su conducta sin intervención del gobierno. "Es una promesa de la Constitución que existe un ámbito de libertad personal en el que el gobierno no puede penetrar"⁴⁰.

Finalmente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha declarado:

[L]a mantención en vigencia de la legislación impugnada [Ley de Ofensas a la Persona de 1861, secciones 60 y 61; Ley de Enmiendas del Derecho Criminal de 1885, sección 11] constituye una interferencia continua con el derecho del recurrente al respeto a su vida privada (la que incluye su vida sexual) dentro del sentido del Artículo 8 párrafo 1 (art. 8-1). En las circunstancias personales del recu-

36 Christine Gdwin v. The United Kingdom, sentencia de 11 de Julio de 2002 (N°28957/95), 90.

37 Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad. [...] 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

38 Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

39 Sentencia de 27 de mayo de 2008: BVerfGE 121, 175 [190], citando las sentencias BVerfGE 49 286 [298] y 115, 1 [14] (traducción suplida).

40 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, 580 (2003) (traducción suplida). Un análisis de esta sentencia se encuentra en Tomás Vial Solar, "Homosexuales y autonomía sexual en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema norteamericana: Lawrence v. Texas", en: Derecho y Humanidades N°10 (2004), p. 235-249.

rente, la sola existencia de esta legislación afecta continua y directamente su vida privada [...]: o bien él respeta la ley y se abstiene de involucrarse –incluso en privado con contrapartes masculinas que consienten– en actos sexuales prohibidos a los cuales se encuentra dispuesto en razón de sus tendencias homosexuales, o comete esos actos y con ello se hace susceptible de prosecución criminal [...] El presente caso concierne un aspecto de los más íntimos de la vida privada. Acorde con ello, deberá haber razones particularmente serias para que las interferencias por parte de las autoridades públicas puedan ser legítimas [...]⁴¹.

5.3. Las consideraciones precedentes se refieren a acciones sexuales consentidas por adultos y realizadas en privado. El tratamiento de las acciones sexuales realizadas en espacios públicos o ante terceras personas que no han consentido en presenciarlas no es pertinente para este informe. Sí lo es el tratamiento de acciones sexuales realizadas con un menor de edad.

El Código Penal chileno distingue entre dos categorías de menores: los impúberes (menores de 14 años, desde la entrada en vigencia de la Ley 19.927) y los púberes (menores de 18 pero mayores de 14 años). Los menores impúberes son objeto de una protección absoluta⁴², en el sentido de que su consentimiento es irrelevante como causa de exclusión de la punibilidad. Por eso se caracteriza el fin de protección de la ley penal a su respecto como indemnidad o incolmidad sexual. Los menores púberes son objeto de una protección intensificada, pero no absoluta⁴³. La intensificación consiste en la extensión de la punibilidad a formas de abuso más allá de las circunstancias propias del delito de violación y menos graves que ellas. La exigencia de la concurrencia de alguna circunstancia constitutiva de abuso del menor es una condición de la protección penal del menor. Por eso no se trata de una protección absoluta, sino condicionada. Esto significa que la ley penal reconoce relevancia al consentimiento del menor púber como razón para dejar impune el comportamiento.

El particular estatuto del menor púber ante la ley penal se explica por dos consideraciones. En primer lugar, que el desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber no es incompatible con la experiencia sexual previa a la adquisición de plena autonomía; por el contrario, es mediante la adquisición progresiva de experiencia sexual como el menor desarrolla gradualmente su capacidad de autonomía sexual. En segundo lugar, que el estado todavía en desarrollo de la capacidad de autonomía sexual del menor púber lo hace especialmente vulnerable. La primera consideración justifica el reconocimiento de la relevancia de su consentimiento, por contraste con los impúberes; la segunda consideración justifica la mayor extensión de la protección penal, por contraste con los adultos.

En este contexto, la prohibición del acceso carnal a un hombre menor de edad pero mayor de 14 años resulta anómala si se la interpreta como una prohibición absoluta. Así interpretada, implica desconocer toda relevancia al consentimiento del menor. Dado que esta prohibición afecta la vida privada de los interesados en practicar el acceso carnal homosexual, tanto del que accede al menor como del menor, es necesario que ella se encuentre justificada por razones legítimas y muy poderosas.

41 Dudgeon v. The United Kingdom, sentencia de 22 de octubre de 1981 (N°7525/76), 41, 52 párrafo 3. Seguido en Nois v. Ireland, sentencia de 26 de octubre de 1988 (N°8225/78), Modinos v. Cyprus, sentencia de 22 de abril de 1993 (N°15070/89), A.D.T. v. the United Kingdom, sentencia de 31 de Julio de 2000 (N°35765/97). El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha sostenido una afirmación enteramente equivalente en relación con el derecho a la vida privada garantizado por el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su dictamen sobre el caso Tnen v. Australia, de 4 de abril de 1994 (CCPR/C/50/D/488/1992, párrafos 8.2-8.6).

42 Artículos 362, 365 bis N°2, 366 bis, 366 quáter incisos primero y segundo.

43 Artículos 363, 365 bis N°3, 366 inciso segundo, 366 quáter inciso final.

5.4. Las razones tenidas a la vista por el legislador para establecer el artículo 365 actualmente vigente se encuentran en los documentos en que consta la historia fidedigna de la disposición.

El mensaje presidencial que dio origen a la tramitación del proyecto de ley respectivo no contemplaba modificaciones al artículo 365. Esa modificación fue introducida por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en el marco de una confrontación entre posiciones extremas contrapuestas. A pesar de la posición adversa a la homosexualidad de la Iglesia Católica Romana, de la que se da cuenta, la Comisión se inclinó por consideraciones de prudencia a despenalizar la prohibición penal de la homosexualidad consentida:

Con todo, una reforma del derecho penal, con vistas a no considerar como actos criminales las relaciones homosexuales que no atenten contra el bien común, parece aceptable. Lo que dos individuos realicen en la esfera de su intimidad no tiene por qué ser castigado, aunque constituyera una falta ética. De igual modo que la ley no penetra en la vida privada de personas heterosexuales cuyas relaciones fueran deshumanizantes y pecaminosas, cuando no se traspasan los límites del bien común⁴⁴.

No obstante estas consideraciones proclives al respeto a la vida privada ya la igualdad, la Comisión de la Cámara consideró que la anomalía moral de la homosexualidad justificaba que el Estado estableciera ciertas prohibiciones penales.

En sus palabras:

El sentido común aconseja, sin embargo, que esto que no es normal no es conveniente que se haga en forma pública, porque puede repercutir en la sociedad de diversas maneras. Impacta presenciar actos de homosexuales y puede producir daño en las personas; en los menores puede producir corrupción, llevar a una deformación y a un conflicto. De modo que la práctica de esta homosexualidad genuina debe ser privada, para que no sea un elemento perturbador en la sociedad.

Sobre estas últimas argumentaciones, se resaltó la aparición de un homosexualismo militante, a veces agresivo, que se organiza y se exhibe, poniendo en el banquillo de los acusados a la sociedad toda por represiva y por discriminatoria. Está demostrado que una permisividad jurídica respecto a situaciones como ésta introduce a los países en una escalada que llega indefectiblemente a plantear diferentes derechos civiles de los homosexuales y a la consideración jurídica de sus relaciones anormales.

La sodomía, por lo demás, es un delito en cuanto implica la realización de un acto contra la naturaleza. Es un acto intrínsecamente negativo. Pero también lo es en el sentido de corrupción, en cuanto supone el consentimiento de ambas partes y tiende a permanecer en el tiempo. Al producir el hábito, las partes involucradas tienden a no valorarla como algo malo, produciéndose un problema muy importante de alteración de la conciencia.

La simple despenalización plantearía una cantidad de interrogantes al cuerpo social respecto de la licitud de la homosexualidad. Hay que evitar dar una señal de que esta conducta "atípica" pasa a ser, una conducta común y normalmente aceptada. Esta relación no tipificada hoy en día, porque es

44 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (Boletín N°1048-07), de 10 de mayo de 1995, acordado en sesiones de fechas 17 y 31 de agosto, 9 de noviembre y 14 de diciembre de 1994; 4 y 18 de enero, 1º, 8 y 15 de marzo, 5 y 12 de abril, y 10 de mayo de 1995, con asistencia de los señores Chadwick (Presidente), Ascencio y Bombal; señoras Allende y Cristi; señores Cardemil, Elgueta, Espina, Ferrada, Gajardo, Luksic, Martínez Ocamica y Pérez Lobos; señora Pollarollo; señor Ribera; señora Saa; señores Walker y Viera Gallo, y señora Wörner, p. 14.

privada, al exteriorizarla y hacerla pública provoca la alteración de la convivencia del cuerpo social. Al menos, la sociedad chilena se altera⁴⁵.

Las expresiones de la Comisión explican la consagración en el proyecto de una norma destinada a sancionar como falta a "El que públicamente ofendiere el pudor con acciones o conductas con personas del mismo sexo", que se propuso como nuevo N° 22 para el artículo 494 del Código Penal⁴⁶, pero que en definitiva no prosperó. En la comprensión de la Comisión, sin embargo, estas expresiones también explicarían la consagración en el proyecto de un nuevo artículo 365 para el Código Penal, destinado a sancionar penalmente al adulto que tuviere relaciones sexuales con un menor de dieciocho años de su mismo sexo. En virtud de ello, se tiene que la finalidad del nuevo artículo 365 del Código Penal, en la representación de sus redactores originarios, es la de reforzar la desvaloración de la homosexualidad por la moral social, reviniéndola corrupción de menores de edad en el sentido de una "alteración de la conciencia" que puede conducir a la "aceptación normal" de la homosexualidad. El hecho de que la disposición aprobada por la Comisión en su primer informe describiera al autor del delito como "el adulto" podía implicar una comprensión más matizada del comportamiento delictivo, en el sentido de una seducción abusiva basada en la superioridad por diferencia de edad. Su eliminación posterior en virtud de la aprobación por unanimidad de una indicación en ese sentido⁴⁷ demuestra sin embargo que esa idea no desempeñó un papel relevante en la representación de la propia Comisión durante el primer trámite constitucional.

En el segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó mantener el inciso primero del artículo 365 vigente a ese momento. Se propuso primero la derogación pura y simple de ese inciso, luego la introducción de modificaciones al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, exigiéndose una diferencia de edad de 4 años entre el autor del acceso carnal y el menor carnalmente accedido, y finalmente la aprobación del proyecto aprobado por la Cámara en sus mismos términos. La Comisión rechazó las tres propuestas por 3 votos contra 2⁴⁸. Las razones esgrimidas para mantener el inciso primero del artículo 365 sin modificaciones son muy semejantes a las razones dadas por la Comisión de la Cámara para sustituirlo por la norma que ella propuso:

Algunos HH. Señores integrantes de la Comisión razonaron que no puede desconocerse que el tema conlleva la existencia de una carga valórica importante, que excede los solos criterios de técnica jurídica. Pusieron de relieve que la revisión de este tipo penal no es una de las ideas matrices del proyecto de ley, y que la eliminación del castigo a la sodomía podría entenderse como la emisión de una señal inconveniente a la población, en cuanto a que sería como socialmente aceptable una conducta que es naturalmente desviada, lo que puede derivar en que más adelante se intente equiparar la pareja homosexual a la pareja heterosexual⁴⁹.

45 Informe... op. cit., p. 14-15.

46 Art. 1° N°23 del proyecto aprobado por la Comisión (Informe, op. cit., p. 15 y 28).

47 Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (Boletín N°1048-07-2), de 5 de julio de 1995, p. 7.

48 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (Boletín N°1048-07-2), de 22 de enero de 1997, p. 32-35. Votaron sucesivamente en contra de las propuestas los senadores Sergio Fernández, Hernán Larraín y Miguel Otero; lo hicieron a favor los senadores señores Juan Hamilton y Anselmo Sule.

49 Informe, cit., p. 33-34.

En el segundo trámite reglamentario, se presentó una indicación para derogar el delito de sodomía y la Comisión, por las mismas razones, volvió a rechazar la propuesta⁵⁰.

En tercer trámite constitucional, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados fueron reiteradas las consideraciones formuladas en el primer trámite constitucional y sin más razones se acordó rechazar la proposición del Senado⁵¹.

En el seno de la Comisión Mixta formada para resolver las discrepancias entre ambas cámaras, los diputados defendieron la propuesta de su Cámara en los siguientes términos:

Los HH. Diputados que se encontraban presentes en la sesión de la Comisión Mixta pusieron de relieve que el punto importante en esta materia es proteger a los menores de edad, por su mayor vulnerabilidad, y a eso apunta el texto aprobado en el primer trámite constitucional. Coherentemente, se desincrimina la relación sexual libremente consentida entre mayores de 18 años⁵².

Como salta a la vista, esta justificación prescinde de la representación moral adversa a la homosexualidad que caracterizaba al discurso de la Cámara y se concentra en la especial necesidad de protección de los menores de edad por su vulnerabilidad. Asociadas a esa idea fueron planteadas dos propuestas de modificación del texto aprobado por la Cámara, una tendiente a rebajar la edad del menor a personas de edad inferior a los 16 años, y otra tendiente a exigir una diferencia de edad de 4 años entre el autor y el menor. Ambas propuestas fueron rechazadas, aprobándose sólo la sustitución del a ese entonces vigente inciso primero del artículo 365 por la norma aprobada por la Cámara⁵³. Ello, sin embargo, tuvo lugar con una modificación significativa:

Sobre la base de los acuerdos adoptados, la Comisión Mixta sustituyó el concepto de "tener relaciones sexuales" contenido en el texto de la H. Cámara de Diputados por el de "acceder carnalmente", para guardar concordancia con las normas ya aprobadas en materia de violación y estupro, y, en general, con el contexto del proyecto, en que la alternativa es el acceso carnal u otra acción sexual. Al mismo tiempo, con ello se deja en claro que el sujeto activo del acceso carnal sólo puede ser un varón, lo que se hace cargo del hecho de que el lesbianismo históricamente no ha estado sancionado⁵⁴.

En sus propios términos, la modificación introducida por la Comisión Mixta en la redacción del artículo 365, restringiéndola prohibición al acceso carnal, debe ser entendida como una decisión que salvaguarda la coherencia interna del proyecto desde el punto de vista de la proporcionalidad, en el sentido de no originar respecto del derecho preexistente un efecto de extensión de la punibilidad (la afectación a la sexualidad lésbica, la prohibición de acciones homosexuales masculinas de menor significación) con ocasión de aprobar una decisión que se justificaba como restrictiva de la punibilidad. Lo cual no obsta, naturalmente, que desde el punto de vista

50 Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (Boletín N°1048-07-2), de 26 de agosto de 1997, p. 46.

51 Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (Boletín N°1048-07), de 19 de mayo de 1998, p. 22-25.

52 Informe de la Comisión Mixta sobre el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación (Boletín N°1048-07-2), de 5 de noviembre de 1998, p. 17.

53 Informe, cit., p. 18.

54 Informe, loc. cit.

más general no implique una reafirmación de la diferencia de trato entre la homosexualidad masculina y la femenina, discriminatoria respecto de la primera⁵⁵.

La defensa ante la Cámara de Diputados del proyecto aprobado por la Comisión Mixta estuvo a cargo de los diputados Ignacio Walker y Pía Guzmán.

El primero expresó lo siguiente:

En tercer lugar, respecto del delito de sodomía, que dio lugar a una discusión bastante amplia e intensa durante la tramitación del proyecto en los dos primeros trámites legislativos, no es cierto que se haya optado por despenalizarlo, sino por mantener su sanción cuando la víctima fuere menor de 18 años, justamente, para protegerlo, por suponer que muchas veces es una persona que no es lo bastante madura ni tiene el suficiente discernimiento para decidir algún tipo de relación sexual, en especial si es homosexual. Por lo tanto, lo único que se despenalizó efectivamente es la relación sexual libremente consentida entre homosexuales mayores de edad, porque estimamos que si bien eso puede ser objeto de un reproche moral, mal puede ser constitutivo de delito, en consideración a que el Derecho Penal es última ratio, por lo que entra a funcionar cuando todo lo demás ha fracasado⁵⁶.

Por su parte, la diputada Guzmán se expresó del siguiente modo:

Tal como lo señaló el Diputado señor Ignacio Walker, el delito de sodomía no ha sido despenalizado, sino que se retipificó, es decir, se amoldó la figura penal a fin de que fuera efectivamente un delito sancionable, para los efectos de que realmente fuera penado. Se entiende que hay sodomía cuando concurren un mayor de edad con un menor de edad. En este caso, primero va a ser penalmente responsable por el acto y se configura la conducta, como el acceso carnal a un varón menor de edad, para hacerlo coincidente con las definiciones de los delitos de violación y de estupro.

Es interesante lo que señala la Comisión mixta en la página 20 del informe, al poner de relieve que el punto importante en la materia es proteger a los menores de edad por su mayor vulnerabilidad, y a eso apunta el texto aprobado en el primer trámite constitucional. De manera coherente, se discrimina (sic) la relación sexual libremente consentida entre mayores de 18 años⁵⁷.

El examen conjunto de las dos intervenciones demuestra una considerable ambivalencia. Por una parte, la intervención de la diputada Guzmán formula una distinción entre homosexualidad merecedora de pena y no merecedora de pena, atendiendo a la vulnerabilidad por razón de edad de uno de los intervinientes.

Por otra parte, la intervención del diputado Walker, si bien atiende a la idea de la protección de una persona vulnerable, termina basando la distinción entre la homosexualidad punible e impune en la necesidad y falta de necesidad de la prohibición penal como medio proporcionado para el logro de un mismo fin, que en su contexto no puede ser otro que el reforzamiento de la reprobación de la homosexualidad por la moral social. En este sentido, la intervención del dipu-

55 En un plano más profundo del análisis cultural, la omisión de la prohibición del lesbianismo puede ser también interpretada como degradación de la mujer. Si se advierte que "la inclinación lésbica es uno de aquellos secretos que sólo sirven a la afirmación de sí mismo, uno de los más protegidos, sobre todo porque ofende (...) la dignidad personal del macho", es fácil entender que "en la mayoría de los países civilizados las prácticas lésbicas son pasadas por alto por las leyes" (Hans Von Hentig, Estudios de psicología criminal, Tomo V: La criminalidad de la mujer lésbica, Madrid, Espasa-Calpe, 1975, p. 13 y15).

56 Sesión 27, Legislatura 339, en 15 de diciembre de 1998, p. 13 del documento disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?5,2954.

57 Sesión, cit., p. 16.

tado Walker aparece parcialmente como una reafirmación de las consideraciones predominantes en el primer trámite constitucional del proyecto.

Cabe señalar, en todo caso, que la comprensión dominante en la Cámara resaltó el efecto despenalizador de la sodomía por sobre su continuidad parcial.

Así, el diputado Jaime Coloma observó que a juicio de los diputados partidarios de mantener la prohibición penal de la sodomía la modificación propuesta constituía una despenalización y que se veían constreñidos a dar su aprobación a ella debido al impedimento de efectuar votaciones separadas⁵⁸. Por su parte, el diputado Juan Bustos calificó la modificación como una decisión que dejaba la sodomía "limitada a aquellos casos en los cuales aparece claro un abuso sobre la libertad de otra persona, y queda sólo restringida a aquellos en que hay un abuso sobre un menor"⁵⁹. Finalmente, la diputada María Antonieta Saa celebró la despenalización de la homosexualidad consentida entre adultos calificando de obsoleta la norma hasta entonces vigente⁶⁰.

La representación del diputado Coloma correspondía a la impresión dominante en el Senado. En su intervención a favor del proyecto propuesto por la Comisión Mixta, el Senador Larraín describió el nuevo artículo 365 como una restricción del delito de sodomía, que producía como efecto práctico la despenalización de las acciones homosexuales no contempladas en él⁶¹, manifestando su disposición a votar favorablemente el proyecto en conjunto a pesar de su discrepancia con algunas modificaciones particulares⁶². El criterio no fue compartido por el senador Sergio Díez, quien anunció su abstención en consideración a la despenalización de la sodomía⁶³. Frente a esa intervención, el senador Larraín expresó lo siguiente:

En primer lugar, a propósito de la inquietud del Senador señor Díez, debo dejar constancia que la sodomía sigue siendo un delito –me interesa particularmente hacerlo para la historia de la ley–, sólo que circunscrito a los casos de menores de 18 años de edad y entre varones. Las demás situaciones se han despenalizado.

Señalo lo anterior, porque si bien comparto la inquietud del Honorable señor Díez –no era partidario de modificar el tipo penal existente–, es importante entender que la sodomía no se ha despenalizado.

Y esto tiene importancia, por ejemplo, para el caso de la Ley de Adopciones. Lo menciono, porque en dicho cuerpo legal, aprobamos la adopción por parte de solteros o viudas en determinadas hipótesis. Dado que la sodomía sigue siendo un delito, no se puede entender que haya adopción por parte de homosexuales. La sodomía se encuentra configurada en nuestra legislación como delito. Por lo tanto, se protege un bien jurídico.

Hago presente lo anterior, para cualquier interpretación que se quiera dar sobre el punto⁶⁴.

Ante una pregunta del senador Roberto Muñoz Barra por la justificación de la penalización exclusiva de la homosexualidad masculina frente al lesbianismo, la respuesta fue la siguiente:

58 Sesión cit, p. 17.

59 *Ibidem*.

60 Sesión cit., p. 20.

61 Legislatura 339ª, Extraordinaria, Sesión13ª, en martes 22 de diciembre de 1998, p. 27 del documento disponible en: http://sil.congreso.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?5,2952

62 Sesión, cit., p. 29.

63 Sesión, cit., p. 33-34.

64 Sesión, cit., p. 34.

El señor LARRAÍN. –En la historia de nuestra legislación, nunca el lesbianismo– al cual se refiere el señor Senador– ha sido sancionado penalmente. El señor CHADWICK. –Es una discriminación positiva. El señor LARRAÍN.– Exactamente⁶⁵.

Desde el punto de vista de los senadores, pues, la igualdad de trato constituye una discriminación positiva.

5.5. La revisión de los trabajos preparatorios de la Ley 19.617 demuestra que la decisión del legislador chileno en orden a penalizar el acceso carnal a un menor de 18 pero mayor de 14 años, sin que concurren las circunstancias propias de la violación o el estupro, no se basó en razones legítimas ni de peso suficiente para justificar la afectación de la vida privada. El legislador no distinguió entre el propósito de reforzar la moral social sexual y el propósito de proteger la autonomía sexual del menor púber. Como es evidente, el mero propósito de reforzar la moral social sexual no puede justificar la afectación del derecho a la vida privada. Si pudiera hacerlo, no se garantizaría un ámbito personalísimo de autonomía como parte del derecho a la vida privada. Ese contenido garantista del derecho a la vida privada tiene sentido, primariamente, como aseguramiento de un ámbito en el cual se pueda tomar distancia crítica respecto de las convicciones socialmente dominantes relativas a la configuración del plan personal de vida.

5.6. La idea de proteger a las personas menores de 18 años en consideración a su mayor vulnerabilidad puede ser consistente con el respeto a la vida privada en la medida en que se identifique la razón de la apreciación de la vulnerabilidad del menor. La exigencia de una diferencia considerable de edad entre el autor del acceso y el menor accedido, por ejemplo, habría expresado la asunción por el legislador de que esa asimetría genera un riesgo de abuso por parte de quien tiene mayor edad. Su omisión por el legislador priva de ese posible fundamento al artículo 365 como razón de la decisión legislativa.

5.7 La prohibición penal absoluta dirigida a quien accede al menor no sólo restringe la autonomía de éste, sino también la autonomía del menor. Como se ha dicho, la prohibición absoluta declara irrelevante el consentimiento del menor. La intangibilidad (indemnidad) sexual del menor que pretende asegurar esa prohibición absoluta no es sólo protección frente a terceros, sino también impedimento para el menor. En otras palabras, implica una afectación de la vida privada del menor. No se discute aquí la justificación de la prohibición absoluta respecto de impúberes (niños). Lo que está en discusión es su extensión a púberes (adolescentes)⁶⁶.

La legislación penal vigente desde 1875 en Chile, y reafirmada en esto por las leyes 19.617 y 19.927, expresa el reconocimiento estatal del desarrollo gradual de la autonomía sexual de los menores de edad, proporcional a su edad. Por eso la ley acepta que el consentimiento del menor púber haga impune la acción sexual realizada por otro con él. Esa aceptación se expresa a *contrario sensu* en los artículos 361, 363, 365 N°1 y 2, 366 inciso segundo y 366 quáter inciso final: la no concurrencia de las circunstancias previstas en esas disposiciones asegura la impunidad de la acción sexual realizada con el menor bajo el punto de vista de la protección del menor. La diferenciación que el legislador hace respecto del acceso carnal homosexual contradice ese reconocimiento. Ésta no es una cuestión que el legislador pueda decidir discrecionalmente, sin justificarla en razones legítimas y de suficiente peso.

65 Sesión, cit., p. 35.

66 Para un examen actualizado de la sexualidad infantil y juvenil desde el punto de vista del derecho penal y el principio de la evitación del daño, Jaime Couso, "La sexualidad de los menores ante el Derecho Penal", en: Marcelo Alegre y otros, *Derecho y Sexualidades*. Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2009), Buenos Aires, Editorial Librería, 2010, p. 233.

Esa exigencia de justificaciones el principio fundamental afirmado durante esta década por la Corte Europea de Derechos Humanos en materia de consentimiento del menor en materia de acciones de significación sexual. En un inicio, la Corte consideró que la determinación de la edad en que el consentimiento es relevante era una cuestión que caía primariamente dentro de la competencia de las autoridades nacionales⁶⁷. Por su parte, con anterioridad a esa decisión, la Comisión Europea de Derechos Humanos estimó que el establecimiento de esa edad en los 21 años por la legislación inglesa, aunque anormalmente alto en comparación a los demás estados europeos, había sido adoptado por el Parlamento en consideración a la vulnerabilidad de las personas de entre 18 y 21 años⁶⁸. A la luz de esa decisión, la Comisión validó después el límite de 18 años establecido por el §209 del Código Penal austríaco⁶⁹. Sin embargo, en su informe recaído en el caso *Sutherland v. The United Kingdom* de 1 de julio de 1997, la Comisión consideró que las razones ofrecidas por el gobierno británico como fundamento de la prohibición absoluta de realizar acciones homosexuales con menores de 18 años no ofrecían una justificación razonable y objetiva. Esas razones eran (i) que algunos hombres cuya edad oscila entre los 16 y los 18 años no tienen definida su orientación sexual, por lo que son vulnerables a acciones que pueden posteriormente perjudicarlos, y (ii) que la sociedad está legitimada para expresar su desaprobación de la conducta homosexual y su preferencia de que los niños sigan un modo de vida heterosexual. En opinión de la Comisión:

...ninguno de los argumentos ofrece una justificación razonable y objetiva para mantener una edad diferente para el consentimiento de actos homosexuales y heterosexuales o que mantener esa diferenciación de edad sea proporcionada a algún propósito legítimo al cual sirva. En lo que respecta al primer argumento, se concedió en los debates parlamentarios que la actual opinión médica considera que la orientación sexual se encuentra fijada en ambos sexos y a la edad de 16 años y que los hombres de edad entre 16 y 21 años no se encuentran en una especial necesidad de protección frente al riesgo de ser “reclutados” en la homosexualidad. (...)

En lo que se refiere al fundamentode la segunda razón—la alegada facultad de la sociedad para indicar desaprobación de la conducta homosexual y su preferencia por un estilo de vida heterosexual—, la Comisión no puede aceptar que esto pudiera en caso alguno constituir una justificación objetiva o razonable para la falta de igualdad del tratamiento bajo la ley penal. Como la Corte observó en su sentencia *Dudgeon* en el contexto del Artículo 8 (art. 8) de la Convención: “Desincriminación” no implica aprobación, y el temor de que ciertos sectores de la población puedan inferir de la reforma de la legislación conclusiones equivocadas a este respecto no brinda una buena razón para mantenerla en vigencia con todas sus injustificables características⁷⁰.

El caso *Sutherland* no fue resuelto por la Corte en vista de que el Parlamento inglés redujo la edad requerida para el consentimiento del menor a los 16 años mediante una reforma legal que entró en vigor el 8 de enero de 2001⁷¹. No obstante, respecto de otro caso de aplicación de la ley inglesa previa a la reforma de 2001 la Corte consideró el año 2004, tal como lo hiciera la Comisión en el caso *Sutherland*, que la diferencia de edad para el consentimiento de actos homosexuales

67 *Dudgeon v. The United Kingdom*, sentencia de 22 de octubre de 1981 (N°7525/76), 62.

68 *X. v. the United Kingdom* (N°7215/75).

69 *W. Z. v. Austria* (N° 17279/90); *H. F. v Austria* (N°22646/93).

70 *Sutherland v. The United Kingdom* (N°25186/94), 64-65.

71 *Sutherland v. The United Kingdom* (N° 25186/94), sentencia de 27 de marzo de 2001. La reforma legal de 2001 quedó consolidada en el Reino Unido con la entrada envigencia de la Ley de Ofensas Sexuales de 2003, uno de cuyos principios fundamentales es la ausencia de toda diferenciación basada en consideraciones de género, sexo u orientación sexual. Al respecto, Raimond Card, *Sexual Oences -The New Law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2004, especialmente p. 63 s.

y heterosexuales constituía una violación del artículo 14 en conexión con el artículo 8, ambos del Convenio Europeo, y ordenó al Reino Unido pagar costas procesales e indemnización de perjuicios al recurrente⁷².

Entre uno y otro caso, la Corte conoció tres reclamos en contra de Austria, por aplicación del §209 del Código Penal. La decisión de esos reclamos tuvo lugar con posterioridad a la derogación del §209 y la introducción del nuevo §207b en 2002. En lo pertinente, al resolver los reclamos en contra de Austria la Corte sostuvo lo siguiente:

Lo que es decisivo es si había una justificación razonable para que hombres jóvenes en el margen de edad de 14 a 18 años necesitaran protección frente a relaciones sexuales con hombres adultos, mientras que las mujeres jóvenes del mismo margen de edad no necesitaban tal protección frente a hombres o mujeres adultas. En conexión con esto, la Corte reitera que el ámbito del margen de apreciación dejado al estado contratante variará conforme a las circunstancias, la materia y el trasfondo; a este respecto, uno de los factores relevantes puede ser la existencia o no existencia de una base común entre las leyes de los estados contratantes (...)

El Gobierno descansó en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1989, la que consideró que el artículo 209 del Código Penal era necesario para evitar “una peligrosa presión ... puesta por experiencias homosexuales sobre el desarrollo sexual de hombres jóvenes”. No obstante, este punto de vista ha quedado superado por el debate parlamentario en 1995 sobre una posible derogación de la disposición. Tal como fue correctamente destacado por los reclamantes, la vasta mayoría de los expertos que ofrecieron evidencia en el Parlamento claramente se pronunciaron a favor de una misma edad de consentimiento, encontrando en particular que la orientación sexual se encuentra en la mayor parte de los casos establecida antes de la edad de la pubertad y que la teoría de que los adolescentes masculinos son “reclutados” en la homosexualidad ha quedado por lo tanto desaprobada. A pesar de su conocimiento de estos cambios en la perspectiva científica al asunto, el Parlamento decidió en noviembre de 1996, esto es, brevemente antes de las condenas de los reclamantes en enero y febrero de 1997, mantener el artículo 209 en el texto legal.

En la medida en que el artículo 209 del Código Penal consagró un prejuicio predispuesto por parte de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, estas actitudes negativas no pueden por sí mismas ser consideradas por la Corte como justificación suficiente para el tratamiento diferenciado, no más que actitudes negativas similares respecto de aquellos que pertenecen a una diferente raza, origen o color (...)⁷³.

5.8. Las consideraciones de la Comisión y de la Corte del sistema europeo de derechos humanos son enteramente aplicables a la decisión del legislador chileno de 1999 en orden a establecer un precepto legal que prohíbe el acceso carnal a menores de 18 pero mayores de 14 años. La edad de 18 años como límite para la relevancia del consentimiento en el acceso carnal homosexual difiere abiertamente de la edad de 14 años como límite para el consentimiento relevante al acceso carnal heterosexual⁷⁴. Y a la luz de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de ese precepto el legislador no ofreció justificación razonable y objetiva alguna para esa establecer esa diferencia.

72 *B.B. v The United Kingdom* (N°53769/00), sentencia de 10 de febrero/7 de julio de 2004.

73 *L.and V. v. Austria*, 9 de enero de 2003 (N°39392/98 y 39829/98), 49, 51, 65-66; seguido en *Wolfmeyer v. Austria*, 26 de mayo de 2005 (N°5263/03).

74 En el contexto de la Ley 19.617 el contraste era aun más radical, pues la edad que servía de límite para el consentimiento relevante al acceso carnal heterosexual era de 12 años.

Tal como lo observó la Comisión siguiendo la sentencia de la Corte en el caso *Dudgeon*, la razón esgrimida por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados para establecer tanto esta prohibición como la prohibición especial de realización de acciones homosexuales en público con ofensa del pudor es inaceptable por innecesaria y desproporcionada: no es legítimo afectar la vida privada de las personas como medio para hacer valer la desaprobación estatal del modo de vida homosexual.

6. TERCERA CAUSAL DE INCONSTITUCIONALIDAD: DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL

6.1. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos reseñada en la sección anterior califica la diferenciación de la edad del consentimiento homosexual y heterosexual como una infracción al artículo 14 del Convenio. Dicho precepto es del siguiente tenor:

Artículo 14 Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

La referencia que este precepto hace a los derechos y libertades del Convenio convierte la prohibición de discriminación en un estándar de control de la justificación de las restricciones que los estados impongan al goce o ejercicio de esos derechos (una "restricción-de-restricciones"). Por esa razón, la infracción al artículo 14 siempre debe examinarse en conexión con la afectación de un derecho del Convenio.

Distinto es el caso del artículo 19 N°2 de la Constitución Política. Esta disposición asegura a todas las personas "la igualdad ante la ley" y en consecuencia prohíbe a la ley y a toda autoridad "establecer discriminaciones arbitrarias". En otras palabras, incluso si se estima que el derecho a la vida privada consagrado en el artículo 19 N°4 de la Constitución no protege un ámbito de autonomía personal, cabe examinar la arbitrariedad del trato diferenciado otorgado por el Código Penal al consentimiento de los menores de edad para el acceso carnal heterosexual y homosexual⁷⁵.

6.2. Como se ha dicho tantas veces, el artículo 365 establece un tratamiento anómalo en el contexto de la regulación de los delitos de significación sexual, al que sólo se encuentra sometido al acceso carnal homosexual masculino. El consentimiento de la mujer menor de 18 años pero mayor de 14 años al acceso carnal excluye la punibilidad de quien interactúa sexualmente con ella. El consentimiento del hombre menor de 18 años pero mayor de 14 años al acceso carnal, por el contrario, deja intacta la punibilidad de quien interactúa con él. Se trata, pues, de una severa diferenciación en el tratamiento jurídico-penal de unas y otras acciones sexuales, que no sólo restringe la autonomía de quienes intervendrían en el acceso carnal del menor desempeñando el papel activo, sino también del propio menor, por declarar irrelevante su consentimiento.

6.3. Del examen de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.917 se desprende inequívocamente que el legislador consideraba que el acceso carnal homosexual masculino constituía "una falta ética", algo que "no es normal", una "relación anormal", "un delito en cuanto implica la realización de un acto contra la naturaleza", "un acto intrínsecamente negativo", "algo malo", "una conducta que es naturalmente desviada" (sección 5.4). Dada la ausencia de una justificación racional y objetiva de la mayor necesidad de protección de los hombres adolescentes en

⁷⁵ Lo mismo cabe decir de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 24) y de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26).

comparación con las mujeres adolescentes, debe deducirse que fue esta consideración lo que motivó al legislador a establecer la diferencia en cuanto a la edad de consentimiento del menor. El propósito del legislador refleja inequívocamente una actitud negativa de la mayoría heterosexual respecto de la minoría homosexual. En otras palabras, se trata de un acto legislativo de manifiesta discriminación por razón de orientación sexual. Eso infringe la prohibición de discriminación del artículo 19 N°2 de la Constitución.

Esta conclusión compartida por el Comité sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas. En su informe de 2 de febrero de 2007 se expresa:

[P]reocupa al Comité que las relaciones homosexuales, inclusive entre personas menores de 18 años de edad, se sigan penalizando, lo que supone una discriminación sobre la base de la preferencia sexual⁷⁶.

6.4. Como parte integrante del fin de discriminación por razón de orientación sexual merece particular atención el propósito específico de bloquear un eventual proceso social de reconocimiento de la igualdad de las orientaciones sexuales minoritarias mediante el establecimiento –o mantención– de una norma penal. Es inequívoco que parte considerable de quienes votaron a favor del proyecto propuesto por la Comisión Mixta, que incluía el nuevo artículo 365 propuesto por la Cámara de Diputados lo hicieron con ese fin preciso. En especial, los senadores que en segundo trámite constitucional se opusieron a la sustitución del inciso primero del artículo 365 a ese entonces vigente y que terminaron aprobando dicha sustitución en los términos propuestos por la Comisión Mixta, lo hicieron bajo la convicción de que de ese modo lograban mantener en el sistema jurídico, aunque parcialmente, el carácter prohibido de la homosexualidad. Y la razón de su interés en ello era bloquear reclamos de reconocimiento judicial de las orientaciones sexuales minoritarias. Bajo el principio constitucional de prohibición de discriminación arbitraria cabe decir de esta justificación del artículo 365 lo mismo que en su momento dijo la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica respecto de un proyecto de enmienda constitucional del Estado de Colorado y que la Jueza O'Connor aplicó a la prohibición de la sodomía del Estado de Texas:

La desaprobación moral de este grupo [los homosexuales], en tanto deseo puro y simple de perjudicar al grupo, es un interés que resulta insuficiente para satisfacer el control de base racional bajo la cláusula de la igual protección (...). En efecto, jamás hemos sostenido que la desaprobación moral, sin otro interés estatal, sea una razón suficiente bajo la cláusula de igual protección para justificar una ley que discrimina entre grupos de personas.

La desaprobación moral de un grupo no puede ser un interés gubernamental legítimo bajo la cláusula de igual protección porque las clasificaciones legales no deben "estar diseñadas con el propósito de desaventajar el grupo agraviado por la ley". La invocación de Texas de la desaprobación moral no prueba más que el deseo de Texas de criminalizar la sodomía homosexual. Pero la cláusula de igual protección impide que un Estado cree "una clasificación de personas emprendida sin otra razón" (...). Y porque Texas raramente aplica su ley sobre la sodomía (...) la ley sirve más como afirmación de disgusto y desaprobación contra homosexuales que como una herramienta para detener el comportamiento criminal. La ley sobre sodomía de Texas "conduce a la

⁷⁶ Comité de Derechos del Niño, 44° período de sesiones, Examen de los informes presentados por los estados partes con arreglo al Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Chile (CRC/C/CHL/CO/3), párrafo 29.

inevitable inferencia de que la desventaja impuesta nace de la animosidad contra la clase de personas afectadas⁷⁷.

7. IMPROCEDENCIA DE UNA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

7.1. Una manera de evitar la conclusión afirmada en las secciones 5 y 6 es sostener una interpretación del artículo 365 conforme a la Constitución. Tal sería una interpretación restrictiva de la disposición, que le atribuyera el carácter de norma prohibitiva de un delito de lesión opuesta en peligro concreto de algún interés personalísimo del menor. Como arriba se señaló (sección 2.2), al menos un autor chileno ha propuesto una interpretación de esas características. Esa interpretación consiste en atribuir al artículo 365 el sentido de una norma que prohíbe la causación al menor –se entiende, mediante el acceso carnal– de una afectación psíquica o emocional que altere el normal desarrollo de su sexualidad⁷⁸. En virtud de su propuesta interpretativa el autor no denomina a este delito como “sodomía”, sino como “corrupción de menores”⁷⁹. La interpretación no es sin embargo contextualmente verosímil y lamentablemente se mantiene en tensión con la prohibición constitucional de discriminación.

La interpretación no es verosímil a la luz del contexto regulativo. La consideración de la producción de un efecto psíquico dañino como resultado típico de un delito de significación sexual es por completo ajena a la regulación del Código Penal chileno. Conforme al modelo regulativo dominante en el derecho penal occidental desde fines del siglo XV, el Código Penal chileno tipifica y sanciona casos de abuso, es decir, de interacción contraria a la voluntad del afectado⁸⁰. Ciertamente, tratándose de los menores impúberes la ley no exige la concurrencia de alguna circunstancia abusiva o medio comisivo abusivo adicionales a la realización de la acción de significación sexual con ese menor. Por eso se habla de la “indemnidad” o “incolumidad” sexual del menor impúber como fin de protección de la norma, y no de su libertad o autonomía sexual. La relación que existe entre la indemnidad sexual del menor impúber y la autonomía sexual de los menores púberes o de los adultos, consideradas como fines de protección de la ley penal, es una cuestión controvertida. Una de las explicaciones de esa relación consiste en sostener que en ambos casos el fin de protección es la evitación de daño psíquico, el cual la ley asocia al contacto sexual (menores impúberes) o al abuso sexual (menores púberes, adultos). Naturalmente, ésta es la explicación a la que adhiere el autor de la propuesta interpretativa que se comenta⁸¹. Cualquiera sea la pertinencia y relevancia que se asigne a esta idea, lo cierto es que en ninguno de los dos grandes grupos de delitos de significación sexual ella ha conducido a la tipificación de ese daño psíquico como elemento del tipo, ya se sea en la calidad de resultado –como delito

77 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S.-558, 582-583 (2003) (traducción suplida); las frases entre comilladas proceden de Romerv. Evans, 517 U.S. 620 (1996).

78 Rodríguez Collao, op. cit. supra, nota 21, p. 253. En estricto rigor, la expresión del autor no exige la constatación de un resultado de daño psíquico del menor. Su expresión podría entenderse en el sentido de implicar una concepción del atentado al menor como delito de peligro concreto en un sentido doble: en tanto sólo exige (i) que el menor tenga una condición personal tal que lo ponga en situación de poder ser afectado psíquica o emocionalmente en términos tales (ii) que dicha afectación pueda alterar el normal desarrollo de la sexualidad del menor.

79 Esa denominación correspondía a una de las hipótesis alternativas del artículo 367 del Código Penal de 1875: “Art. 367. El que habitualmente o con abuso de autoridad o confianza, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, sufrirá las penas de presidio mayor en cualquiera de sus grados y multa de veintiuno a treinta sueldos vitales”. La Ley 19.617 derogó esa hipótesis.

80 Incluso el nuevo Código Penal francés de 1994, que sistematiza las “agresiones sexuales” como una subcategoría de los “atentados a la integridad física o psíquica de la persona” (Sección del Capítulo del Título del Libro , artículos 222-23 a 222-33), define las agresiones sexuales atendiendo a la concurrencia de circunstancias o medios de comisión, y no al resultado de daño psíquico: “Constituye una agresión sexual todo atentado sexual cometido con violencia, constreñimiento, amenaza o sorpresa” (artículo 222-23).

81 Op. cit., p. 91-94

de lesión o de peligro concreto-, o de idoneidad de la acción para causar ese resultado–como delito de peligro concreto⁸². Ni siquiera la hipótesis de favorecimiento o promoción de la corrupción de un menor prevista por el Código Penal de 1875 prohibía la causación de ese resultado⁸³. El hecho de que la ley 19.927 haya introducido una referencia a la “integridad sexual” en el epígrafe del Título V no altera lo dicho. Su introducción tuvo por objetivo efectuar una mención comprensiva por igual de los atentados contra la indemnidad sexual del menor impúber y los atentados contra la libertad sexual del menor púber y el adulto, desligada de la idea de la protección de la moralidad pública⁸⁴. Es decir, dejó subsistente la división sistemática entre delitos de simple interacción de significación sexual (impúberes) y delitos de abuso (adultos y púberes). La interpretación del artículo 365 como una norma que prohíbe la causación de un daño psíquico al menor es inconsistente con esa división sistemática.

La interpretación se mantiene además en tensión con la prohibición constitucional de discriminación. Como es obvio, para evitar esa tensión tendría que ser posible distinguir el efecto psíquico dañino del menor de un posible efecto de desencadenamiento o intensificación de una disposición en el menor hacia la práctica del sexo con hombres. De otro modo, es decir, en la medida en que esa disposición sea considerada como el daño que la ley pretende prevenir se incurre en la misma violación de la igualdad ante la ley denunciada en la sección precedente. Considerar como dañinos *per se* el desencadenamiento o la intensificación de la condición o la inclinación homosexual implica incurrir en discriminación por razón de orientación sexual.

Desde luego, el legislador chileno no efectuó esa distinción. Para los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, autores originarios del artículo 365, el daño que podría producir en el menor una relación homosexual

82 Para un examen crítico de la idea, Antonio Bascañán Rodríguez, “Problemas básicos de los delitos sexuales”, en: Revista de Derecho-Universidad Austral de Chile, Número Especial, agosto de 1997, p. 73.

83 Un sector de la doctrina chilena la interpretó de ese modo para restringir su aplicación en vistas de la magnitud de la pena (así, Manuel Angel González Jara, El delito de promoción o facilitación de corrupción o prostitución de menores, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, especialmente pp. 90-102). Pese a su loable propósito práctico, esa interpretación era errada. El delito de favorecimiento o promoción de la corrupción de menores no era más que la alcahuetería, es decir, un modo informal –no organizado como explotación– de poner en contacto a adultos con menores. Por esa razón la ley penaba al favorecedor o promotor de la corrupción y no al corruptor, y por eso la ley exigía habitualidad o abuso de confianza como elementos del tipo, dos datos que resultaban inexplicables para la concepción de la corrupción como causación de grave daño psíquico. Históricamente considerada, la sanción penal del favorecimiento o promoción de la corrupción se explica como una compensación normativa de la derogación de la norma que sancionaba el estupro por seducción, esto es, la iniciación sexual extra-matrimonial. Por supuesto, lo incomprensible del Código Penal chileno era la magnitud de la pena impuesta. La comparación con sus fuentes materiales demuestra que se trata de un error en la fijación del texto originario: la pena que correspondía era la de presidio menor (no mayor) en cualquiera de sus grados. Siguiendo de cerca al Código Penal de Napoleón de 1810, que sancionaba el comportamiento con prisión de 6 meses a 2 años, el Código Penal belga de 1867 lo sancionó con pena de 3 meses a 2 años (artículo 379) y el Código Penal español de 1850, con pena de prisión correccional (artículo 367), que duraba de 7 meses 3 años (artículo 26). Ese error nunca ha sido corregido por el legislador chileno. La idea de la corrupción como daño psíquico del menor sólo ha venido a consagrarse recientemente en España, después de la derogación de la hipótesis respectiva con ocasión de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal en 1995, con la introducción por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de julio, de un precepto legal del siguiente tenor: “El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año” (Art. 189-4, actualmente vigente en la versión debida a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre). La doctrina española se ha manifestado crítica frente al precepto (Tomás Vives Antón et al., Derecho Penal-Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 283).

84 “La indicación N°7, del Honorable Senador señor Ominami, intercala un número nuevo que reemplaza el epígrafe del Título V del Libro , actualmente denominado “Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública”, agregando también la integridad sexual. La Comisión acogió la sugerencia, ya que actualiza la nomenclatura del Código Penal, y el concepto de “integridad sexual” comprende tanto la libertad como la indemnidad en esta materia, que se ven protegidas por distintos tipos penales que allí se contemplan. Fue aprobada, en forma unánime, con los votos de los Honorables Senadores señores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Viera-Gallo” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°19.927, Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, 14 de enero de 2004, p. 326-327).

consistía precisamente en generar un hábito homosexual (sección 5.4). La pregunta relevante es si está al alcance del intérprete ofrecer bases seguras para hacer distinción y así dotar al artículo 365 de una justificación racional que satisfaga las exigencias constitucionales. La doctrina que ha reparado en la posibilidad de esta vía interpretativa se divide al respecto. El autor que la defiende apela a la consideración de la edad y del estado o experiencia sexual del menor como criterios para constatar un daño al normal desarrollo de su sexualidad⁸⁵. Los demás autores son escépticos acerca de la neutralidad o independencia del concepto de daño al normal desarrollo de la sexualidad respecto de la moral social dominante⁸⁶.

En todo caso, desde un punto de vista sistemático la mejor versión de esta interpretación consistiría en sostener que el artículo 365 exige la constatación en el caso concreto de la clase de efecto psíquico que se presupone que causaría a un menor impúber el contacto con la sexualidad adulta y que constituye la razón de la prohibición absoluta de los artículos 362, 365 N°2, 366 bis y 366 quáter incisos primero y segundo del Código Penal. Eso exige constatar la prolongación de una condición sexual infantil en el menor púber que es objeto del acceso carnal. Así lo sostiene el autor que la defiende, exigiendo además que esa condición del menor sea conocida por autor del delito con la certeza que es propia del dolo directo⁸⁷. Esta exigencia hace que esta interpretación se acerque a la otra posible interpretación restrictiva del artículo 365.

7.2. La interpretación del artículo 365 del Código Penal como una norma que prohíbe un atentado sexual contra un menor no implica necesariamente asumir que ese atentado consiste en la producción de un cierto efecto psíquico sobre el menor. También es posible interpretarlo como un delito de abuso del menor.

La atribución al artículo 365 de la suposición de un medio o circunstancia constitutivos de abuso no ha sido hasta el momento desarrollada por la doctrina⁸⁸. Sin embargo, puede entenderse como avalada contextualmente por la gradación decreciente de gravedad comparativa del abuso que se encuentra en los artículos 361, 362 y 363, todos ellos referidos al acceso carnal jurídico-penalmente prohibido. Bajo esta consideración contextual, el artículo 365 pertenece al sistema de los delitos de atentado sexual constitutivos de acceso carnal, cerrándolo en su calidad de delito de abuso menos grave de dicho sistema. Es decir, se trataría de un delito de abuso innominado.

La existencia de un delito de abuso sexual innominado no es una novedad en el Derecho Penal chileno. Entre 1875 y 1999, el delito de abusos deshonestos, previsto y sancionado por el artículo

85 Rodríguez Collao, op. cit. supra, nota 21, p. 253.

86 Jaime Couso, op. cit. supra, nota 63; José Luis Guzmán Dálbora, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, Año 2000, pp. 127, también en: Anuario de Derecho Penal, Lima (1999-2002) p. 201; Antonio Bascuñán Rodríguez, "El derecho penal moderno: ¿Afirma seriamente lo que dice?", en: Marcelo Alegre y otros, Derecho y Sexualidades, cit. supra, nota 63, p. 209.

87 Op. cit., loc. cit. La exigencia en cuestión tenía un sentido práctico en su contexto originario, que se ha perdido. A la fecha de publicación de la primera edición de la obra del autor (2000) el criterio legal para distinguir entre menores impúberes y púberes correspondía al cumplimiento de los 12 años de edad. Por tal razón, el principal campo de aplicación del artículo 365 conforme a esta tesis se encontraba en el acceso carnal a menores de 12 o 13 años de edad, comportamiento actualmente constitutivo de violación en virtud de las modificaciones introducidas por la Ley 19.927.

88 La razón de esta inadvertencia parece encontrarse en la tesis compartida por los autores de que el comportamiento tipificado en el artículo 365 presupone que el menor que es objeto de acceso carnal consienta en dicho acceso (así, Bullemore y Mackinnon, op. cit. supra nota 20, p. 167; Garrido Montt op. cit., supra, nota 21, p. 433; Rodríguez Collao, op. cit., supra nota 21, p. 250). Esa tesis no es correcta: del hecho de que el autor no incurra en un abuso como los constitutivos de violación o estupro no se sigue que el menor no pueda ser objeto de otro abuso, que obsta a su consentimiento. Por ejemplo, no todas las amenazas condicionales (artículos 296 N°1 y 2, 297 del Código Penal) son constitutivas de fuerza o intimidación en el sentido del artículo 361 N°1 del Código Penal.

366, tuvo precisamente ese carácter tratándose de los menores de edad púberes como víctimas. Durante todo ese tiempo, el Código Penal chileno sancionó al que “abusare deshonestamente” de un menor de 18 años pero mayor de 12 años (artículo 366 inciso primero). En su mejor interpretación esa fórmula debía entenderse como descriptiva del comportamiento consistente en realizar abusivamente en contra de otro una acción sexual. Fuera de los casos en que el abuso correspondía a los medios o circunstancias del delito de violación, que eran sancionados más severamente por el inciso segundo del precepto, la ley no precisaba qué contaba como “abusar”. Una de las principales contribuciones de la Ley 19.917 fue determinar el contenido más relevante de ese abuso innominado, tipificándolo a propósito del delito de estupro (artículo 363). Tratándose de los abusos sexuales constitutivos de acceso carnal a un hombre menor de 18 años pero mayor de 14 años, sin embargo, conforme a esta interpretación la Ley 19.917 habría dejado subsistente el carácter innominado del abuso. Así interpretado, el actual artículo 365 no sería simplemente la continuación de parte del antiguo artículo 365, sino de una fusión entre parte del antiguo artículo 365 y parte del antiguo 366 inciso primero.

La pregunta que abre esta interpretaciones, obviamente, cómo identificar esos modos de abuso no explicitados por el legislador. La respuesta sólo puede ser contextual. En el contexto del Código Penal chileno, la única manera de identificar estos modos de abuso sería mediante un argumento *a contrario*, es decir, constatándolos modos de interacción con manipulación del menor que no son recogidos por los demás delitos de abuso. Tales serían, por ejemplo, (i) las amenazas que no sean constitutivas de intimidación en el sentido del artículo 361, (ii) el abuso de un desamparo del menor que no sea grave en el sentido del artículo 363 N° 3, (iii) el engaño del menor que no implique abuso de su inexperiencia o ignorancia sexual en el sentido del artículo 363 N°4, (iv) el abuso de la inexperiencia o ignorancia sexual del menor que no constituya engaño, en el mismo sentido, (v) el intercambio abusivo que se considere como no comprendido por el artículo 367 ter.

Otra manera de identificar esos modos de abuso sería acudiendo al derecho comparado. Así, el §182-del Código Penal alemán y el §207b-del Código Penal austríaco permiten identificar como modos de abuso no tipificados en los artículos 361, 363 y 367 ter el aprovechamiento de la falta de capacidad de autodeterminación sexual de la víctima –en la formulación alemana– o el aprovechamiento de la falta de madurez de la víctima consistente en su falta de capacidad para comprender el sentido del comportamiento y de actuar conforme a ello –en la formulación austríaca–, como asimismo el aprovechamiento de la superioridad en razón de una mayor edad.

7.3. Es cierto que los problemas de la afectación al derecho a la vida privada y al derecho a la igualdad ante la ley se ven reducidos si se interpreta el artículo 365 como un delito de abuso innominado (sección 7.2), e incluso si se lo interpreta como un delito de daño psíquico en términos tales que no sean discriminatorios respecto de la homosexualidad (sección 7.1). En ningún caso, sin embargo, esos problemas quedan eliminados o resueltos.

La relativa indeterminación del ámbito de alcance de la norma a la que conducen ambas interpretaciones restrictivas del artículo 365 resulta particularmente grave en atención a la potencialidad discriminatoria es su aplicación. Esto es manifiesto respecto de la primera interpretación restrictiva, en la medida en que la imputación del daño psíquico al acceso carnal realizado por el imputado o acusado como su causa será en los hechos indistinguible de la producción de ese daño por la reacción hostil o escandalizada del medio, con posterioridad al acceso carnal, o incluso por la exposición del menor a las actuaciones de la investigación y el juicio. En tales circunstancias, es altamente probable que el prejuicio y la animadversión compensen esa dificultad o refutación probatoria. Pero también la segunda interpretación restrictiva se encuentra expuesta a esta objeción. El carácter abierto del catálogo de posibles circunstancias o

medios comisivos abusivos genera el evidente riesgo que se atribuya relevancia como indicación de abuso a cualquier accidente o circunstancia del caso, por más intrascendente que haya sido en los hechos, compensando la reprobación moral del carácter homosexual del contacto con el menor su insignificancia como modo ilegítimo de interacción.

7.4. Finalmente, incluso prescindiendo de las consideraciones anteriores, permanece como objeción a cualquier interpretación restrictiva el hecho indementible de que la ley atribuye relevancia lesiva a un determinado aspecto de comportamiento de significación sexual –el daño psíquico– causado al menor, circunstancias o modos abusivos de comisión– exclusivamente tratándose del acceso carnal homosexual.

La interpretación restrictiva basada en la apreciación de un daño psíquico implica injustificadamente que el acceso carnal homosexual, incluso cuando es consentido y deseado por el menor, es portador de una potencialidad lesiva única, una capacidad de producir daño que la ley no advierte en ningún otro comportamiento de significación sexual. Por su parte, la interpretación–basada en la apreciación de un abuso innominado supone incongruentemente que sólo respecto del acceso carnal homosexual son relevantes modos de interacción que la ley ha declarado *a contrario sensu* irrelevantes respecto de toda otra acción de significación sexual. Esa falta de justificación y esa incongruencia sólo pueden explicarse como consecuencias de una reprobación moral de la homosexualidad masculina. Pero eso constituye trato discriminatorio por razón de orientación sexual.

Tal como la evolución del Derecho Penal comparado lo demuestra en los ejemplos de Alemania, Austria y el Reino Unido, la única legislación penal del comportamiento sexual congruente con el derecho a la igualdad ante la ley es la que no hace diferencias por razón de género u orientación sexual.

8. CONCLUSIONES

8.1. En el derecho comparado es reconocible un proceso evolutivo de reconocimiento de la preponderancia de los valores de la autonomía personal y la igualdad de trato en relación con la prohibición de las acciones homosexuales. En los sistemas jurídicos donde la homosexualidad masculina se encontraba prohibida penalmente esa prohibición fue derogada y sustituida por otra, referida a acciones sexuales con menores de edad; posteriormente, esta prohibición fue a su vez derogada y sustituida por una prohibición de abuso de menores que no discrimina entre la homosexualidad y la heterosexualidad. En el caso de Alemania ese tránsito fue efectuado por el legislador (1975, 1994). En el caso de Austria el primer paso del proceso fue dado por el legislador (1974) y el segundo fue constreñido por el Tribunal Constitucional (2002). En el caso del Reino Unido, los dos pasos fueron constreñidos por las instituciones del sistema europeo de derechos humanos, la Corte (1981) y la Comisión (1997).

8.2. Chile sólo ha dado el primer paso. Lo hizo con la entrada en vigencia de la Ley 19.617, en 1999, 25 años más tarde que Austria y Alemania y casi 20 años más tarde que el Reino Unido. Todas las razones hechas valer por la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos para declarar la incompatibilidad de las normas austríaca e inglesa con el Convenio Europeo de Derechos Humanos son aplicables al artículo 365 del Código Penal chileno en relación con los artículos 19 N°2 y 19 N°4 de la Constitución Política, los artículos 11-2 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y los artículos 17 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El establecimiento de un límite de edad para la relevancia del consentimiento del menor a acciones homosexuales distinto del límite establecido para su consentimiento a acciones heterosexuales carece de justificación y constituye una discriminación

arbitraria; eso hace inconstitucional la afectación a la vida privada que conlleva la aplicación del artículo 365 del Código Penal.

8.3. En el contexto de la Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el argumento anterior no sólo vale como demostración de una afectación injustificable de la vida privada, sino además como demostración de una infracción directa de la prohibición general de discriminación arbitraria.

8.4. La afectación injustificada de la vida privada y la infracción de la prohibición general de discriminación arbitraria podrían ser reducidas en su intensidad mediante una interpretación restrictiva del artículo 365. Pero en cualquiera de sus alternativas esa interpretación conduce a una situación de indeterminación normativa que es particularmente grave por el peligro de aplicación discriminatoria que es inherente a la disposición.

8.5. En todo caso, ninguna de las interpretaciones restrictivas elimina el hecho crucial de que la regulación consagrada en el artículo 365 otorga al acceso carnal homosexual un trato jurídico penal diametralmente opuesto al trato otorgado al acceso carnal heterosexual. Esa diferenciación de trato no tiene otra explicación que la expresión de reprobación de la homosexualidad masculina. Eso la constituye en un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

8.6. Independientemente de los argumentos anteriores, a consecuencia de la entrada en vigencia del artículo 4° de la Ley 20.084, la aplicación del artículo 365 del Código Penal genera un trato discriminatorio del autor del delito atendiendo a su edad que es enteramente arbitrario. Esta es la razón por la cual el Tribunal Constitucional de Austria declaró inconstitucional el §209 del Código Penal austríaco.

Santiago de Chile, 12 de octubre de 2010.



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl