



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

La aplicación de la alevosía en los delitos sexuales Análisis reflexivo y crítico en torno al artículo 368 bis nº1

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas de la
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Alumna: Alejandra Pizarro Vergara
Profesor: Luis Rodríguez Collao

Valparaíso, Agosto de 2014

ÍNDICE

Introducción	3
CAPITULO I	5
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL:	
LA ALEVOSÍA EN PARTICULAR	5
1. Importancia de las circunstancias modificatorias en la responsabilidad penal	5
2. Concepto, características y clasificación de las circunstancias modificatorias	6
3. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Aspectos generales	8
4. Naturaleza fundamento y clasificación de las circunstancias agravantes.....	9
5. La alevosía	10
a. Concepto de alevosía	10
b. Evolución histórica de la alevosía	11
c. Naturaleza jurídica de la alevosía	14
d. Modalidades de la alevosía.....	16
e. Elementos de la alevosía.....	19
f. Ámbito de aplicación de la alevosía.....	23
CAPITULO II.....	25
APLICACIÓN DE LA ALEVOSÍA EN LOS DELITOS SEXUALES.....	25
1. Bien jurídico protegido.....	25
a. La libertad Sexual.....	25
b. La indemnidad sexual.....	26
c. La integridad sexual.....	27
2. Compatibilidad de la alevosía con otras agravantes.....	28
a) Artículo 12 nº6 del CP	29
b) Artículo 12 nº7 del CP	30
c) Artículo 12 nº8 del CP	30
d) Artículo 12 nº11 del CP	31
e) Artículo 12 nº 12 del CP.....	31
f) Artículo 12 nº 18 del CP	32
3. Clasificación de los delitos sexuales.....	32
a) Exclusión de la aplicación de la alevosía en determinados delitos de connotación sexual ..	32
b. Aplicación de la alevosía en el delito de violación.....	34
c. Aplicación de la alevosía en el delito de abuso sexual	38
d. Aplicación de la alevosía en el delito de producción de pornografía infantil.....	39
Conclusiones.....	42
Bibliografía.....	44

Introducción

La Ley N° 20.480, publicada el 18 de diciembre de 2010, se encargó de modificar el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar. En virtud de esta Ley N° 20.480 se introdujeron siete reformas al referido cuerpo legal, las cuales se encuentran dispersas tanto en la parte general, como en la especial.

Es necesario tener en consideración, que esta ley fue fruto de la preocupación que generaban (y siguen generando) los elevados índices de conductas violentas contra la mujer. Por ello, la parte nuclear de esta reforma, fue la tipificación del “femicidio” y como aspecto secundario, aparecen las otras reformas de carácter general, dentro de las cuales encontramos el reemplazo del antiguo artículo 368 bis, que señalaba literalmente *“En los delitos señalados en los dos párrafos anteriores serán circunstancias agravantes las siguientes: 1) Ser dos o más los autores del delito; 2) Que el delito se ejecute con desprecio de la presencia de menores de edad”*, por uno completamente nuevo.

Según consta en la historia legislativa¹, la justificación del reemplazo del artículo 368 bis, fue que la circunstancia primera del mismo, repetía la idea de las circunstancias 12 N°11 (actuar con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad) y la del 12 N°1 (actuar con alevosía), sobre todo de esta última, pues se considera que tienen el mismo fundamento: lograr la indefensión de la víctima y proporcionar la impunidad del delincuente.

Con base en lo anterior, y como consta también en la historia de la Ley², se discutió la posibilidad de introducir una norma legal que presumiera la alevosía en los casos en que se realizara un delito de índole sexual por dos o más autores, sin embargo, se descartó esta iniciativa, pues ello *“tuerce el sentido natural y obvio de la alevosía y puede terminar con problemas de tipicidad”*³. Por este motivo, se prefirió reemplazar el antiguo 368 bis, resultando el siguiente: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, en los delitos señalados en los párrafos 5 y 6 de este título, serán circunstancias agravantes las siguientes: 1) La 1ª del artículo 12; y 2) Ser dos o más los autores del delito”*

En relación con el numeral primero, la alevosía, se buscó solucionar el problema que se generaba con la aplicación de esta circunstancia como agravante genérica, porque ella está reservada sólo para los delitos contra las personas, contemplados en el título VIII de nuestro Código. Ahora, con este nuevo artículo se determina la aplicación expresa de la circunstancia a los delitos de connotación sexual de los párrafos quinto y sexto, teniendo siempre en consideración la regla contenida en el artículo 63 del Código Penal.

Por lo antes dicho, la alevosía podrá ser aplicable a este segmento de delitos, siempre, por una parte, que ella no esté incluida en la descripción típica y, por otra, que no

¹ Historia de la Ley N° 20.480 que modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, estableciendo el "Femicidio", aumentando las penas aplicables a este delito y reforma las normas sobre Parricidio, en *Segundo informe de la comisión de constitución*, p. 352.

² *Ibid*, p. 352.

³ *Ibid*.

sea de tal manera inherente al delito, que sin la concurrencia de ella aquél no pueda cometerse.

Pese a que la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado en extenso de la alevosía como agravante aplicable al título VIII⁴, no podemos predicar lo mismo respecto de su aplicación a los delitos de connotación sexual. Este desarrollo insuficiente⁵ de la “alevosía en los delitos sexuales”, se puede entender en virtud de la creación reciente del artículo y además, por los problemas que se generan en la práctica con la aplicación de la alevosía en este tipo de delitos.

El objetivo central de esta memoria es analizar el concepto de alevosía, precisar su contenido y su fundamento, determinar si se encuentra o no justificada su inclusión en el ámbito de los delitos sexuales y verificar si esta circunstancia tiene realmente posibilidades de ser aplicada en este sector del ordenamiento penal.

⁴ En doctrina nacional CURY, Enrique, *Derecho penal, parte general* (3ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011), GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal, parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004), NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, parte general*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) II, ZAPATA MEDINA, Jorge, *La Alevosía, obrar a traición o sobre seguro*, (Rancagua, Impresiones Antartida, 2012), entre otros. En cuanto a la jurisprudencia, hay una vasta cantidad de fallos respecto de la alevosía en delitos contra las personas, sobre todo cuando concurre como parte del tipo de homicidio calificado, pudiendo mencionar fallos tales como: c/ Betancourt Gamboa, SCA San Miguel Rol:1110-13 de fecha 07 de octubre de 2013; c/Rojas Salas Luis, SCA Talca Rol: 424-10, de fecha 18 de octubre de 2010 y c/ Leddy Araneda, Enrique y otros, SCS Rol: 4427-07 de fecha 28 de enero de 2009, entre otros. Textos completos de los fallos, disponibles en: < www.microjuris.cl >.

⁵ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil*, en *Revista de Derecho de Valdivia*, (Valdivia, 2013, pp. 145-166), RAMÍREZ, María Cecilia, *Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes*, en *Revista Político Criminal*, N° 4, A2 (2007), pp. 1-22. Disponible en: < http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_2_4.pdf > y SANTIBAÑEZ TORRES, María Elena y VARGAS PINTO, Tatiana, *Reflexiones en torno a las modificaciones para sancionar el femicidio y otras reformas relacionadas (Ley N° 20.480)*, en *Revista Chilena de Derecho* Volumen 38, N° 1 (2011), pp. 193-207, disponible en: < <http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v38n1/art13.pdf> >.

CAPITULO I

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: LA ALEVOSÍA EN PARTICULAR

1. Importancia de las circunstancias modificatorias en la responsabilidad penal

Al configurarse un hecho delictivo es posible que surjan coetáneamente diversos tipos de responsabilidad, tanto en materia penal, civil, administrativa e incluso política. Por lo tanto, cuando hablamos de responsabilidad penal, debemos pensar inmediatamente en que es una de las consecuencias jurídicas que trae aparejada la comisión de un delito y específicamente en su concreción, que se lleva a cabo mediante la imposición de una pena.

Nuestro ordenamiento jurídico no señala qué debe entenderse por responsabilidad penal, sin embargo, hay autores que han hecho ciertos alcances en torno a su concepción. ETCHEBERRY, por ejemplo, se refiere a ella como *“la situación jurídica en que se encuentra la persona obligada por la ley a someterse a la pena en ella prevista, que los órganos del Estado reciben la orden de imponerle”*⁶. Hay otro sector de la doctrina que la identifica con la culpabilidad, sin embargo, estas interpretaciones, en palabras de CURY, pugnan con disposiciones como la contenida en el artículo 489 del Código Penal⁷, que consagra una excusa legal absolutoria, en virtud de la cual se acepta de manera implícita que alguien pueda ser considerado irresponsable a pesar su culpabilidad. Por ello, el autor señala que la responsabilidad criminal está constituida por *“el conjunto de todos los presupuestos que han de concurrir para que el sujeto sea efectivamente pasible de la imposición de una pena, incluyendo también aquellos que no forman parte de la estructura del delito en sentido estricto, como las condiciones objetivas de punibilidad o la ausencia de excusas legales absolutorias en su caso”*⁸, definición que a nuestro juicio, está dotada de una mayor completitud y exactitud, características necesarias, al momento de hablar de la responsabilidad penal y de la pena, pues esta última se va a traducir en una privación o restricción de derechos que están constitucionalmente garantizados⁹.

En palabras del profesor RODRIGUEZ COLLAO, la noción de responsabilidad penal, ofrece un marco propicio para sistematizar no sólo los principios y normas que rigen la responsabilidad en sí misma, sino también, aquellos que rigen a la pena, la cual, como mencionamos anteriormente, es la concreción de este tipo de responsabilidad¹⁰.

Directamente relacionado con la responsabilidad, está el tema de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, instrumento que, según señala GARRIDO

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), II, p. 9.

⁷ En adelante CP.

⁸ CURY, Enrique, cit. (n.4), p. 784.

⁹ En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n.4), *Derecho Penal, parte general*, p. 257.

¹⁰ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Valparaíso, 2011, pp 397-428) p. 400.

MONTT, “*tienen por finalidad: determinar la mayor o menor gravedad del delito y la mayor o menor intensidad del reproche*”¹¹ quedando de manifiesto que su concurrencia no afecta la configuración del delito, sino el aumento o la disminución de la pena del mismo.

2. Concepto, características y clasificación de las circunstancias modificatorias

CEREZO MIR, señala que, desde un punto de vista material, consisten en “*un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal*”¹². Ahora bien, el profesor RODRÍGUEZ COLLAO señala, que este componente fáctico está a la base de este tipo de circunstancias y no siempre estará relacionado con la conducta delictiva o con los actos de los participantes del delito, sino que puede ser una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él¹³. Por su parte, Alicia GIL GIL, las define como “*todo hecho, condición o relación que la ley regula para modular sin excluir la magnitud de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad de un hecho delictivo*”¹⁴.

Desde una perspectiva jurídica, las circunstancias modificatorias actúan a nivel de efecto, de consecuencia. Manifestación de ello, es que el CP las trata como “*modificatorias de responsabilidad criminal*”¹⁵, denotando explícitamente su incidencia en el ámbito de la responsabilidad, provocando, bajo ciertas reglas, un aumento o disminución del *quantum* de la pena, lo cual revela su naturaleza como agente cuantificador en materia de responsabilidad penal. De lo anterior se concluye, que el ámbito de acción de las circunstancias modificatorias es precisamente en un nivel de cuantificación de la pena y no en la configuración del delito. Con base en lo anterior, se puede establecer de una manera conceptual que las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal son “*aquellos hechos, situaciones o datos, ajenos a la estructura del tipo, a los cuales la ley confiere la virtud de servir como instrumento de medición de la intensidad que ha de revestir la pena en cada caso concreto*”¹⁶.

De la definición dada anteriormente, es posible establecer de manera inductiva las características de las circunstancias antes mencionadas, pudiendo evidenciarse en su naturaleza los siguientes rasgos definitorios: el ser ocasionales o extraordinarias, el ser accidentales y finalmente el ser accesorias o secundarias. En primer lugar, el carácter ocasional o extraordinario deriva del hecho de que estas pueden concurrir o no; y en caso de que no concurran, la responsabilidad penal no se ve afectada en cuanto a su intensidad¹⁷.

¹¹ GARRIDO MONTT, cit. (n.4) *Derecho Penal, parte general*, p. 182.

¹² CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, parte general*, (Buenos Aires, Editorial BdF, 2008), pp. 672-673.

¹³ RODRIGUEZ COLLAO, cit. (n.10) *Naturaleza y fundamento...*, p. 406.

¹⁴ GIL GIL, Alicia, en GIL GIL Alicia et al., *Curso de Derecho Penal, parte general*, (Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2011), p. 505.

¹⁵ Respecto a la denominación, nuestro CP utiliza indistintamente los términos “criminal” y “penal”, pudiendo utilizarse ambos como sinónimos. Si bien, nuestra Constitución utiliza el termino “responsabilidad penal”, eso no implica que deba preferirse este termino por sobre el de “responsabilidad criminal”.

¹⁶ RODRIGUEZ COLLAO, cit. (n.10) *Naturaleza y fundamento...* p. 407.

¹⁷ *Ibid.*

En segundo lugar, respecto al carácter accidental, podemos decir que estas no son constitutivas de lo injusto del hecho ni de la culpabilidad del hechor, sino que están encaminadas a una mejor consideración de la intensidad de las valoraciones que componen lo injusto o que determinan la reprochabilidad¹⁸. Por último, en relación con el carácter accesorio o secundario, las circunstancias presuponen un tipo penal que les sirva de base, el cual no se verá afectado en su configuración, por la concurrencia de la causal.

Habiendo ya establecido las características de las circunstancias en cuestión, cabe señalar que la doctrina ha elaborado criterios de clasificación de las mismas, respecto de los cuales solo abordaremos los más comunes, que son los que se pasarán a exponer.¹⁹

Un primer criterio distingue según los efectos que le atribuye la Ley a las circunstancias modificatorias. De esta forma, es posible distinguir entre *atenuantes* –aquellas en virtud de las cuales se impone una pena más benigna–, las *agravantes* –aquellas cuya concurrencia determina una mayor severidad en el castigo del delito–, y las *circunstancias mixtas*, es decir, aquellas que en algunos casos atenúan y en otros agravan.

Un segundo criterio distingue según la extensión o aplicación de sus efectos. Así, encontramos circunstancias agravantes o atenuantes *genéricas* –aquellas que operan si no respecto de todos los delitos, al menos respecto de la mayoría de ellos–, y, *circunstancias específicas* –aquellas que surten efecto sólo respecto de ciertos y determinados delitos, en el entendido que el legislador las haya consagrado expresamente para dichos casos–. Las genéricas se encuentran en los catálogos de los artículos 11 y 12 del CP y las específicas, se pueden encontrar dispersas en la parte especial del código y, en general, en la legislación penal especial.

Un tercer criterio, dice relación con la intensidad de sus efectos. Es así como podemos distinguir entre *circunstancias comunes* y *especiales*. Las comunes, son aquellas cuyos efectos están regulados en los artículos 65 al 68 del CP. Las especiales por su parte, importan una mayor intensidad en la agravación o atenuación de la penalidad que la que importan para las circunstancias comunes, estando previstas –las especiales– sólo para la comisión de ciertos delitos, pudiendo encontrar distintas manifestaciones a lo largo del CP y de la legislación penal en especial. A las circunstancias especiales también se les ha denominado circunstancias privilegiadas.

Un cuarto criterio de distinción atiende a la naturaleza de la circunstancia modificatoria, criterio que a su vez sirve a efectos de determinar la comunicabilidad o incommunicabilidad de la misma. El artículo 64 del CP, distingue entre *circunstancias personales* y *materiales*²⁰. Las personales son aquellas que consisten en la disposición moral del delincuente en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal y sólo sirven para atenuar o agravar la responsabilidad de aquellos intervinientes

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Lecciones de derecho penal, parte general* (Madrid, Editorial Trotta, 2006) p.494-495.

¹⁹ Cfr. CURY, Enrique, cit. (n.4), GARRIDO MONTT, cit. (n.4) *Derecho Penal, parte general*.

²⁰ Sin perjuicio de ello, hay autores que en virtud de este criterio de clasificación, utilizan la distinción de subjetivas u objetivas.

en el hecho en quienes concurren²¹, por lo tanto, no se comunican. Por otro lado, las materiales consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo y sirven para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.²²

3. Circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Aspectos generales

La forma en que están tratadas las circunstancias modificatorias, corresponde a un sistema taxativo. Estas últimas encuentran su consagración en el libro primero, párrafo cuarto, en el artículo 12 del CP, dando forma así, a un sistema de *numerus clausus*, en virtud del cual, sólo se aceptan como causales de agravación, las que aparecen explícitamente señaladas en aquel catálogo, no dando cabida, a la aplicación de figuras como la analogía, pues en caso contrario, como correctamente señala CURY, sería una infracción significativa y sustancial al principio *nulla poena sine lege*²³.

Atendiendo más específicamente a las circunstancias agravantes, y, contrastándolas con el catálogo que nos brinda el legislador penal en materia de atenuantes, en los artículos 12 y 11 respectivamente, cabe concluir por medio de un simple análisis que la relación existente entre ambos listados es una proporción de dos a uno, es decir, por el establecimiento de una atenuante el legislador ha establecido aproximadamente dos agravantes. Esta situación no debe sorprendernos, es decir, el hecho de que el legislador haya establecido considerablemente más agravantes que atenuantes está en congruencia con las directrices que ha adoptado éste en la forma de abordar el *ius puniendi*, lo que queda de manifiesto, por ejemplo, en la tipificación de nuevos delitos carentes de sustento desde el punto de vista del principio de ofensividad; en un aumento indiscriminado de las sanciones en algunos sectores del ordenamiento penal y en la adopción de una serie de medidas político-criminales que sólo se explican desde la perspectiva de un derecho penal simbólico.

Cabe constatar que a lo largo de nuestra historia legislativa, el catálogo de agravantes siempre ha sido extenso, es así como podemos evidenciar que el texto original del Código Penal contaba con 19 numerales, siendo sólo dos menos de los que se encuentran vigentes en la actualidad. Sin embargo, esta realidad presente en el artículo 12 del CP, no es aplicada en su totalidad²⁴. Lo anterior se debe principalmente al hecho de que estas disposiciones se rigen por lo preceptuado en los artículos 62 y siguientes del CP, en específico el artículo 63, que establece: “*No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo. Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse*”. Sumado a lo anterior, hay muchas causales que

²¹ Artículo 64, inciso primero, CP.

²² Artículo 64, inciso segundo, CP.

²³ En este sentido CURY URZÚA, cit. (n.4), *Derecho penal, parte general*, p. 497.

²⁴ FUENSALIDA, Alejandro, *Concordancias y Comentarios al código penal Chileno*, (Imprenta Comercial, Lima, 1883) cit. por RAMÍREZ, María Cecilia, cit. (n. 5) *Anteproyecto de Código Penal...* [Última consulta: 22 de agosto de 2014], p. 3.

no se aplican porque han caído en desuso o descrédito, como por ejemplo, el numeral décimo octavo -ofensa a la dignidad- por la dificultad que genera conciliar esta agravación con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y protección al honor dispuesta para todas las personas²⁵.

Es por las dificultades anteriores y por las limitaciones tanto hermenéuticas como prácticas que genera este extenso catálogo, que creemos necesaria una revisión y eventual modificación al extenso catálogo de agravantes que contempla nuestro código.

4. Naturaleza fundamento y clasificación de las circunstancias agravantes

Dentro del desarrollo de la discusión en torno a la naturaleza de las circunstancias modificatorias, y en específico de las agravantes, parte de la doctrina llegó a plantear que las agravantes eran todas de naturaleza *subjetiva*, pues implicaban “*una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren a la que corresponde una mayor culpabilidad*”²⁶. Actualmente, se ha dejado de lado esta opinión tan drástica, entre otras razones, porque como entiende CURY, implicaría una ruptura con el derecho penal de acto fundado sobre la culpabilidad y estaríamos adentrándonos en un derecho penal de autor, donde el fundamento de la agravación de la magnitud de la pena, serían consideraciones relativas a la personalidad del autor, siendo el hecho ejecutado, nada más que un síntoma revelador de las manifestaciones de su personalidad²⁷.

En la actualidad se ha tendido a dejar de lado esta discusión referida a la naturaleza de las circunstancias agravantes, no sólo por la duda respecto a la utilidad que la discusión pueda aportar, sino que también por la dificultad que bordea la imposibilidad de poder atribuir un carácter exclusivamente objetivo o subjetivo a las circunstancias modificatorias.

Tomando en cuenta los fundamentos y los componentes de las circunstancias modificatorias, refuerza lo dicho anteriormente, las palabras del profesor RODRIGUEZ COLLAO, cuando señala que éstas “*constan de ingredientes objetivos y subjetivos, de suerte que la primacía de alguno de estos factores puede conducir a afirmar también –pero, en este caso, utilizando correctamente los términos– la índole preponderantemente objetiva o subjetiva de un determinado elemento circunstancial*”²⁸. Por lo tanto, ahondando el tema de la fundamentación, vemos que las agravantes tienen variados fundamentos; hay algunas que implican un aumento de la antijuridicidad, otras en la existencia de una mayor reprochabilidad y están aquellas que responden a consideraciones político-criminales.²⁹

²⁵ En este sentido, POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.4) *Lecciones de derecho penal, parte general*, p. 515.

²⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal parte general*, (Barcelona, Editorial Bosch, 1981) II, p. 589.

²⁷ En este sentido, CURY URZÚA, cit. (n.4), p. 498.

²⁸ RODRIGUEZ COLLAO, cit. (n.10) *Naturaleza y fundamento...*, p.414.

²⁹ CURY URZÚA, cit. (n.4), p. 499.

Justamente por las dificultades que existen para atribuir la calidad de subjetiva o de objetiva a las circunstancias, algunos autores, como CURY y GARRIDO³⁰, tomando como base lo que dispone el artículo 64 del CP, prefieren distinguir entre *circunstancias personales* y *materiales*, categorías que no se corresponden exactamente con las de subjetivas y objetivas, porque hay circunstancias personales de orden subjetivo, como la premeditación, y las hay también de índole objetiva, como el parentesco.

5. La alevosía

Atendida la exposición general de las circunstancias modificatorias y de las agravantes específicamente, nos centraremos en analizar a la primera de ellas, la alevosía, de manera más detallada.

a. Concepto de alevosía

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española³¹, señala que alevosía es la “*cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas sin riesgo del delincuente. Es circunstancia que agrava la pena, perfidia*”. Con alevosía, modo adverbial, es “*a traición y sobre seguro*”³², según señala el diccionario.

Esta definición no es ajena al conocimiento jurídico, pues si se contrasta con el artículo 22.1 del Código Penal español³³ que trata a la alevosía, se puede apreciar que está redactada en términos tales que, al igual que la definición anterior, pone énfasis en dos aspectos centrales: aseguramiento del hecho y la falta de riesgo para el ejecutor.

Hay una serie de autores, como ALTES MARTÍ³⁴ y CAMARGO HERNÁNDEZ³⁵, que al definir la alevosía se quedan con el concepto que da el propio legislador español. Sin embargo, el segundo de ellos añade dos conceptos más: uno tradicional y otro jurisprudencial. El tradicional expresa que “*hay alevosía cuando se obra a traición y sobre seguro*”³⁶. El jurisprudencial, por su parte, se refleja perfectamente según el autor, en la sentencia pronunciada con fecha 27 de mayo de 1949 por el Tribunal Supremo de España, en la que sentencia: “*La circunstancia agravante de alevosía que es de naturaleza subjetiva, y sólo puede concurrir en los delitos contra las personas, exige y consiste en el*

³⁰ En este sentido CURY URZÚA, cit. (n.4), p. 499, GARRIDO, cit. (n.4), p. 200. También KÜNSEMÜLLER, Carlos, “Comentario al artículo 12 y 13” en POLITOFF, Sergio y ORTIZ QUIROGA Luis (directores), *Texto y comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002) I, p. 187.

³¹ En adelante RAE.

³² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Disponible en < <http://www.rae.es> > [última consulta: 22 de agosto de 2014].

³³ Artículo 22.1 Código Penal Español: Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

³⁴ ALTES MARTÍ, Miguel Ángel, *La Alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del Nº1 del Art. 10 del Código Penal)*, (Valencia, Servicio de Publicaciones Universidad de Valencia, 1982) p. 5.

³⁵ CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La Alevosía*, (Barcelona, Editorial Bosch, 1953) p. 31.

³⁶ *Ibid.*

*empleo intencionado y consciente de medios, modos y formas que, como expresión de pensamiento y voluntad, con meditación anterior o surgida de manera espontánea, tienda especialmente en el propósito del culpable, a la doble finalidad de asegurar la consumación de la agresión y eludir todo riesgo personal que pudiera derivarse de la reacción defensiva del ofendido y no de un tercero*³⁷.

Finalmente, el artículo 12 del Código Penal chileno señala que es circunstancia agravante: “*cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro*”, disposición que pone el acento en las modalidades de la alevosía, cuestión que será tratada más adelante.

b. Evolución histórica de la alevosía

Históricamente, como señala ALTES MARTÍ, el término alevosía procede del derecho penal germánico, derivando del gótico *levian*, que significa *hacer traición*³⁸.

En cuanto al contenido de la misma, cabe señalar que en numerosos fueros la alevosía era tratada como un equivalente a traición, aun cuando a diferencia de esta última, la alevosía estaba destinada a aplicarse sobre distintas personas como se tendrá la oportunidad de constatar a continuación. Confirmando lo anterior, la Partida VII, del Título XXVII, de la Ley III, determinaba la concurrencia de asesinato por la presencia de traición, la cual estaba descrita como aquella circunstancia “*que con semejanza de bien trae mal*”, siendo, en consecuencia “*la más vil cosa é la peor que puede caber en corazón de hombre, naciendo de ella tres cosas contrarias a la lealtad, que son éstas: tuerto, mentira y vileza*”. A pesar de la equiparación entre el contenido de la alevosía y la traición, la primera quedaba reservada solo para los delitos cometidos contra el rey, mientras que la traición era aplicable en los delitos contra las otras personas distintas de la figura del rey³⁹. Manifestación de esta diferenciación, respecto del sujeto entre traición y alevosía, aparece en la Novísima Recopilación, en la Ley II, título XXI del libro XII, que contemplaba la “*Pena del que mate á otro á traición ó aleve, y del que hiciere muerte segura*”, señalando “*Todo hombre que matare á otro á traición ó aleve arrástrenlo por ello, y enfórquenlo; y todo lo del traidor háyalo el Rey; y del alevoso, haya la mitad el Rey, y a otra mitad sus herederos (...)* Y todo hombre que hiciere muerte segura, cae en caso de aleve (...); y toda muerte se dice segura, salvo aquella que fuere fecha en pelea, ó en guerra ó en riña”⁴⁰.

La norma anterior presenta una gran importancia, pues se establece formalmente la diferencia entre el *obrar a traición* y el *obrar sobre seguro*. Es posible extraer la conclusión

³⁷ Íbid, p. 31-32.

³⁸ ALTES MARTÍ, cit. (n.34), p. 9.

³⁹ En este sentido, ARIAS EIBE, Manuel José, *La circunstancia agravante de alevosía (estudio legal, dogmático-penal y jurisprudencial)*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp 1-36. Disponible en: < <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf> > [Última consulta: 15 de junio de 2014], p.9, cita 33.

⁴⁰ NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN. Disponible en:

<http://books.google.cl/books/about/Novisima_Recompilacion_de_las_Leyes_de_E.html?id=tLMBAGok7TwC&redir_esc=y>.

anterior, ya que es la misma ley la que considera que el hacer muerte segura constituye un caso alevoso. Sin embargo, esta distinción aunque sólo sea formal presenta mucha importancia, pues es la primera vez que se recoge la noción de obrar sobre seguro, concepto que más adelante se incorporaría en nuestro CP y pasaría a formar parte de nuestro concepto de alevosía.

En la parte segunda del Código Penal español de 1822, específicamente en el artículo 609, se recogía la circunstancia de la alevosía, no como agravante genérica, sino como calificativa de asesinato, señalado “*Son asesinos los que maten a otra persona no solo voluntariamente, con premeditación y con intención de matarla, sino también con alguna de las circunstancias siguientes (..) Tercera: con alevosía ó a traición y sobre seguro*”, siendo necesaria, entonces, la presencia copulativa de ambos requisitos. Es el mismo artículo el que describe supuestos de “*obrar sobre seguro*”, lo cual implicaba actuar “*ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a otra persona, ya llevándola con engaño o perfidia ó privándole antes de la razón, de las fuerzas (...) o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea provocada por el asesino con ventaja conocida por parte de éste; o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo para el agresor o para quitar la defensa al acometido*”. La importancia de lo anterior radica en que se va perfilando poco a poco este elemento que forma parte del actual concepto de alevosía, haciendo referencia principalmente a los medios o formas de ejecución del delito que tiendan a asegurar la ejecución del delito y la indefensión de la víctima.

Esta formula copulativa se repite en el Código Penal español de 1848. Sin embargo, en el del año 1850 cambiaría la redacción, ya no siendo necesario por tanto la concurrencia copulativa de ambos elementos, sino que solo bastaría para su configuración la concurrencia alternativa de uno de ellos, es decir, obrar a traición o sobre seguro.

Con la reforma introducida en el año 1870 al Código Penal español, queda fijado de manera definitiva el concepto actual de alevosía presente en su legislación en virtud de la cual, desaparece la referencia a la traición. De esta forma, se opta por definir esta agravante haciendo énfasis en el empleo de medio o modos que tiendan a asegurar la ejecución del hecho y disminuir considerablemente o evitar los riesgos que puedan generarse por parte de la defensa del ofendido.

La evolución legislativa de la alevosía en el ordenamiento jurídico español, se impuso en nuestro país por ser colonia española. Luego, con el proceso independentista, se produjo inevitablemente una ruptura de vínculos políticos con la antigua metrópoli, la que no trajo consigo cambios inmediatos que supusieran una afectación en aspectos importantes en la vida y desarrollo de una sociedad, que son los que finalmente le dan forma o la modelan, por ejemplo, en materia de creencias, costumbres, economía o un ordenamiento jurídico nuevo, sino que se produjo una continuación de la tradición española y especialmente de su legislación. Esta realidad legislativa hispana se mantuvo en muchos países de América Latina, sin perjuicio de las modificaciones hechas, las cuales eran necesarias en atención a las nuevas necesidades que requería la sociedad emergente de ese

momento⁴¹.

Una de las manifestaciones de esta continuación legislativa la encontramos en nuestro Código Penal original del año 1874, en el cual se consagra el catálogo de agravantes, y específicamente la causal de alevosía en el numeral primero del artículo 12, redactado en idénticos términos al código actual. Es curioso que el legislador penal haya adoptado la conceptualización de ésta contenida en el Código Penal español de 1850 y no la definitiva establecida por la reforma del año 1870, que como mencionamos anteriormente, elimina toda referencia a la traición.

Actualmente nuestro CP aún mantiene la numeración de los artículos establecidos en el texto original en lo que concierne al catálogo de agravantes. En lo que respecta a la alevosía, consagra: “*Artículo 12. Son circunstancias agravantes: 1º. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro*”. Lo que llama la atención de esta agravante es que, considerando la forma en que está redactada, se reserva únicamente a los delitos del título octavo, es decir, a los crímenes y simples delitos contra las personas. Sin embargo, desde el año 2010, con la introducción y reemplazo de un nuevo artículo 368 bis, mediante la Ley N° 20.480, esta agravante, por expresa disposición legal, tiene aplicación a los delitos de los párrafos quinto y sexto del título VII del CP, titulado “De la violación y del estupro y otros delitos sexuales”.

La reforma antes mencionada no solo tiene importancia atendido el contexto en que fue publicada la ley, sino también porque antes de ésta algunos tribunales afirmaban la procedencia de la alevosía en delitos contra la libertad sexual. La aplicación de la alevosía en estos delitos, particularmente en el de violación, se determinaba por medio de la utilización de una interpretación forzada que entendía que en ese delito, además de existir un atentado contra la libertad sexual existía también un delito contra las personas⁴², interpretación bastante discutible si se atiende el tenor literal del artículo 12 n°1 del CP. Es en virtud de ello la importancia de esta reforma, pues se expande el ámbito de aplicación de esta circunstancia a delitos sexuales, los cuales protegen un importante aspecto del bien jurídico vida, tal como la libertad o indemnidad sexual, según sea el caso, solucionando expresa e indiscutidamente el problema que se presentaba anteriormente.

Sin perjuicio de lo anterior y de la importancia que reviste esta modificación, es justo preguntarse: ¿era necesaria esta ampliación del marco de aplicación de la alevosía a los delitos de connotación sexual? ¿trae alguna consecuencia práctica? ¿es acorde con los objetivos que la reforma procesal penal buscaba? o ¿es sólo una reforma que responde a las técnicas utilizadas por nuestro legislador y por nuestros gobernantes en la búsqueda de

⁴¹ INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal Chileno de 1874*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (Santiago, Centro de investigación de Historia del derecho de la Universidad de Chile, 2003-2004, pp 293-328) p. 293.

⁴² Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo de un recurso de nulidad en causa RUC 0300170078, RIT 03-2004 de 03 de marzo de 2004, en el cual el recurrente impugna la configuración de la alevosía en el delito de violación, pues es un delito contra la libertad sexual, no contra las personas. La Corte rechaza el recurso, afirmando la procedencia de la alevosía, en atención a que la alevosía, además de ser un atentado contra la libertad sexual, es un delito contra las personas.

brindar a la ciudadanía un sentimiento de mayor seguridad?

c. Naturaleza jurídica de la alevosía

Se ha generado mucha discusión entre los autores, respecto a la naturaleza objetiva o subjetiva de la alevosía. Lo anterior se debe, probablemente, a las distintas concepciones y contenido de que está dotada en cada ordenamiento jurídico. No obstante, hay autores que consideran inútil esta distinción, como por ejemplo, DIEZ RIPOLLÉS⁴³ y ARIAS EIBE, señalando este último que, en definitiva, la importancia de la naturaleza de la alevosía no está en determinar si es de tipo objetiva o subjetiva, sino que en determinar el auténtico fundamento de la misma que se traduce en *“mayor gravedad del hecho por la ejecución insidiosa y clandestina del mismo; en el aseguramiento y mayor facilidad en la ejecución del delito – no de su preparación ni de su impunidad- por la utilización de determinados procedimientos que lo facilitan, evitando los riesgos de la posible defensa de la víctima, sin que sea precisa la concurrencia de la traición ni de cobardía”*⁴⁴

Sin perjuicio de la posición que defiende la inutilidad de la distinción, la doctrina ha brindado distintos argumentos para postular la naturaleza objetiva o subjetiva de la misma. Así, es posible distinguir entre:

i) Criterio Subjetivo:

Esta posición es sostenida por autores como CUELLO CALÓN, quien pronunciándose sobre su naturaleza señala que *“el carácter de esta circunstancia es puramente personal y subjetiva, pues no representa sino una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo acto concurren”*⁴⁵. Por otra parte, CAMARGO HERNÁNDEZ⁴⁶, basándose en el profesor Cuello Calón añade que no es suficiente para la apreciación de la alevosía que ésta objetivamente se dé, sino que es *“indispensable la consciencia en el culpable de que obra traicioneramente y sobre seguro”* y que, de lo contrario, es decir, si bastara la mera concurrencia objetiva, *“se llegaría al absurdo de tener que apreciar esta circunstancia en los delitos culposos”*. Por otra parte, VIADA, al referirse a las circunstancias agravantes, entendiendo, por tanto, incorporada la alevosía, señala que *“son hijas de ese mayor grado de perversidad que puede manifestarse en la comisión de todo delito”*⁴⁷.

⁴³ En este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis, *“propugno la independencia de ambos analisis, el de la naturaleza. objetiva o subjetiva -si se en considera justificado el realizarlo(...)”*, en *“Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal Español en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, Fascículo III, 1977. pp 597-649. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1970-1979/1977_fasc_III.pdf> [Última consulta: 10 de junio de 2014], p. 646.

⁴⁴ ARIAS EIBE, Manuel, cit. (n. 39), pp. 10-11.

⁴⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio, cit. (n.26), p. 595.

⁴⁶ CAMARGO HERNÁNDEZ, cit. (n.35), p. 39.

⁴⁷ VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, (4ª edición, Editores Fernando Fe, A. San Martin y Donato Guío, Madrid, 1890) I, p. 247.

En nuestro derecho, CURY, en virtud de la distinción que se da a partir del artículo 64 del CP ya comentada, entiende que la alevosía es una causal personal o subjetiva fundada en *“ciertos ánimos o tendencias concurrentes en alguno o algunos de los participantes en el hecho (...) y que finalmente consisten en la disposición moral del delincuente”*⁴⁸. Por su parte, MERA, señala que el criterio subjetivo es el dominante en nuestro medio nacional y, que este criterio requiere que el autor del hecho actúe *“con el propósito de aprovechar, para la ejecución del hecho punible, la situación de indefensión en que la víctima se encuentra o en que la ha colocado”*⁴⁹, entendiendo que si el estado de indefensión de la víctima es preexistente, la alevosía se configurará, siempre que la condición de indefensión hubiese sido la decisiva para delinquir.

ii) Criterio Objetivo:

Esta postura es defendida por MUÑOZ CONDE, quien considera que las circunstancias objetivas son aquellas en las que se puede apreciar *“una mayor gravedad del mal producido por el delito o bien una mayor facilidad de ejecución que supone mayor desprotección del bien jurídico, con independencia de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto”*⁵⁰, en consecuencia, la alevosía se corresponde con esta clase de circunstancias, manifestándose ya en que el responsable utilice medios o formas de ejecución que tiendan a asegurar la ejecución del delito, o bien, en que se aproveche de la situación de inferioridad existente en la víctima. QUINTANO RIPOLLES, por su lado, dice que esta circunstancia es eminentemente objetiva, pero no obstante aquellos no puede prescindirse del componente subjetivo, pues *“se precisa siempre el elemento personal inherente a todo acto incriminable: el que el medio sea querido o aprovechado conscientemente por el agente”*⁵¹.

iii) Criterio Mixto:

Para esta doctrina, en todas las agravantes incluyendo, por tanto, a la alevosía, es posible constatar la existencia de elementos tanto objetivos como subjetivos. En este sentido se pronuncia RODRIGUEZ COLLAO al señalar que: *“No obstante lo anterior, y pensando no ya en los fundamentos de las circunstancias, sino en sus propios componentes, es preciso reconocer que prácticamente todas ellas constan de ingredientes objetivos y subjetivos, de suerte que la primacía de algunos de estos factores puede conducir a afirmar también –pero, en este caso, utilizando correctamente los términos– la índole preponderantemente objetiva o subjetiva de un determinado elemento circunstancial”*⁵².

⁴⁸ CURY URZÚA, cit. (n.4), *Derecho penal, parte general*, p. 500.

⁴⁹ MERA, Jorge, *“Comentario al artículo 12 nº1”*, en CILLERO et al., *Código Penal Comentado*, (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011), p. 309.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, parte general* (7ª edición, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007), p. 484.

⁵¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946), II, p. 211.

⁵² RODRIGUEZ COLLAO, cit. (n.10) *Naturaleza y fundamento...*, p. 406.

Concordamos con este criterio, pues en la forma en la que está tipificada la alevosía en nuestra legislación, va a prevalecer el matiz objetivo o subjetivo, dependiendo de la modalidad que predomine en cada caso particular, sin que pueda dejarse de lado alguno de estos dos componentes.

d. Modalidades de la alevosía

Señalamos anteriormente, que el artículo 12 del CP expresa: “*son circunstancias agravantes: 1º. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro*”, pero ¿qué debemos entender por obrar a traición y por obrar sobre seguro? La definición que nos da el legislador no nos permite develar el contenido en el que descansa la alevosía. En palabras simples, con esta definición se sabe qué es, pero no se sabe en qué consiste. Por lo anterior, corresponde analizar el contenido específico que supone un actuar o un comportamiento alevoso.

i) Obrar a traición

El diccionario de la RAE define “a traición” como: “*alevosamente, faltando a la lealtad o confianza*”⁵³, quedando de manifiesto que el concepto de actuar a traición está estrechamente vinculado con la alevosía. En un plano jurídico, CARRARA sostiene que “*contra el enemigo que nos asalta amenazante podremos ponernos en guardia y comúnmente alcanzar a defendernos; pero contra el enemigo que se acerca a nosotros con la sonrisa en los labios es imposible tutelarnos*”⁵⁴, cuestión que nos hace sentido, sobre todo, si tenemos presente lo dicho anteriormente respecto de la evolución histórica, donde es posible vislumbrar lo que ya se decía en las partidas acerca de la traición, “*aquello, que con semejanza de bien se trae mal*”. De esta forma, podemos concluir que lo que caracteriza a la traición es el elemento de la perfidia o la violación de lealtad.

Sin embargo, sostener que la traición implica sólo actuar deslealmente o una violación al deber de fidelidad, significa quedarnos a medio camino, pues como bien señala ZAPATA MEDINA, hay muchos casos en los cuales a pesar de infringirse el deber de lealtad, no puede sostenerse que tal infracción constituya *per se* un caso de actuar alevoso, señalando este autor que: “*Nadie puede negar que quien mata a su padre o madre, por ejemplo, viola la lealtad o fidelidad que les debe, pero no podrá afirmarse consiguientemente que ese hecho sin más sea alevoso, traicionero*”⁵⁵. Por lo tanto, este quebrantamiento del vínculo de confianza sólo equivaldrá a obrar a traición cuando lleve aparejada la indefensión de la víctima, idea que se repite también al obrar sobre seguro⁵⁶, cuestión que trataremos en profundidad más adelante.

⁵³ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, . Disponible en < <http://www.rae.es> > [última consulta: 11 de agosto de 2014].

⁵⁴ CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal, parte especial*, (Bogotá, Editorial Tennis, 1956) p. 75.

⁵⁵ En este sentido ZAPATA MEDINA, Jorge, cit. (n.4), *La Alevosía...*, p.21.

⁵⁶ *Ibid.*

El mismo autor citado, entiende que para que el agresor pueda atraer a su víctima, con esta modalidad de acción, es necesario que con su actitud de bien la aleje de toda desconfianza respecto del mal que pretende realizar. Ello sólo podrá lograrse mediante engaño o el ocultamiento de su intención⁵⁷. Por lo tanto, mediante el abuso de confianza que supone el obrar a traición, el ofensor será quien procure el estado de indefensión de la víctima, mas no podrá aprovecharse de él, aspecto que se diferencia del obrar *sobre seguro*, como tendremos oportunidad de ver cuando tratemos la modalidad en cuestión.

En nuestra doctrina, CURY define la traición como “*el aprovechamiento, para la ejecución del delito, de la confianza que la víctima o un tercero han depositado en el hechor, o que este se ha granjeado con ese objeto*”⁵⁸. Por su parte, GARRIDO MONTT, distingue dos formas de actuar a traición: la primera “*comprende la maquinación tendiente a engañar o a aparentar ante la víctima una situación diversa a la verdadera*” y la segunda, consiste en el “*aprovechamiento de la confianza o lealtad que la víctima ha depositado en él*”⁵⁹, quedando claro que lo central de este aspecto es la confianza traicionada.

Finalmente, nuestra jurisprudencia hace eco de las ideas comentadas, al señalar que “*para que exista traición es necesario que el agente proceda con engaño, quebrantando la lealtad o fidelidad que le debe a la persona de la víctima*”⁶⁰.

ii) Obrar sobre seguro

Esta noción, es tanto o más antigua que la modalidad de actuar a traición. Pudimos apreciar que en la Novísima Recopilación esta modalidad aparece como “*muerte segura*”⁶¹. Actualmente, al ver el artículo 22.1 del Código Penal español, se aprecia que el obrar sobre seguro ha desplazado a la traición como elemento definitorio de la alevosía. Pero ¿qué es lo esencial en esta modalidad? Al momento de analizar el obrar a traición, señalamos que un aspecto central y común a éste y el obrar sobre seguro, es la indefensión de la víctima, poniendo, por lo tanto, énfasis en lo que esta conducta implica para el ofendido, que no es sino la imposibilidad o despojo de la posibilidad de defensa. Pero ¿qué implica para el agresor? En respuesta a esta interrogante, ZAPATA MEDINA sostiene que “*el estado de indefensión de la víctima proporciona para el ofensor una doble seguridad: de acción y de falta de riesgos*”⁶². La seguridad de acción hace referencia al hecho de ejecutar el delito. Por su parte, la falta de riesgos implica que el agresor no correrá peligro alguno proveniente de la defensa que la víctima hubiere podido oponer en condiciones normales.

⁵⁷ Cfr. ZAPATA MEDINA, Jorge, cit. (n.4), *La Alevosía...*, pp. 21-22.

⁵⁸ CURY URZÚA, cit. (n.4), *Derecho penal, parte general*, p. 516-517.

⁵⁹ GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales*, (Santiago, Ediciones Encina, 1976) pp. 156-157.

⁶⁰ SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA de 06 de abril de 1976. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (T. LXXIII, parte 2ª, sección 4ª p. 144).

⁶¹ Vid. Cap. I, 5, b.

⁶² ZAPATA MEDINA, cit. (n.4), p.25.

En relación con la falta de riesgo de la que se procura el agresor, corresponde determinar de qué medios se vale éste para evitar los riesgos que provengan del ofendido al momento de cometer el delito. Un primer medio para procurarse la *falta de riesgo* consiste en el ocultamiento. Al igual que el traidor que oculta su intención, quien actúa sobre seguro, también oculta algo, pero en este caso no es el ánimo, sino que el cuerpo y además, cuando el agresor se dispone a “*aprovechar las condiciones que el mismo ofendido le ofrece; y aun otros en que la indefensión resulta de las peculiares características de la agresión*”⁶³.

En el derecho comparado existe una tendencia a identificar el concepto de ocultamiento con el de acecho. No obstante, tal relación no es predicable en nuestro ordenamiento jurídico toda vez que la conducta del acecho es posible relacionarla con el concepto de la premeditación, “*pues, para que pueda darse estrictamente el acecho es menester la concurrencia de ella*”⁶⁴. De ahí que el ocultamiento tenga un campo mucho más amplio. En primer lugar incluye el acecho propiamente tal; aquel que se relaciona directamente con la premeditación. En este sentido, la opinión de CARRARA, avala esta posición, al señalar “*Concuerdo en que la calificante del acecho no reside en la materialidad accidental de la circunstancia, y en que ella exige la preordenación a la muerte; pero ya que, si bien no es concebible acecho sin premeditación*”⁶⁵. En segundo lugar, el ocultamiento también incluye la simple ocultación improvisada o preordenada al delito, como lo es, por ejemplo, el caso de quien ve pasar a su enemigo casualmente y lo mata sin delatar su presencia.⁶⁶

Un segundo medio de procurarse la falta de riesgo, es el caso en que el agresor se aprovecha de las condiciones que ofrece el mismo ofendido, v.gr. casos en que la víctima se encuentra dormida, inconsciente, físicamente inmóvil, con un nivel de embriaguez elevada u otros semejantes. En estos casos, por tanto, también se entiende que se actúa sobre seguro, configurándose, en consecuencia, un actuar alevoso.

Es por lo anterior que podemos concluir, que el actuar sobre seguro, en nuestra legislación, debería entenderse en el mismo sentido en que el Código Penal español entiende la alevosía. Reafirma lo anterior la Corte Suprema al dictaminar en un caso en concreto que: “*la alevosía en su plano de obrar sobre seguro, calificante que como lo ha sostenido invariablemente esta Corte, existe cuando se emplean medios, modos o formas en la ejecución de un hecho, que tiendan directa y especialmente a asegurarlo sin riesgo para el ofensor, que proceda de la defensa que pudiera presentar el ofendido; consiste en actuar creando o aprovechándose directamente de las oportunidades materiales que eviten el riesgo a la persona del autor*”⁶⁷. Denotándose en este caso, que en este tema lo importante son los medios o los modos de la ejecución del delito, a diferencia del actuar a traición, en el que prima la actuación desleal del agente.

⁶³ Ibid, p. 27.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ CARRARA, cit. (n.54), p.182.

⁶⁶ Al respecto concordamos con ZAPATA MEDINA, que es quien hace la distinción, en lo que al campo del ocultamiento respecta.

⁶⁷ SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, Causa n° 6626-10, de 25 de octubre de 2010.

e. Elementos de la alevosía

Siguiendo con el esquema utilizado por ZAPATA MEDINA⁶⁸, es posible encontrar elementos objetivos y subjetivos de esta agravante. Dentro de los elementos objetivos se mencionan: la indefensión de la víctima, la seguridad en la comisión del delito y la exención de riesgos para el hechor; por su parte, el elemento subjetivo viene dado únicamente por el ánimo alevoso.

i) Análisis de los elementos objetivos

El primer elemento objetivo a analizar es el *estado de indefensión*, el cual luego de estudiar las modalidades de la circunstancia, pudimos concluir que el elemento indefensión, se encuentra presente tanto en el obrar a traición, como en el obrar sobre seguro, cuestión que es lógica, pues la alevosía no podría ser definida por conceptos esencial y fundamentalmente tan distintos. La RAE, define la indefensión, como: 1. *falta de defensa, situación de las personas o cosas que están indefensas*; 2. *Situación en que se coloca a quien se impide o se limita indebidamente la defensa de su derecho en un procedimiento administrativo o judicial*.⁶⁹ En la especie, nos quedaremos con la segunda definición, cambiando el contexto procedimental por el de una agresión.

Para lograr el estado de indefensión de la víctima, el agente se valdrá de diversos medios o formas, los cuales deben ir encaminados a eliminar cualquier posible defensa por parte del ofendido y así asegurar la ejecución del delito.

Respecto al momento en que la víctima debe encontrarse en un estado de indefensión, éste debe darse en la ejecución del delito. Esto se entiende así, pues el encabezado del artículo 12 n°1 del CP, al señalar “cometer delito” nos lleva a concluir que los medios que se utilizan para eliminar la defensa y asegurar la ejecución del delito, no pueden referirse sino a la ejecución del hecho, excluyendo, por lo tanto, momentos anteriores o posteriores. En este sentido, el Tribunal Supremo español sentenció en un fallo, con fecha 12 de agosto de 1912, que: “los actos de defensa realizados por la víctima y consistentes en coger el arma, son actos reflejos y se producen después de sentirse herido”⁷⁰. Por lo tanto, la víctima puede ejercer su defensa después de la ejecución, sin que por ello deje de configurarse la alevosía.

Determinar que el empleo de medios que genera la indefensión sea en el momento de la ejecución del delito genera diversas interrogantes, como las que se exponen a continuación. En primer lugar, ¿la alevosía sólo cabe en los delitos en que la conducta del agente implica una acción o también en los que hay una omisión? En segundo lugar, la duda surge en relación a si se puede configurar la alevosía cuando la conducta que genera la indefensión se produce no solo por medios materiales, sino que también morales.

⁶⁸ ZAPATA MEDINA, cit. (n.4), p. 38.

⁶⁹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, . Disponible en < <http://www.rae.es> > [última consulta: 11 de agosto de 2014].

⁷⁰ Sentencia Tribunal Supremo Español. Cit. por ALTES MARTÍ, cit. (n.34), p. 145.

Respecto de la primera interrogante, los autores que han tratado este punto señalan que “*En cualquier caso sí que parece lógica la restricción de la operatividad de esta circunstancias a las tipicidades (...) y las formas de ataque sean de acometimiento físico*”⁷¹. Por su parte, COBO DEL ROSAL señala que “*La alevosía, supone en todo caso un ataque material, a traición y sobre seguro y por consiguiente entraña una actuación positiva*”⁷². Nuestro Código no hace referencia alguna al empleo de medios, pero mediante una interpretación teleológica de las modalidades de la alevosía, y retomando lo dicho acerca de éstos en la ejecución de delito, no se puede concluir otra cosa que descartar la posibilidad de comisión por omisión.

GARRIDO MONTT, quien en relación con las circunstancias del homicidio calificado se manifiesta en sentido contrario, admitiendo la comisión por omisión cuando el hechor se encuentre en posición de garante, por ejemplo, cuando la institutriz que odia al niño a quien tiene a su cargo, no impide que beba veneno. Sin embargo, el mismo autor a pesar de adoptar una postura favorable a la comisión por omisión, señala que respecto de agravantes como la alevosía, es imprescindible *actuar a traición o sobre seguro*⁷³. Es por ello, por lo que somos partidarios de descartar la configuración de la alevosía en esa clase de delito, pues además, al ver otros delitos en los que hay una posición de garante, como en algunos casos de parricidio y sobre todo en el delito de infanticidio, veremos que tanto el obrar a traición como el actuar sobre seguro se manifestaran en el tipo, no siendo aplicable la agravante, pues se trataría de personas naturalmente indefensas. En consecuencia, debe excluirse su aplicación en virtud de la regla de la inherencia, contemplada en el artículo 63 de nuestro CP.

Respecto de la segunda interrogante, esto es, la posibilidad de configurarse la alevosía cuando la conducta que genera la indefensión se produce no sólo por medios materiales, sino que también morales, las opiniones están divididas⁷⁴. Una posición descarta toda posibilidad de que se pueda provocar la indefensión de la víctima por medios morales⁷⁵. Otra posición, defendida por CAMARGO, señala que la indefensión, puede ser tanto física como psíquica y por lo tanto, al momento de analizar la configuración de esta causal, es necesario atender a la situación de la víctima, sobre todo en aquellos casos en que a pesar de haberse podido defender físicamente, por causas de naturaleza psíquica, no puede hacer uso de esa defensa, por ejemplo, cuando la víctima se encontraba dominada por el miedo o terror, o cuando el culpable se aprovecha de la impresión que le produjo a la víctima con su acometimiento⁷⁶.

Respecto al segundo elemento objetivo, esto es, la *exención de riesgos*, cabe señalar

⁷¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al., *Comentario al Nuevo Código Penal*, (Navarra, Editorial Aranzadi, 2001), p. 228.

⁷² COBO DEL ROSAL, RODRIGUEZ MORULLO, *Derecho penal Español, parte especial*, cit. por ALTES MARTÍ, cit. (n.34), p. 121.

⁷³ En este sentido, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007) III, pp 53-54.

⁷⁴ En el entendido de que solo procede en los delitos de acción y no en los delitos que admiten una comisión por omisión.

⁷⁵ ZAPATA MEDINA, cit. (n.4), p.39.

⁷⁶ CAMARGO HERNÁNDEZ, cit. (n.35), pp. 52-54.

que su contenido se relaciona estrechamente con el sujeto de la indefensión. Podemos decir que, si bien el artículo 12 nº1 del CP no hace referencia alguna al sujeto, es preciso entender que la defensa que se pretende evitar es la del ofendido, es decir, de la víctima. Es por lo anterior, que los medios que utiliza el agente del delito deben ir encaminados a eliminar la defensa de la víctima, no afectando a la configuración de la alevosía el hecho de no eliminar la defensa de terceras personas⁷⁷.

Respecto al tercer elemento objetivo de la alevosía, esto es, la *seguridad en la comisión del delito*, nuestra legislación no señala si el éxito en la acción es determinante o no para la configuración de la causal. No obstante, en la legislación española⁷⁸ no cabe duda alguna respecto a este punto, pues se afirma que la falta de éxito no obsta a la apreciación de la causal, ya que es la propia legislación la que señala que los medios, modos o formas de ejecución *tiendan a asegurar* y no señala que *aseguren* la ejecución del delito.

En nuestro caso, no hay siquiera antecedentes históricos que nos ayuden a dilucidar un poco el panorama. Es por la falta de estos antecedentes y de una ausencia de regulación explícita, que es necesario aclarar este punto con la información de que disponemos. Si tomamos como punto de partida el matiz subjetivo presente en la naturaleza jurídica mixta de la alevosía ¿el agente demuestra menos peligrosidad o revela una menor intención o perversidad por el hecho de no consumarse el delito?⁷⁹ ¿dejaron de realizarse o cambiaron los medios, modos o formas utilizados por el hechor? La respuesta es negativa, sobre todo en aquellos casos en que el delito no se ha realizado por causas ajenas a la voluntad del hechor, como es el caso del delito frustrado.

Respalda lo anterior, la Corte de Apelaciones de Concepción que con ocasión de un caso de homicidio calificado determina “*Que en la especie existe una acción matadora, la cual debe tipificarse como homicidio calificado, toda vez que en la comisión del delito se ha procedido con alevosía por parte de los ejecutores del delito(...) que no habiéndose*

⁷⁷ En este sentido ALTES MARTÍ, señala que “*de no entenderlo así, no podríamos apreciar la alevosía, cuando eliminado el riesgo procedente de la víctima, no se asegure la ejecución por la intervención de terceros y frente a los cuales, no se empleó medios para precaverse de sus acciones*”. Es necesario entender que este es el argumento principal en España, para referirse al sujeto de la indefensión, el ofendido, pues la norma se refiere expresamente a él y la Jurisprudencia está orientada en el mismo sentido. GROIZARD, por su parte, nos dice al respecto: “*la alevosía se determina por la falta de lealtad del culpable para con la víctima. Basta que esta esté indefensa o que parezca estarlo cuando se le acomete, para que la agresión tome las repugnantes formas de la alevosía*”. Finalmente CAMARGO, respondiendo a la tendencia de algunos tratadistas que señalaban que el concepto de alevosía se había ampliado hasta quedar identificado con cobardía, señala que “*al quedar limitada esta circunstancia a la evitación del riesgo que proceda solamente de la víctima, habrá forzosamente que apreciarla en el que asegure la ejecución del hecho y elimine la defensa del sujeto pasivo aunque este rodeado de gente armada y dispuesta a su defensa, y el que ejecute un delito en estas condiciones francamente entendemos que, no puede ser calificado de cobarde, y con arreglo al concepto legal, si ha de ser tenido por alevoso*”.

⁷⁸ Vid. Artículo 22.1 Código Penal español.

⁷⁹ Sentencia de la Corte Suprema, señala: *la sola demostración de maldad o perversidad que tiene lugar en un delito contra las personas no origina la agravante de alevosía contemplada en el Nº 1 del artículo 12 del Código Penal o causal 1º del artículo 391 del mismo Código*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (T. LXXXVII, Nº 3, parte 2ª, sección 4ª p. 121).

producido el resultado muerte, el delito ha quedado en el grado de frustrado”⁸⁰.

ii) Análisis del elemento subjetivo

Este elemento subjetivo es conocido también como ánimo alevoso o elemento intencional o psíquico. Para Künsemüller, este elemento consiste en que “*el agente debe buscar procurar de propósito e intencionalmente, la obtención de condiciones especialmente favorables para la concreción de su empresa criminal*”⁸¹. Los autores que entienden que la naturaleza de la alevosía es subjetiva, tienden a unirla con este elemento, en el sentido de que éste último existe como consecuencia de aquella naturaleza. Para CAMARGO, este ánimo se proyecta en que tanto la indefensión de la víctima como el aseguramiento del hecho han de ser intencionalmente buscados o aprovechados por el culpable y de esta forma se configuraría la agravante⁸². La indefensión y el aseguramiento del hecho han de ser conocidos y queridos por el autor, es decir, deben estar presentes los elementos intelectual y el volitivo.

No obstante lo dicho anteriormente, los partidarios de la naturaleza objetiva de la alevosía, también exigen este elemento subjetivo. Esto se manifiesta, en el caso de la legislación española, en el artículo 22.1 de su Código Penal, por la utilización del vocablo *tiendan*. Tal elemento responde a la voluntad consciente del sujeto al momento de utilizar los medios que aseguren la ejecución del delito sin riesgo de la defensa que provenga del ofendido.

El ánimo alevoso puede revestir dos formas; la primera, en la elección consciente de los medios para lograr el aseguramiento del hecho y la indefensión, o bien, la segunda forma, que consiste en aprovecharse de una situación que no ha sido creada o buscada por el agente, pero que sí ha sido conscientemente aprovechada por éste. Esto se vincula con los elementos del dolo, es decir, el elemento intelectual y el volitivo, siendo necesario determinar si para la determinación del contenido del ánimo alevoso deben concurrir ambos elementos o uno solo⁸³.

Respecto a la primera de las formas mencionadas; la elección consciente de los medios para lograr el aseguramiento del hecho y la indefensión, no cabe duda alguna en el sentido que deben concurrir ambos elementos. Siendo el intelectual, en palabras de ALTES MARTÍ, “*la representación de tales medios para conseguir tal propósito*, y el volitivo por su parte, *el empleo consciente de los medios para tal fin*”⁸⁴. En cuanto a la segunda forma, esto es, el aprovechamiento de una situación que no ha sido creada o buscada por el

⁸⁰ SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Rol nº 14.755-92 de 13 de mayo de 1993 en *Gaceta jurídica* Nº 157, pp. 167 y ss.

⁸¹ KÜNSEMÜLLER, Carlos, cit. (n.30), p. 191.

⁸² CAMARGO HERNÁNDEZ, cit. (n.35), pp. 49-50.

⁸³ Es necesario recordar, que en base a las modalidades de la alevosía, se excluye su configuración de los delitos culposos, por cuanto la noción de culpa es incompatible con el actuar doloso que supone esta agravante.

⁸⁴ ALTES MARTÍ, cit. (n.34), p. 152.

agente, pero que sí ha sido conscientemente aprovechada por éste, por ende, sólo bastará el elemento intelectual mediante la representación de los medios con las ventajas que concurren, sin ser necesaria que se asuman por parte del hechor. Reafirma esto último, QUINTANO RIPOLLÉS quien sostiene que la característica principal de la alevosía, es la indefensión de la víctima -no es el aseguramiento del delito ni la ausencia de riesgo- por lo tanto, cualquier ataque a una persona indefensa constituye una agresión alevosa. Sin embargo, entiende que no basta cualquier aprovechamiento, sino que debe ser consciente. Por lo tanto, la representación de aquellas ventajas va a estar siempre ligada a la voluntad de aprovecharse de ellas⁸⁵.

f. Ámbito de aplicación de la alevosía

Como primera aproximación, debemos señalar que nuestro Código al definir esta agravante, establece que sólo tiene aplicación en los delitos contra las personas. Al no haber una definición expresa respecto a qué se refiere la norma con “delitos contra las personas”, mencionaremos las dos posturas que hay en torno al tema. La primera posición es de índole restrictiva, y, entiende por *delitos contra las personas* aquellos delitos contemplados en el título VIII que lleva por nombre precisamente “*Crímenes y simples delitos contra las personas*”. Sin embargo, esto no significa que la alevosía se aplicará a todos los delitos de este título, pues hay algunas figuras delictivas en las cuales simplemente no puede concurrir, sea por la regla de la inherencia o porque la ley la expresa al describir el delito. La segunda posición es la que amplía el concepto de delitos contra las personas y consiguientemente el ámbito de aplicación de la agravante a todas aquellas figuras, normalmente delitos complejos, en que uno de los bienes jurídicos que se pretende tutelar sea la persona -o algún aspecto como la vida o la integridad física-, a pesar de no estar en el título VIII. Dentro de quienes defienden esta postura encontramos a GARRIDO MONTT y LABATUT. Para este último, tal posición revela “una mayor preocupación por las necesidades de la defensa social contra los delincuentes⁸⁶”.

Nosotros somos partidarios de la posición restrictiva, pues en virtud de una interpretación sistemática del Código es necesario que haya correspondencia entre las partes que lo componen. Por lo tanto, si el artículo 12 del CP utiliza en su redacción “*delitos contra las personas*”, lo más lógico y acorde al principio de legalidad sería oponerse a interpretaciones extensivas y reducir la aplicación de esta causal a los delitos contemplados en el título del mismo nombre. Sumado a lo anterior, consideramos que el aumentar la magnitud de la pena por una ampliación de concepto basada en la defensa social y valores colectivos, nos parece poco garantista y, en consecuencia, contrario al espíritu que la reforma procesal pretendía al instaurar un marco garantista a las personas que se ven expuestas al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. Ello sin contar con que una actitud como esa implicaría instrumentalizar a la persona, vulnerando con ello el reconocimiento constitucional de la dignidad humana.

⁸⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, cit. (n.51), p. 210.

⁸⁶ GARRIDO MONTT, cit. (n.4) *Derecho Penal, parte general*, p. 245; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990) I, pp. 220-221.

Otro argumento a favor de la posición restrictiva, como lo señala el profesor RODRIGUEZ COLLAO⁸⁷, es el hecho de que el CP en su artículo 456 bis estableció que las agravantes de alevosía y premeditación serán aplicables a los delitos de robo y hurto en los casos en que se ejerciere violencia sobre las personas. Esto es así, puesto que si las agravantes mencionadas se aplicaran a cualquier delito en los cuales se viera afectada la vida o integridad de las personas, esta norma carecería de sentido y sería letra muerta. En conclusión, se entiende que si fue necesario establecer una disposición como esta es porque se entiende que los delitos de apropiación, aun cuando involucren o supongan el empleo de violencia, no quedan comprendidos entre los “delitos contra las personas”.

Por último, también podemos mencionar como argumento la incorporación del artículo 368 bis n°1, mediante la Ley N° 20.480, el cual hace aplicable explícitamente la alevosía a los delitos de los párrafos quinto y sexto del título VII, los cuales serán analizados en el segundo capítulo de esta memoria.

Hasta antes de la fecha de incorporación del nuevo artículo 368 bis, en el CP se discutía si los delitos sexuales podían ser incorporados dentro de los delitos contra las personas, ya que estaba claro que afectaban un bien jurídico personalísimo, pero no están tipificados dentro del título VIII⁸⁸.

Para concluir este primer capítulo, podemos decir, que con la incorporación del artículo 368 bis al CP, se intentó zanjar las discusiones en torno a la naturaleza de los delitos de connotación sexual y de la posible aplicación de la alevosía, en virtud de una ampliación del concepto de “delitos contra las personas”. Por tanto, desde un punto de vista estrictamente formal no cabe sino concluir que a la luz de la reforma en estudio, toda discusión en torno a la aplicación o no de la alevosía específicamente en lo que atañe a los delitos de connotación sexual queda resuelta: la ley hace directamente aplicable a esta clase de delitos la agravante ya analizada, sin ser necesario recurrir a otras interpretaciones forzadas.

⁸⁷ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, cit. (n. 5) *Criterios de agravación...*, p. 159.

⁸⁸ vid. cit. (42).

CAPITULO II

APLICACIÓN DE LA ALEVOSÍA EN LOS DELITOS SEXUALES

Habiendo ya analizado la alevosía como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal desde una perspectiva general, ahora debemos analizar tal causal en el contexto de la reforma que lo hace directamente aplicable a los delitos de connotación sexual para determinar, en definitiva, si es posible sostener una verdadera y efectiva aplicación de ésta en aquellos delitos –cuestionando el real aporte que pudo significar esta decisión legislativa– y su relación con las otras circunstancias agravantes.

1. Bien jurídico protegido

Al hablar de delitos sexuales, y al comprenderse estos bajo la rúbrica “*Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual*” ubicado en el título VII del Libro Segundo, no resulta absurdo sostener que estos delitos protegen la integridad sexual, siendo este el bien jurídico tutelado. Sin embargo, cabe señalar que fuera de este título existen otros delitos que, además de proteger otros bienes jurídicos, dan protección a bienes jurídicos de naturaleza sexual, como es el caso de los delitos complejos, por ejemplo, el artículo 141 en su inciso final del CP, que regula el caso en que con ocasión del secuestro concurre también violación, o, el artículo 433 n°1 del CP con ocasión del robo con violación.

No obstante lo dicho anteriormente, la mayoría de la doctrina considera o ha identificado que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la libertad sexual. Sin embargo, se debe concluir que no es el único, ya que es posible encontrar otros bienes tutelados los cuales se enunciarán brevemente a continuación. Por lo tanto, al momento de determinar cuáles son los bienes jurídicos tutelados en este epígrafe surge un nuevo cuestionamiento, ya que éste se titula “*Crímenes y delitos contra orden de las familias, moralidad pública e integridad sexual*”, comprendiendo ámbitos tan distintos que provocan un lógico cuestionamiento: ¿son éstos los bienes jurídicos protegidos por el legislador en este título o simplemente es una técnica sistematizadora que utilizó? Nosotros nos quedaremos con la última posición, sin perjuicio de que la integridad sexual será tratada como uno de los bienes jurídicos protegidos en los delitos de connotación sexual, pero, como ya se advirtió, no el único. Según nuestra opinión, los bienes jurídicos tutelados son los siguientes.

a. La libertad Sexual

La libertad sexual claramente forma parte de un concepto que la comprende cual es la libertad, entendida ésta como atributo de la persona, pero referido a aun ámbito específico: la esfera sexual. Se ha conceptualizado este derecho como “*la facultad de la persona para autodeterminarse en materia sexual, sin ser compelido ni abusado por*

otro”⁸⁹. El problema con adoptar la libertad sexual como único bien jurídico tutelado, radica en la situación que se presenta en el caso de los menores de edad, particularmente cuando éstos son menores de catorce años, por considerarse que no tienen tal capacidad o por no encontrarse en la situación de poder discernir acerca de dichos actos.

La doctrina señala que es posible distinguir dos aspectos de la libertad sexual: uno positivo y uno negativo, atendiendo al contenido del mismo⁹⁰. El sentido positivo alude a “*la libre disposición por la persona de sus propias potencialidades sexuales, esto es, la facultad de escoger y practicar, en cada momento, la opción sexual que más plazca; utilizar y servirse del propio cuerpo en la esfera sexual, sin otra limitación que el respeto a la libertad ajena y la posibilidad de escoger al compañero sexual, con su consentimiento (claro está)*”⁹¹. En cambio, el aspecto negativo alude a un aspecto defensivo, el cual se relaciona con “*el derecho de la persona a no verse involucrada, sin su consentimiento, en un contexto sexual por un tercero*”⁹².

Respecto al problema que se suscita con los menores de edad, especialmente los menores de catorce años, existen autores que señalan que en esos casos lo efectivamente protegido es la *intangibilidad sexual*. La intangibilidad deriva del concepto de intocable y se entiende como señala el profesor RODRIGUEZ COLLAO⁹³, en el sentido de que *no deben ni pueden ser alcanzadas por una conducta ajena* las personas que, en virtud de su naturaleza o en virtud de una ficción jurídica, no pueden relacionarse libre y conscientemente en el ámbito sexual. En este sentido, el autor señala que lo que se pretende proteger es la incapacidad en que se hallan esas personas y que, relacionándolo con el tema de la libertad, se entendería que la intangibilidad es una institución que se vincula con la ausencia de libertad respecto de ciertas personas, siendo posible evidenciar que “*se trata de una cualidad que se predica de aquellos sujetos que no pueden ejercer dicha facultad por estar incapacitados para ello*”⁹⁴.

b. La indemnidad sexual

El contenido de este bien jurídico nace principalmente como una forma de entender que efectivamente se lesiona un interés jurídico relevante respecto de los menores o incapaces en su ámbito sexual, que no puede ser la libertad sexual, pues como bien se señaló anteriormente, éstos carecen de ella. Se relaciona directamente con la intangibilidad sexual, pues ésta se considera el antecedente doctrinal de la indemnidad.

⁸⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 246.

⁹⁰ En este sentido, por ejemplo, MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de pornografía infantil* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2008), p.51.

⁹¹ ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1995), pp.24-25.

⁹² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La protección de la libertad sexual* (Barcelona, Editorial Bosch, 1985), p. 23, cit. por MOLINA CANTILLANA, cit. (n.90), p. 51.

⁹³ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000), p. 63.

⁹⁴ CARMONA SALGADO, Concepción, *Delitos contra la libertad sexual*, cit. por RODRIGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, cit. (n. 93), p. 63.

La indemnidad sexual se entiende como *“el derecho que corresponde a tales personas -menores o incapaces- de no experimentar perturbación o daño en sus aptitudes físicas, psíquicas o emocionales, como resultado de su involucramiento en un contexto sexual”*⁹⁵. El profesor RODRÍGUEZ COLLAO, prefiere el concepto de indemnidad por sobre el de intangibilidad, ya que si bien este último, expresa de una manera bastante precisa que la persona no puede ni debe ser tocada con fines sexuales no es suficiente para expresar el *“estado de perturbación o el daño que una experiencia de esta índole produce en la víctima, el cual es un elemento determinante del desvalor que la ley atribuye a esta clase de infracciones”*⁹⁶.

Constitucionalmente no está reconocido este *“derecho a la indemnidad sexual”*, y en general, ninguno de los otros bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, debiera entenderse, dice el mismo autor, que el derecho constitucional a la integridad física, psíquica y moral de las personas cubre el aspecto de la indemnidad sexual, pues éste, en estricto rigor, alude a un *“estado de bienestar relacionado con la forma en que cada cual asume la vida sexual, en atención a su edad, desarrollo físico, su orientación sexual, su escala de valores, su educación, su nivel de relaciones sociales, sus experiencias vitales previas”*, entre otros⁹⁷.

c. La integridad sexual

En virtud de la Ley N° 19.927 de 14 de enero de 2004, se modificó el epígrafe del título VII de nuestro CP, el cual pasó a denominarse *“Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la i n t e g r i d a d s e x u a l”*.

Normalmente, el concepto de integridad ha estado ligado a las lesiones, reduciéndose, en consecuencia, su ámbito de aplicación a la integridad física y psíquica de la persona -ambas tuteladas tradicionalmente bajo el concepto de salud-, sin perjuicio de que han habido intentos por reconocer la *integridad moral*.

Si bien creemos que el enunciado que se utiliza en el título es solo un criterio sistematizador y no una enumeración de los bienes jurídicos que pretende tutelar dicho título, no deja de ser cierto, que esta inclusión hecha por el legislador dio solución a la discusión doctrinal relativa al bien jurídico que está a la base de estos delitos de connotación sexual, pues facilita la labor interpretativa de los distintos tipos penales. Además, según la historia legislativa, al acoger la inclusión del término *“integridad sexual”*, lo que buscaba el legislador era aunar en ese concepto tanto la libertad como la indemnidad sexual, que se ven protegidas por distintos tipos penales que allí se contemplan⁹⁸.

⁹⁵ *Ibid*, pp. 63-64.

⁹⁶ *Ibid*, pp. 124-125.

⁹⁷ *Ibid*, p. 127.

⁹⁸ El informe señala: *“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”*. Historia de la Ley N° 19.927, que modificó el Código Penal, El Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materia de

Con base en el mismo enunciado y en el desarrollo doctrinal respecto al tema, hay otros bienes jurídicos que se entienden son los protegidos con la tipificación de los delitos. Entre ellos, se han mencionado; la moralidad pública, el orden de las familias e incluso las buenas costumbres, a pesar que esto último implica abandonar el sentido literal del epígrafe en cuestión. No entraremos a dotar de contenido lo que cada uno de estos “bienes jurídicos” implica, pues consideramos que fundar el castigo de ciertas conductas en criterios morales atenta directamente contra el principio de lesividad. Si aceptáramos como bienes jurídicos tutelados la moralidad pública y del orden de las familias encubriríamos como dice el profesor RODRIGUEZ COLLAO, “una concepción despersonalizada de los delitos de significación sexual, los cuales, en virtud de ella, aparecen no como atentados en contra de los derechos de un individuo en particular, sino como infracciones a los cánones morales vigentes en el plano de la sexualidad”⁹⁹.

2. Compatibilidad de la alevosía con otras agravantes

Como bien se ha señalado a lo largo de esta investigación, el ordenamiento jurídico chileno permite aplicar la agravante de alevosía en los delitos de significación sexual. No obstante lo anterior, y como se tuvo posibilidad de analizar en el capítulo primero, la forma en la que está regulada la alevosía en materia penal obedece a una fórmula amplia que, permite la incorporación de una serie de circunstancias comisivas, que se podrían entender comprendidas o que son manifestación del fundamento de un actuar alevoso, el cual también se encuentra incorporado en otras circunstancias modificatorias distintas de la alevosía. Por tanto, si se logra determinar la existencia de un mismo fundamento entre las agravantes que se tratarán a continuación y la alevosía, es legítimo cuestionarse el por qué el legislador incorporó expresamente la alevosía en los delitos sexuales si es posible solucionar los casos de su procedencia por medio de la utilización de las demás agravantes genéricas¹⁰⁰.

Es posible dar respuesta a esta interrogante de dos formas. En primer lugar, si luego del análisis de las agravantes que tengan una conexión con la alevosía y atendiendo las

delitos de pornografía infantil, en *Segundo informe de la comisión de Constitución*, pp. 326-327.

⁹⁹ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto del Código Penal*, en *Revista Político Criminal* N° 1, A1 (2006), pp. 1-19., p.5 Disponible en: < http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_1.pdf > [Última consulta: 22 de agosto de 2014]

¹⁰⁰ Como hemos mencionado, nuestro catálogo de agravantes es bastante extenso, contando con veintinueve numerales. A raíz de esta extensión, sucede que en algunas de las causales -en base a su contenido y fundamento-, se divisa también el concepto de alevosía, pareciendo una manifestación de ella. Hay otras causales, respecto de las cuales, si bien no hay una identificación, hay situaciones o casos concretos en que aparece un supuesto aleve y genera una confrontación entre ambas. Finalmente, hay causales que no tienen punto de contacto con la alevosía. En esta parte de la investigación, nos avocaremos a la revisión de las dos primeras, siempre que sea posible aplicarlas en los delitos de connotación sexual.

En base al análisis que se propone, esto es, analizar la compatibilidad o incompatibilidad de las agravantes con fundamento similar a la alevosía y, siempre que tengan posibilidad de aplicación en los delitos del párrafo quinto y sexto, del título VII, es que hemos descartado la posibilidad de analizar el numeral quinto del artículo 12 del CP, por estar reducido su ámbito de aplicación exclusivamente a los delitos contra las personas, sin perjuicio de la similitud de la fundamentación con la alevosía, en lo que dice relación con “*emplear astucia, fraude o disfraz*”.

circunstancias específicas de cada caso, se logra establecer que ambas tienen el mismo fundamento, no podemos sino concluir la incompatibilidad de la ponderación concurrente de ambas circunstancias por constituir una infracción al principio *non bis in ídem*. En segundo lugar y, *contrario sensu*, si se establece la diferencia en su fundamento en el caso concreto, no queda más que concluir la compatibilidad de ambas y, por tanto, la posibilidad de ponderarlas conjuntamente al momento de determinar la pena.

De esta forma, determinando la real aplicación de la alevosía en los distintos delitos sexuales, como se analizará más adelante, y teniendo en consideración que el fundamento de la alevosía es compartido con otras agravantes genéricas, no cabe sino preguntarse cuán necesaria era la incorporación del artículo 368 bis al CP?; y, desde otro punto de vista, considerando la eventual incompatibilidad de estas agravantes con la alevosía, si se justifica la existencia de aquéllas.

Con este propósito, procederemos al análisis de tales circunstancias agravantes.

a) Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa (Artículo 12 n°6 del CP)

Respecto de esta agravante conocida como *abuso de superioridad*, parte de la doctrina señala que no debería formar parte del catálogo de agravantes, entre otras razones, “*por la estrecha analogía que guarda con la alevosía, siendo, en términos generales, otra modalidad de alevosía*”¹⁰¹. Para ORTIZ QUIROGA y ARÉVALO, esta causal presenta un cariz objetivo y otro subjetivo; el objetivo viene dado por el hecho de que el sujeto activo efectivamente goce de una situación de superioridad, ya sea en virtud del sexo, de las fuerzas o de las armas; el subjetivo, por su parte, viene dado por el hecho de que el sujeto activo conozca la superioridad y ésta sea su motivación para delinquir¹⁰². Al tener en consideración lo anterior, podemos advertir la cercanía de la fundamentación de esta agravante con la alevosía en su modalidad de actuar sobre seguro, razón por la cual se confunden, tornándose en incompatibles.

El profesor LABATUT, considera que la única diferencia que podría haber entre ambas agravantes es que en la alevosía, lo que se busca es la completa anulación de la defensa de la víctima, mientras que en el abuso, sólo la disminución de aquella¹⁰³. Sin embargo, no hay razón de texto que permita hacer esta distinción, por lo cual es posible concluir que en ambas agravantes se pretende lograr la indefensión de la víctima, y si bien, las causas que provocan la indefensión son distintas en un caso y en otro, las causales son identificables entre sí. Así, CURY es partidario de la idea de que el abuso de superioridad “*es idéntico al de la alevosía, con la cual tiende a confundirse*”¹⁰⁴. Por lo tanto, es posible dejar sentada la siguiente conclusión: “*no podría ponderarse en un mismo hecho, la debilitación (proveniente del abuso) y la anulación de las fuerzas de la víctima (propio de*

¹⁰¹ ZAPATA MEDINA, cit. (n.4), p.80.

¹⁰² ORTIZ QUIROGA, Luis, ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013), p. 424.

¹⁰³ LABATUT, Gustavo, cit. (n.86), p. 225.

¹⁰⁴ CURY URZÚA, cit. (n.4), p. 528.

la alevosía)”¹⁰⁵, puesto que al ser identificable el fundamento de ambas agravantes, esto es, la indefensión, se deviene en una incompatibilidad de ambas, lo que se traduce en la imposibilidad de ponderar las dos circunstancias de manera conjunta.

b) Cometer el delito con abuso de confianza (Artículo 12 n°7 del CP)

Esta causal tiene un sustrato casi idéntico al de la traición, pues también implica un quebrantamiento de la lealtad. El término confianza no sólo alude a relaciones particularizadas o a vínculos estrechos, sino que también puede referirse a “*una familiaridad de hecho e incluso un vínculo pasajero contraído en circunstancias que hagan esperar que se contará con la lealtad de un individuo*”¹⁰⁶ y, es en esa espera que el hechor pretende procurar la indefensión de la víctima, pues ¿para qué otra cosa el actor abusaría de la confianza de la víctima?

Al poder identificarlas, tampoco serían compatibles estas causales al momento de la ponderación en un mismo hecho. Sin embargo, el abuso de confianza, por su redacción, podría ser aplicable a los delitos tipificados fuera del título VIII, y de los tipificados fuera de los párrafos quinto y sexto del título VII, respecto de los cuales la alevosía, en su forma originaria, no puede aplicarse.

c) Prevalerse del carácter público que tenga el culpable (Artículo 12 n°8 del CP)

No hay que confundir esta causal con los delitos ejecutados por empleados públicos cuando están en el ejercicio de sus funciones, sino aquellos delitos en que éstos se aprovechan de su condición de empleado público y se sirven de la influencia, prestigio, y en general de las facilidades que les proporciona el cargo para su comisión, en este sentido se pronuncia MIR PUIG¹⁰⁷.

Es así como dependerá de cada caso y sus respectivas circunstancias si se aplican ambas, una u otra. En este sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ señala que “*la compatibilidad tiene que venir determinada en la fase del iter criminis en que incide cada una de las agravantes, es decir en la ejecución propiamente dicha, o en los momentos preparatorios de ella (...) Como vemos el prevalimiento del carácter público, actúa en la fase inmediatamente anterior, a la ejecución propiamente dicha, es decir, en la excogitación de medios y preordenación de los mismos, pero sin que estos creen una situación total de indefensión, y sin que en el mismo momento de la consumación se empleen directamente*”¹⁰⁸. Por tanto, según este autor, al darse el abuso en la etapa preparatoria indicada, distinta de la etapa en donde opera la alevosía, implica poder sostener su compatibilidad. Sin embargo, se puede entender identificada esta circunstancia dentro de un comportamiento alevoso en los delitos contra la vida, la integridad corporal y los de

¹⁰⁵ ZAPATA MEDINA, cit. (n.4), p.83.

¹⁰⁶ RODRIGUEZ COLLAO, *Criterios de agravación...* cit. (n.5), p. 163.

¹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, parte general*, (7ª edición, Buenos Aires, Editorial BdF, 2004), p 620.

¹⁰⁸ ALTES MARTÍ, cit. (n.34), p 246.

connotación sexual cuando el prevalimiento de este carácter público sirva para generar la indefensión y asegurar la comisión del delito sin riesgo para sí.

d) Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad (Artículo 12 nº11 del CP)

La ejecución de un delito con auxilio de gente armada, es uno de los medios mas eficaces para ejecutar un delito sin riesgo para el hechor que provenga de la defensa que pudiese oponer la víctima, es decir, un medio eficaz para ejecutarlo sobre seguro.

Se predica la incompatibilidad de las circunstancias, en tanto que el auxilio de gente armada haya sido el elemento fáctico que sirvió de base para la apreciación de la alevosía, *“ya que de un mismo y único hecho no puede derivar la estimación de dos o mas circunstancias.”*¹⁰⁹. Además, el contenido de la agravante de auxilio de gente armada es manifestación de que el delincuente prepara y ejecuta el hecho para debilitar o hacer imposible la defensa de la víctima. En este sentido, CAMARGO HERNÁNDEZ señala que *“no cabe duda de que (la agravante en cuestión) presenta gran analogía con su correlativa del número 1 , del mismo artículo 10 (es decir, alevosía), hasta tal punto que fue denominada por Quintano Ripollés de ‘super alevosía’ y de ‘alevosía colectiva’”*¹¹⁰.

e) Ejecutarlo de noche o en despoblado. El Tribunal tomará o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito (Artículo 12 nº 12 del CP)

Esta circunstancia según su redacción prevé dos situaciones: ejecutar el delito de noche, sea lugar poblado o despoblado y ejecutarlo en despoblado, sea de día o de noche. Es posible ver que estas causales, nocturnidad y despoblado, presentan diferencias con la alevosía a nivel de fundamento. En la agravante en comento el fundamento en el caso de la nocturnidad viene determinado por procurar la impunidad del hechor y, en el caso del en despoblado, viene dado por la dificultad de recibir auxilio el ofendido. En cambio, en la alevosía el fundamento, como ya hemos mencionado, es la indefensión de la víctima.

A pesar de las diferencias para el profesor ETCHEBERRY, ambas agravantes son de la misma naturaleza *“la búsqueda de la impunidad o el aprovechamiento de condiciones mas seguras o favorables es su razón de ser”*¹¹¹. Por su parte, GARRIDO señala que su fundamento está *“en la seguridad que proporcionan a la persona de hechor y en la menor posibilidad de defensa que tiene la víctima”*. Por lo tanto, en los casos concretos en que estas causales procuren ser una forma o medio para provocar la indefensión se deberá agravar por alevosía y no por la causal mencionada.

A favor de la compatibilidad de las circunstancias, el Tribunal Supremo español con

¹⁰⁹ ZAPATA MEDINA, cit. (n.4), p 87.

¹¹⁰ ALTES MARTÍ, cit. (n.34), p.250.

¹¹¹ ETCHEBERRY, cit. (n.6) p. 40.

ocasión del conocimiento de un caso sentenció “*Que ambas causales son distintas se ve claro si se observa que la víctima puede defenderse con probabilidades de repeler la ofensa tanto en poblado como en despoblado. De ahí que las dos circunstancias sean compatibles*”¹¹².

f) Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso (Artículo 12 n° 18 del CP)

Esta causal guarda relación con la alevosía sólo respecto de la edad del ofendido, en los casos en que se presenta un estado de indefensión natural, tales como la extrema niñez o la extrema ancianidad resultando, por tanto, incompatibles las circunstancias. Por lo anterior, no cabe agravar un mismo hecho por alevosía y por esta causal. Se expresa en este sentido, ZAPATA MEDINA¹¹³ quien reafirma lo antes mencionado.

3. Clasificación de los delitos sexuales

a) Exclusión de la aplicación de la alevosía en determinados delitos de connotación sexual

Si bien la inclusión del artículo 368 bis n°1 del CP amplió el ámbito de aplicación de la alevosía, no resulta posible aplicar la agravante a todos los delitos de los párrafos quinto y sexto a los cuales está referido, por varios motivos que se expondrán a continuación.

Un primer motivo a considerar, es que varios de los delitos allí tipificados “*presuponen la actuación voluntaria de la víctima*”¹¹⁴, como es el caso de los delitos de estupro (artículo 363 del CP), sodomía (artículo 365 del CP) u obtención de servicios sexuales mediante precio (artículo 367 ter del CP). El hecho del consentimiento se opone al contenido esencial de la alevosía, en cualquiera de sus modalidades, obrar a traición o sobre seguro, ya que la víctima desde el momento de otorgar su aprobación, hace descartar de plano la posibilidad de encontrarse en un supuesto de indefensión. De esta forma, cabe descartar la posibilidad de cometer los siguientes delitos con alevosía, por cuanto de una y otra forma suponen consentimiento.

El estupro podemos definirlo como “*el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, de una persona menor de edad, pero mayor de catorce años, que presta su consentimiento al acto sexual*”, con algunas circunstancias enunciadas en el mismo artículo 363, tales como i) El abuso por parte del hechor de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, que por la menor entidad no constituye trastorno o enajenación mental; ii)

¹¹² ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía (1907- 1964)*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966), p.45.

¹¹³ ZAPATA MEDINA, Jorge, *La alevosía*, cit. (n.4), p.89.

¹¹⁴ RODRIGUEZ COLLAO, *Criterios de agravación...* cit. (n.5), p. 157.

Cuando se aprovecha de una relación de dependencia con aquella; iii) Cuando exista un abuso del grave desamparo en que se encuentre la víctima y iv) Cuando se la engaña, abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

La razón por la que es posible excluir la aplicación de la alevosía en estos casos es el consentimiento que otorga la víctima en el sentido de acceder al acto sexual, aun cuando en consideración a las circunstancias comisivas del delito, aquél se encuentre viciado.

Al analizar el delito de sodomía contenido en el artículo 365 del CP, el cual AGUILAR ARANELA lo define como “*el acceso carnal por vía anal o bucal de un varón menor de edad, pero mayor de catorce años, con su consentimiento, sin que concurren las formas comisivas de la violación o del estupro*”¹¹⁵. En la especie, no se puede evidenciar otras causas de exclusión distintas del consentimiento que otorga el (supuesto) ofendido.

En el delito de obtención de delitos sexuales mediante precio, establecido en el artículo 367 ter, denominado también favorecimiento de la prostitución de menores impropia, se castiga al cliente de la prostitución de menores por la obtención de servicios sexuales por parte de menores de edad, pero mayores de catorce años, a cambio de dinero u otras prestaciones cualquiera sea su naturaleza, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro

Lo interesante de este precepto, es que ni siquiera se exige por parte del tipo algún ánimo especial o alguna actitud abusiva por parte del hechor que llegue a hacernos pensar que este último ha podido aprovecharse del menor y, al igual que en el delito de sodomía, el legislador ha excluido explícitamente las circunstancias comisivas del estupro y de la violación, por lo tanto, lo único que se castiga en el precepto es una relación sexual consentida.

Un segundo motivo para excluir la aplicación de la alevosía en los delitos de connotación sexual del párrafo quinto y sexto, es la falta de contacto físico directo entre autor y víctima, en circunstancias que “*es de la esencia de la alevosía por razones semánticas e históricas, que haya una actuación en contra de las condiciones físicas del individuo*”¹¹⁶. Ejemplo de lo anterior es el delito de favorecimiento a la prostitución consagrada en el artículo 367 del CP.

En el inciso primero del artículo 367 se castiga el promover o facilitar la prostitución de menores de edad para satisfacer los deseos de otro, mientras que en su inciso segundo, se reconoce una figura agravada, que consiste en la ejecución de la misma conducta, debiendo concurrir además, habitualidad, abuso de autoridad o de confianza o engaño.

Podemos establecer que en dicho artículo se castiga la *promoción* de la prostitución, es decir, el impulsar o inclinar a un tercero a ejercer el comercio sexual, y, la *facilitación*

¹¹⁵ AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos Sexuales (doctrina y jurisprudencia)*, (Santiago, Editorial Metropolitana, 2012), p. 141.

¹¹⁶ RODRIGUEZ COLLAO, *Criterios de agravación...* cit. (n.5), p. 157.

de la misma, es decir, el auxiliar o posibilitar que una persona se prostituya, con independencia de que se produzca o no el comercio sexual. Es por ello por lo que creemos que no se aplica la alevosía, pues en este caso no hay un ocultamiento, por parte del sujeto activo del delito, de un ánimo alevoso y no es él quien actúa en contra del físico del ofendido.

Es por lo anterior, que incluso en la figura agravada, en los casos en que hay abuso de confianza o engaño, es necesario recalcar, que a pesar de que la promoción o facilitación sea causada por ello, el sujeto pasivo no queda en una situación de indefensión respecto del sujeto activo, por lo tanto, el fundamento esencial de la alevosía no concurre y es por ello que ésta se excluye. Lo anterior, no obsta a que se pueda agravar la responsabilidad de quien realiza las acciones sexuales con el menor de edad, en caso de concurrir las circunstancias de estupro, violación o abuso sexual, pues en estas dos últimas, como tendremos oportunidad de ver, en principio sí hay posibilidad de aplicar la alevosía.

Respecto a los otros delitos de connotación sexual, que se encuentran dispersos en nuestro Código tales como el supuesto de violación agravada, consagrada en el artículo 372 bis; el ultraje público a las buenas costumbres, establecidos en los artículos 373 y 374, siendo éste último conocido como difusión de pornografía; el incesto, tipificado en el artículo 375, y el favorecimiento de la explotación sexual, normado en el artículo 411 quáter, entre otros, no queda sino determinar su exclusión en virtud del tenor literal del artículo 368 bis, que hace aplicable exclusivamente la alevosía a los párrafos quinto y sexto. Sin perjuicio de que se puedan aplicar, respecto de ellos, otras agravantes comprendidas en nuestro catálogo.

b. Aplicación de la alevosía en el delito de violación

La violación se encuentra regulada en el párrafo quinto, del título VII del libro II, específicamente en los artículos 361 y 362 de nuestro Código. Teniendo presente las exclusiones ya referidas anteriormente, a continuación analizaremos sólo estos artículos, que versan sobre la violación propia y la violación impropia.

La violación propia, se encuentra establecida en el artículo 361 del CP, siendo su tenor es el siguiente:

Art. 361. La violación será castigada con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

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

- 1º Cuando se usa de fuerza o intimidación.
- 2º Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse.
- 3º Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima

De esta forma, podemos definir ésta como el “*acceder carnalmente, por vía vaginal,*

anal o bucal, a una persona mayor de catorce años, contra su voluntad o sin aquella, con algunas de las modalidades que dispone el art. 361 en sus numerales 1º al 3º”¹¹⁷.

La violación impropia, se encuentra establecida en el artículo 361 del CP, siendo su tenor es el siguiente:

Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

En atención a lo dispuesto por el legislador, podemos definir la violación impropia, entonces, como aquella conducta que *“consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, de una persona menor de catorce años, con independencia de la forma de comisión”¹¹⁸.*

Habiendo ya constatado la forma en que nuestro legislador regula estas conductas y en lo que consiste cada una de ellas, debemos contestar la pregunta que nos hemos planteado a lo largo del análisis del segundo capítulo de esta investigación, y de esta forma determinar la procedencia o no de la aplicación de la alevosía como agravante en estos delitos.

De la lectura de ambos artículos, podemos determinar que respecto de los dos tipos de violación estamos ante un delito de acción, pues en virtud de la redacción y la naturaleza del tipo, ésta no admite comisión por omisión. Respecto al sujeto activo, éste corresponde necesariamente a un varón, pues éste es el único que puede introducir el miembro viril en alguna de las cavidades descritas en la norma.¹¹⁹ En cuanto al momento de consumación, creemos que se configura con la *inmissio penis*, es decir la penetración total o parcial del miembro viril, en la vagina, ano o boca de la víctima, pues con teorías como la *coniunctio membrorum*¹²⁰, se podría configurar el delito consumado de abuso sexual o tentativa de violación, dependiendo del caso.

Al analizar las circunstancias de ejecución, podemos ver que el bien jurídico protegido en el numeral 1º es la libertad sexual, pues se coarta de una manera forzosa, la capacidad para auto determinarse en materia sexual; en el numeral 2º y 3º, por su parte, se busca proteger la indemnidad sexual, pues el sujeto pasivo *“no cuenta con la más mínima posibilidad de prestar su consentimiento para la realización del acto sexual”¹²¹*. Respecto de la violación impropia, consagrada en el artículo 362 del CP, se predica la protección del

¹¹⁷ AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p. 27.

¹¹⁸ *ibid.* p. 58.

¹¹⁹ En este sentido, somos partidarios de la posición que sólo considera la violación, cuando estamos en presencia de la introducción del miembro masculino y no objetos u otras partes del cuerpo, tales como dedos o mano. Reduciendo la configuración del tipo al hombre, como sujeto activo de la conducta, sin perjuicio de que la mujer pueda concurrir como otra forma de participación.

¹²⁰ Debemos recordar que la teoría del *coniunctio membrorum*, sólo exige el contacto físico del miembro viril con la vagina, ano o boca de la víctima.

¹²¹ AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p. 26.

mismo bien jurídico, pues como mencionamos en un punto anterior, el legislador mediante una ficción considera que los menores de 14 años, en atención a su inmadurez física y psíquica, no están en condiciones o posibilitados para otorgar su consentimiento válido en un contexto sexual.

Respondiendo a la pregunta que nos convoca en este punto de la investigación y para determinar en definitiva la posibilidad de aplicar la alevosía en esta clase de delitos, se requiere analizar las circunstancias comisivas que el legislador contempla para los mismos.

En lo que respecta a la violación propia, ésta establece distintas modalidades de comisión. Respecto al numeral primero, esto es, el uso de la fuerza o intimidación, cabe señalar que por *fuerza* se entiende “*la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anula o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización de acceso carnal*”¹²². Esta fuerza no debe ser encaminada a vencer alguna resistencia por parte de la víctima, sino que debe ser entendida como violencia ejercida en contra del sujeto que no ha consentido en la realización del acceso carnal. Por su parte, la *intimidación* se identifica con amenaza, definiéndose ésta como violencia moral o *vis compulsiva*, “*mediante el cual se da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en caso de no acceder a los requerimientos del agresor*”¹²³. Sin embargo, hay autores como el profesor RODRÍGUEZ COLLAO que no considera que la identificación entre amenaza e intimidación tenga sustento, puesto que la intimidación está compuesta por un elemento eminentemente subjetivo que alude a un *estado de conmoción psíquica en el sujeto pasivo*, el cual si bien puede darse como consecuencia de una amenaza, no necesariamente será siempre así. Además, refuerza lo anterior el hecho que el texto legal exige intimidación y no amenaza.

Con base en lo dicho anteriormente sobre el numeral primero, es posible descartar la configuración de la alevosía como agravante en el delito de violación, puesto que tanto la fuerza como la intimidación, provocan la indefensión de la víctima, siendo ésta inherente al delito y generando, en consecuencia, la exclusión de la agravante, en virtud de la regla contenida en el artículo 63 del CP.

Respecto a la primera parte del numeral segundo, esto es, privación de sentido de la víctima, cabe señalar que por aquel debe entenderse aquel “*estado en que la víctima se halla en la posibilidad de consentir válidamente, producto de una falta de conciencia de la realidad*”¹²⁴. Esta privación de sentido puede ser provocado por diversas causas; ya sea procurada por el delincuente, ya sea por decisión voluntaria de la víctima, o, por alguna causa externa. Normalmente, se considera como causa de esta pérdida de sentido la embriaguez, el consumo de estupefacientes, desmayos o contusiones que generen como consecuencia una afectación a las capacidades cognitivas y volitivas del ofendido. Respecto a la segunda parte del numeral segundo, esto es, el aprovechamiento de la incapacidad, podemos mencionar que consiste en que el sujeto pasivo “*padece de algún impedimento físico que lo inhabilite para oponerse a cualquier pretensión de índole sexual*

¹²² RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, cit. (n.93), p. 150.

¹²³ *Ibid.*, p. 147.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 153.

que vaya en contra de su voluntad”¹²⁵. La incapacidad debe entenderse en un sentido físico y no relacionado con una alteración psíquica que la impida consentir válidamente. A modo ejemplar, se puede mencionar; disminución de capacidad física en atención a la edad, accidentes que anulen o dejen las capacidades móviles muy reducidas, o razones patológicas.

Con base en lo dicho, en el numeral segundo tampoco es posible apreciar la configuración de la alevosía como agravante en materia de delitos sexuales, puesto que en ambos casos, especialmente en el abuso del desvalimiento de la víctima, se advierte un obrar sobre seguro como parte descriptiva del tipo, quedando excluida, al igual que en el numeral anterior, en virtud de la aplicación de la norma contenida en el artículo 63 del CP.

En relación con el numeral tercero, esto es, el abuso de la enajenación o trastorno mental de la víctima, podemos decir que éste alude a *“una alteración de las facultades cognitivas y volitivas de la víctima debida a razones patológicas”*¹²⁶. Asimismo, la afección debe ser de una magnitud tal, que le impida tomar conciencia de la significación que el acto sexual implica o bien, *“que suponga una alteración (tan) profunda en las facultades intelectivas... (que sea capaz) de quitar por completo la posibilidad de emitir un consentimiento válido”*¹²⁷. Como ejemplos de estas perturbaciones, podemos mencionar el retardo mental severo o grave, *“la psicosis, las oligofrenias, las paranoias, las esquizofrenia, la epilepsia, las psicopatías y algunos supuestos de neurosis y depresión profundas”*¹²⁸. Respecto a la duración del trastorno o enajenación, nada se señala, por lo tanto, al no ser requerido por el tipo podría perfectamente ser permanente o transitoria y congénita o adquirida. Es importante señalar, respecto a la faz subjetiva del tipo, que el sujeto activo debe conocer y abusar o aprovecharse del estado de la víctima para lograr su propósito y consumir el delito, puesto que de otra forma no habría afectación al bien jurídico. Con base en lo anterior, creemos que las relaciones sexuales con personas que estén enajenadas o trastornadas mentalmente está permitida por la ley, *“en la medida que no exista por parte del sujeto activo prevalimiento de dicho estado”*¹²⁹, pues pensar lo contrario implicaría dejar a estas personas con una restricción de tener una vida sexual, o, restringir la misma a personas en situaciones similares, o, a realizar conductas en el ámbito sexual sólo consigo mismo, por ejemplo, tocaciones o masturbaciones.

Del contenido del numeral tercero, es posible concluir que la alevosía tampoco es posible que llegue a configurarse, pues tanto en el trastorno como en la enajenación mental se aprecia un actuar sobre seguro por parte del sujeto activo, implicando un aprovechamiento de tal estado en circunstancias que la víctima no tiene la posibilidad de dar un consentimiento válido. Por lo tanto, la circunstancia comisiva contenida en este numeral constituye una manifestación del obrar sobre seguro, excluyendo la configuración de la alevosía por ser inherente al delito, regla que está contenida en el artículo 63 del CP.

¹²⁵ Íbid., p. 155.

¹²⁶ Íbid.

¹²⁷ PARMA, Carlos, *Abuso Sexual*, citado por AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p. 41.

¹²⁸ RODRIGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, cit. (n.93), p. 157.

¹²⁹ AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p. 40.

c. Aplicación de la alevosía en el delito de abuso sexual

El abuso sexual está previsto en los artículos 365 bis, 366 y 366 bis de nuestro CP, en el párrafo sexto. Éste es definido como *“la realización abusiva de una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años de edad, con algunas e las circunstancias comisivas establecidas para la violación o el estupro. También, respecto de un menor de esa edad, con independencia de la forma de ejecución”*¹³⁰.

El abuso sexual propio se encuentra establecido en el artículo 366, siendo su tenor el que a continuación se expresa:

Artículo 366.- El que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de catorce años, será castigado con presidio menor en su grado máximo, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 361.

Igual pena se aplicará cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363, siempre que la víctima fuere mayor de catorce y menor de dieciocho años.

El abuso sexual impropio, se encuentra consagrado en el artículo 366 bis, estableciéndolo el legislador en los siguientes términos:

Art. 366 bis. El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

El abuso sexual agravado, se encuentra consagrado en el artículo 365 bis, rezando sus términos de la siguiente manera:

Art. 365 bis. Si la acción sexual consistiere en la introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales en ello, será castigada:

1. con presidio mayor en su grado mínimo a medio, si concurre cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 361;
2. con presidio mayor en cualquiera de sus grados, si la víctima fuere menor de catorce años, y
3. con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 363 y la víctima es menor de edad, pero mayor de catorce años.

Constatada la forma en que nuestro legislador regula estas conductas y en lo que consiste cada una de ellas, y contestando a la misma pregunta que se trató a propósito del delito de violación, corresponde nuevamente determinar, en este caso, la procedencia o no de la aplicación de la alevosía como agravante en éstos.

¹³⁰ AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p. 87.

En estos delitos, estamos frente a delitos de acción, los cuales se consuman al realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal, siendo en consecuencia, un delito de mera actividad. No exigiéndose, por tanto, algún resultado posterior.

En relación con la faz subjetiva del tipo, en todos los casos de abuso sexual sólo se admite la comisión dolosa, y siempre éste debe ser directo, pues el abuso sexual implica como bien lo describe su nombre, un actuar abusivo, lo cual lleva implícita la idea de un aprovechamiento físico o moral de la víctima, “*de una forma excesiva, injusta, impropia o indebida*”¹³¹.

Respecto a las circunstancias comisivas del abuso sexual, los artículos citados prevén una remisión expresa a las circunstancias comisivas de la violación y el estupro. Al haber sido el estupro descartado, en virtud de los argumentos mencionados anterioremente en lo tocante a su exclusión, sólo fijaremos nuestra atención en lo previsto para las circunstancias comisivas establecidas para la violación, y, por tanto, haremos remisión de lo dicho acerca de ellas.

A pesar de que las conductas típicas varían respecto del delito anterior, las circunstancias comisivas son las mismas, siendo esto lo importante a la hora de determinar la posible aplicación de la alevosía, pues en ellas están descritas las situaciones que describen un obrar sobre seguro y generan la indefensión de la víctima. Por ello se concluye que la alevosía tampoco tendría aplicación en esta clase de delitos, pues al ser la acción sexual un aprovechamiento físico o moral de la víctima, cuando se da alguna de las circunstancias del 361, la alevosía ya estaría presente en virtud de la regla contenida en el artículo 63 del CP, pues forma parte de la descripción típica, no siendo posible considerarla por segunda vez.

d. Aplicación de la alevosía en el delito de producción de pornografía infantil

Nuestro legislador ha establecido una figura delictual que castiga la producción de pornografía infantil, y que se encuentra regulada en el artículo 366 quinquies del CP, que dispone lo siguiente.

Art. 366 quinquies. El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo.

Con la Ley N° 19.927 de 2004, se introdujeron varias reformas en materia de delitos de pornografía infantil. Poco a poco ha ido aumentando la tipificación de conductas relativas a estas materias, castigándose desde la producción, difusión y comercialización hasta la adquisición, posesión y almacenamiento de pornografía que involucra a menores de edad.

¹³¹ AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p. 97.

Al momento de determinar la procedencia o no de aplicar la alevosía en este delito, cabe señalar, en primer lugar, que en virtud de la cadena de comportamientos tipificados, especialmente en la producción de pornografía infantil, resulta necesario distinguir los actos en los cuales es posible aplicar la alevosía y aquellos en que no es posible. Como señala el profesor RODRÍGUEZ COLLAO, es preciso distinguir entre actos que son objeto de registro y actos que implican elaboración del material, pues son estos últimos los que “*en esencia configuran el delito y son, por cierto, los que deben tomarse en consideración para apreciar la concurrencia de la alevosía (como así también de cualquier otra circunstancia)*”¹³².

En este delito, al igual que en los mencionados anteriormente, estamos frente a un delito de acción. La conducta típica consiste en participar de alguna forma en la producción de material pornográfico donde se involucren menores de dieciocho años de edad, cualquiera sea el soporte del material. Estamos, por lo tanto, frente a un delito de resultado pues se exige la “*captación o registro efectivo de la imágenes o sonidos pornográficos relativos a los menores*”¹³³.

El sujeto activo corresponde a *todo al que asista de cualquier modo, sea filmando, grabando, captando imágenes o sonidos, fotografiando, actuando o interviniendo*¹³⁴. Por lo tanto, comprende todas las etapas necesarias para la obtención del material pornográfico.

Respecto a la faz objetiva del tipo, se exige la utilización de menores de dieciocho años en la producción del *material pornográfico*, tomando relevancia la definición que el legislador hace de este concepto en el inciso segundo del artículo 366 quinquies del CP. En cuanto a la faz subjetiva del tipo, el sujeto activo debe actuar con dolo directo, respecto de la elaboración de la obra y al menos con dolo eventual, respecto al hecho de *ser la producción propiamente pornográfica como a la edad de los menores que en ella participan*¹³⁵. En este caso no es necesario ni se exige por parte del legislador alguna tendencia especial o ánimo lascivo en el sujeto activo.

A diferencia de los delitos analizados con anterioridad, en la producción de material pornográfico, el legislador no tipificó circunstancias comisivas que constituyan en sí mismas un actuar alevoso, sino que sólo castiga al que participe de cualquier modo en ellos. A pesar de lo anterior, y tomando en cuenta que la alevosía podría ser aplicada a cualquiera de las personas que participen en la producción, independiente de la forma en la que asistan, es necesario distinguir ciertos supuestos en los cuales no se aplicará la alevosía por no ser la conducta constitutiva de un actuar a traición o un obrar sobre seguro, o bien, porque no hay una afectación al bien jurídico protegido. Por ejemplo, ¿qué acontece con aquel sujeto que solo fotografe a un menor? o ¿qué sucede en los supuestos de pseudo pornografía?¹³⁶. En este último caso, y en general de manera frecuente en este delito, la

¹³² RODRIGUEZ COLLAO, *Criterios de agravación...*, cit. (n.5), p. 157.

¹³³ RODRIGUEZ COLLAO, Luis, MAYER LUX, Laura, *Apuntes de derecho penal 3* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013).

¹³⁴ AGUILAR ARANELA, cit. (n.115), p.132

¹³⁵ POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *parte especial*, cit. (n.89), p.286.

¹³⁶ El cual consiste en la producción de material pornográfico mediante representación de los menores de dieciocho años, en que se emplee su voz o imagen con fines primordialmente sexuales, v.gr. incorporar la

aplicación del alevosía se descartará, pues no se ve afectado el bien jurídico libertad sexual o indemnidad sexual, en su caso, ya que no hay un contacto físico directo entre sujeto activo y pasivo, y no se crea ni empeora situación de indefensión alguna de la víctima en relación con el autor.

imagen (cara) o la voz (sin desvirtuaciones o efectos tecnológicos) de un menor en una obra pornográfica por medio de ediciones tecnológicas, de modo de hacer aparecer que el menor efectivamente participó en las acciones sexuales que se muestran.

Conclusiones

La Ley N° 20.480 que reforma el Código Penal, que introduce la figura del femicidio e introdujo el artículo 368 bis, quiso por un lado y relacionado con la violencia intrafamiliar, contribuir con la disminución de los femicidios existentes en Chile, que a la fecha han ido en aumento. No obstante lo anterior, cabe enfatizar el uso del concepto “quiso”, por cuanto el legislador, con la utilización de estas técnicas legislativas, no pudo provocar, en nuestra consideración, los objetivos antes mencionados. Manifestación de ello es que, por ejemplo, en lo tocante al femicidio, la incorporación de esta figura delictiva no obedece sino a una manifestación del derecho penal simbólico, puesto que la necesidad de tipificar el femicidio en atención a las altas conductas violentas contra la mujer, no constituyó por si misma una mayor penalidad en el hecho.

Por otro lado, en lo tocante a la introducción de la agravante de la alevosía en ciertos delitos de connotación sexual, quiso evitar interpretaciones forzadas para determinar la aplicación de la misma agravante en ciertos casos en los cuales no se podía aplicar por no corresponderse con el ámbito de aplicación previsto antes de la entrada en vigencia de esta ley. En atención a lo expuesto en esta investigación cabe concluir que la utilidad que significó la incorporación de la alevosía a este segmento de delitos regulados en los párrafos quinto y sexto, del título VII del CP, es a lo menos cuestionable.

En primer lugar, este cuestionamiento se produce, ya que respecto de la mayoría de los delitos tratados en estos párrafos, es posible excluir inmediatamente la aplicación de la alevosía, por estar éstos manifiestamente en contra de su contenido o por constituir una infracción a la regla del artículo 63 del CP, como se analizó respecto de los delitos de: estupro, sodomía, obtención de delitos sexuales mediante precio, violación propia, abuso sexual propio y el abuso sexual agravado.

Además, respecto de los otros delitos de connotación sexual, es decir, aquellos no contemplados en los párrafos antes mencionados, como es el caso de los delitos de violación agravada, ultraje público a las buenas costumbres, favorecimiento de la explotación sexual e incesto, no es posible aplicar la agravante de alevosía, por ir en contra del ámbito de aplicación que estatuye para el efecto el artículo 368 bis del CP.

Por tanto, haciendo el descarte y consecuente exclusión de todos los delitos mencionados en el párrafo anterior, las únicas figuras delictivas que podrían, en ciertos casos, ser susceptibles de un actuar alevoso son los delitos de: violación impropia y abuso sexual impropio, quedando de manifiesto, por tanto, el ínfimo campo de aplicación de esta agravante, lo que nos hace cuestionar la necesidad de su introducción.

En segundo lugar, con la introducción de reformas como las que se analiza en esta investigación, creemos que solo se logra modelar y encausar el ejercicio del *ius puniendi*, como una potestad que establece conductas y circunstancias modificatorias solo para responder a demandas sociales que imploran un mayor sentimiento de seguridad para la ciudadanía, no significando un cambio ni en la consideración ni en la naturaleza ni en los

efectos jurídicos que tales reformas pudieren significar. En consecuencia, solo contribuyen a confundir el marco regulatorio ya existente, que como se dijo anteriormente no carece de críticas en lo que se a su tratamiento se refiere.

Si bien es cierto que en nuestra historia legislativa penal ha existido siempre un catálogo extenso de agravantes, no es por este hecho ni por su antigüedad ni por el peso de la tradición histórica que conlleva, el que deba quedar exenta de críticas. En consideración a lo anterior, sostenemos que la existencia de la alevosía como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal de carácter genérica se entiende y se aprecia con mayor claridad respecto de los delitos contra las personas. Pero esta reforma, hace perder todo el sustento y el sentido respecto a su existencia, por cuanto no es posible evidenciar su aplicación práctica, según se analizó previamente.

En atención a lo expuesto, nuestra posición, en lo que a la alevosía refiere, implica distinguir entre el tratamiento de esta como agravante genérica y el tratamiento de esta en materia de delitos sexuales, como efecto de la introducción de la reforma antes mencionada. Tratándose esta investigación de la alevosía aplicada en determinados delitos sexuales, será este punto el que abordaremos en primer lugar.

Primeramente, respecto a la aplicación de la alevosía a los delitos de connotación sexual regulados en los párrafos ya indicados, abogamos por la eliminación del numeral primero del artículo 368 bis del Código Penal, en virtud de la ínfima aplicación que tiene la agravante en esta materia, pues de otra forma, es inevitable concluir, que por el mero transcurso del tiempo, esta norma caerá en desuso. Sumado a lo anterior encontramos el descrédito de la norma en cuestión, ya que ésta desde su nacimiento se encuentra viciada por la técnica legislativa, esto es, el sensacionalismo con que nuestro legislador penal regula el ejercicio de la potestad penal.

Por lo anterior, este reducido ámbito de aplicación pudo haberse resuelto mediante la modificación del numeral primero del artículo 12 del Código Penal, no en el sentido de alterar su contenido ni sus modalidades, sino simplemente en el suprimir en su redacción formal la parte relativa a los delitos contra las personas. No siendo necesario por tanto, la incorporación de un nuevo artículo que conlleva una aplicación, al menos formalmente, tan amplia.

Finalmente, en lo tocante a nuestra postura acerca de la alevosía como circunstancia agravante genérica, en lo que dice relación con la posible confusión que puede generarse al concurrir con otras agravantes que contienen el fundamento de la alevosía o bien se identifican con sus modalidades, según se trató en el capítulo segundo, cabe señalar que creemos necesaria una revisión al catálogo de éstas en orden a precisar el contenido de las mismas para evitar posibles confusiones, absorciones, y en general, incompatibilidades entre ellas, fenómeno que demuestra el desuso en el que han caído algunas, y que hace plantearse el cuestionamiento en torno a la utilidad y necesidad de regulación de tantas agravantes.

Bibliografía

- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos Sexuales (doctrina y jurisprudencia)*, (Santiago, Editorial Metropolitana, 2012).
- ALTES MARTÍ, Miguel Ángel, *La Alevosía (estudio de determinados aspectos de la agravante del nº1 del Art. 10 del Código Penal)*, (Valencia, Servicio de Publicaciones Universidad de Valencia, 1982).
- ARIAS EIBE, Manuel José, *La circunstancia agravante de alevosía (estudio legal, dogmatico-penal y jurisprudencial)*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp 1-36. Disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-03.pdf>>.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Lecciones de derecho penal, parte general* (Madrid, Editorial Trotta, 2006).
- CAMARGO HERNÁNDEZ, César, *La Alevosía*, (Barcelona, Editorial Bosch, 1953).
- CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal, parte especial*, (Bogotá, Editorial Tennis, 1956) CEREZO MIR, José, *Derecho Penal, parte general*, (Buenos Aires, Editorial BdF, 2008).
- CILLERO et al., *Código Penal Comentado*, (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011).
- CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal parte general*, (Barcelona, Editorial Bosch, 1981) II.
- CURY, Enrique, *Derecho penal, parte general* (3ª edición, Santiago, 2es Universidad Católica de Chile, 2011).
- DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis, “*propugno la independencia de ambos analisis, el de la naturaleza. objetiva o subjetiva -si se en considera justificado el realizarlo(...)*”, en “*Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal Español en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, Fascículo III, 1977. pp 597-649. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/1970-1979/1977_fasc_III.pdf>.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, parte general* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).

- GARRIDO MONTT, Mario, *El homicidio y sus figuras penales*, (Santiago, Ediciones Encina, 1976).
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, parte general* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, parte especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007) III.
- GIL GIL, Alicia, en GIL GIL Alicia *et al.*, *Curso de Derecho Penal, parte general*, (Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2011).
- IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal Chileno de 1874*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago, Centro de investigación de Historia del derecho de la Universidad de Chile, 2003-2004).
- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal* (9ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990) I.
- MERA, Jorge, “*Comentario al artículo 12 n°1*”, en CILLERO *et al.*, *Código Penal Comentado*, (Santiago, Editorial Legal Publishing, 2011).
- MOLINA CANTILLANA, René, *Delitos de pornografía infantil* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2008).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, parte general* (7ª edición, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2007).
- NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, Disponible en:
http://books.google.cl/books/about/Novisima_Recopilación_de_las_Leyes_de_E.html?id=tLMBAGok7TwC&redir_esc=y >.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, parte general*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005) II.
- POLITOFF, Sergio y ORTIZ QUIROGA Luis (directores), *Texto y comentario del Código Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002) I.
- POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal, parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004).
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1946), II.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et al., *Comentario al Nuevo Código Penal*, (Navarra, Editorial Aranzadi, 2001).
- RAMÍREZ, María Cecilia, *Anteproyecto de Código Penal: hacia una racionalización de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El caso de las agravantes*, en *Revista Político Criminal*, Disponible en: < http://www.politicacriminal.cl/n_04/a_2_4.pdf >.
- RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).
- RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el anteproyecto del Código Penal*, en *Revista Político Criminal* N° 1, A1 (2006), pp. 1-19., p.5 Disponible en: < http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_1.pdf >
- RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, 2011, pp 397-428).
- RODRIGUEZ COLLAO, Luis, *Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil*, en *Revista de Derecho de Valdivia*, (Valdivia, 2013, pp. 145-166).
- RODRIGUEZ COLLAO, Luis, MAYER LUX, Laura, *Apuntes de derecho penal 3* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2013).
- ORTS BERENGUER, Enrique, *Delitos contra la libertad sexual* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1995), pp.24-25.
- ORTIZ QUIROGA, Luis, ARÉVALO CUNICH, Javier, *Las consecuencias jurídicas del delito*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013).
- VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, (4ª edición, Editores Fernando Fe, A. San Martín y Donato Guío, Madrid, 1890).
- ZAPATA MEDINA, Jorge, *Jurisprudencia sobre la alevosía* (Art. 12 n°1 del Código Penal. 1907-1964).
- ZAPATA MEDINA, Jorge, *La Alevosía, obrar a traición o sobre seguro*, (Rancagua, Impresiones Antártida, 2012).