

ANEXO 1

Observaciones al Anteproyecto de Código Penal 2018

Departamento de Derecho Penal, Universidad de los Andes (Chile)

1. Justificación General

1.1. Introducción

El presente informe contiene la opinión de los profesores del departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile) que, de manera conjunta y/o separada, han querido hacer observaciones urgentes al proyecto de Código Penal. El plazo dado para comentarios no ha permitido un trabajo específico respecto a cada una de las nuevas propuestas normativas, sin perjuicio de lo cual se ha creído necesario hacer observaciones de manera perentoria.

Si bien se hacen observaciones de técnica legislativa a varias de las propuestas, este informe acentúa una crítica al proyecto. Este incorpora una serie de disposiciones — aborto, la eutanasia, homicidio por piedad — que, entre otras, no responden a los parámetros valorativos de la Constitución chilena. Estas disposiciones se insertan dentro de un paradigma liberal que reduce toda intervención en favor de la protección de la dignidad humana. De acuerdo con la actual formulación del Anteproyecto de Código Penal (en adelante ACP), sería posible materializar la autonomía de la voluntad a niveles insospechados propios del ámbito contractual y nefasto en materia penal.

1.2. Referencias generales

Destaca la mención al principio de legalidad (art. 1) y precisión de efectos de la ley por su consagración constitucional y relevancia en términos de determinación de delitos y penas. También se alaba la consideración de la culpabilidad (art. 2) por el hecho realizado, al reforzar exigencias de imputación al sujeto que ha de ser entonces base y límite de la pena.

En este sentido, lo que se disponga sobre las penas ha de ser coherente con semejante sostén. Así, el límite de la culpabilidad ha de reflejarse en primer lugar en el propio legislador (con marcos idóneos) y luego ha de concretarse por el juzgador según el caso particular. En este último sentido, las facultades judiciales de determinación conforme la medida de la culpabilidad son clave.

En las reglas de extraterritorialidad de la ley penal chilena (art. 5) llama la atención la inclusión de casos que conforme al Código de Bustamante son territorio nacional ficto, como las naves nacionales —sin distinción si son privadas o públicas y el lugar donde se

hallen—. También la extensión de los alcances de la ley penal, para soborno a funcionarios públicos extranjeros cometidos por extranjeros solo con residencia en Chile, no responde a principios de personalidad ni nacionalidad. Resulta ser una extensión poco o nada fundada. Asimismo, la extraterritorialidad por delitos cometidos solo por residentes o contra residentes es muy poco fundada. El tiempo de perpetración del delito, establecido en el art. 9, acoge la teoría de la acción (u omisión), pero no se condice con la regla del lugar de perpetración del art. 4, que incluye “o cuando el resultado del cual depende su consumación acaece en él”. La aplicación de ambas es, al menos, confusa.

Las definiciones de conceptos fundamentales como el de omisión —que podría haber incluido el de acción (art. 11)— pueden servir para despejar dudas y resolver conflictos que suelen presentarse en la práctica. Es especialmente interesante la restricción que hace respecto de imputación de resultados mayores, que requieren al menos imprudencia (art. 12). Destaca la falta de definición de dolo e imprudencia que no impone tesis desde el legislador, que contrasta —sin embargo— con la fijación de efectos, como ocurre con el error. No define dolo pero requiere que si falta conocer las circunstancias de hecho exigidas por el tipo no hay dolo (art. 14).

Con esa referencia a las circunstancias de hecho que enuncia el art. 14, el ACP supone dolo como conocimiento de tales circunstancias. Esta idea es, en principio, adecuada, pero también ha de existir un conocimiento semejante en la imprudencia. El conocimiento es distinto, pero ha de haber alguno vinculado con la imputación de resultados, pues de otro modo supondría aceptar responsabilidad por el resultado, que rechaza adecuadamente en el art. 12.

Así las cosas, las disposiciones que contempla el art. 12 y 14 no parecen ser compatibles. Por otro lado, y lo que resulta más grave, entiende que también falta dolo cuando se desconocen circunstancias fácticas de una causa de exclusión de injusto o ilicitud. Efectivamente, lo que comparten ambas formas de desconocimiento es que recaen en hechos, pero hechos que no se identifican. Es decir, que algunos hechos son exigidos al describir delitos y otros al admitir causas de exclusión de licitud. Tienen sentidos diferentes y el legislador está imponiendo uno idéntico, con lo que el sentido del dolo se vuelve confuso, e incluye consciencia de ilicitud solo en caso de referencia a presupuestos fácticos. Con ello, el legislador está imponiendo una tesis doctrinal que resuelve un problema práctico, que además mezcla criterios y confunde la definición de dolo.

En similar sentido, la vencibilidad del error en circunstancias fácticas de una causa de exclusión de injusto se determina como imprudencia, sin que antes haya precisado que también hay imprudencia cuando se desconoce en forma vencible presupuestos de hecho descritos por el legislador al establecer el delito. Efectivamente, esa puede ser la modalidad más básica de imprudencia (la que suele denominarse inconsciente), sin que

haya reconocido que puede haber una imprudencia consciente que no coincida con dolo; pero la identifica con el desconocimiento de otros hechos referidos a la licitud de una conducta que ya cumple con exigencias del tipo o descripción del delito. El legislador puede establecer los mismos efectos para errores distintos que se entienden análogos, pero no desconocer realidades distintas o, peor aún, realizar descripciones confusas. Habría que distinguir (como lo hace en el art. 15) y aplicar semejantes consecuencias si así se establecen. Por otro lado, hubiera sido interesante aprovechar para resolver errores en causas de inexigibilidad, que pueden ser bastante similares a algunas causas de exclusión de injusto, aunque con sentidos diversos, como el estado de necesidad.

De hecho, el proyecto distingue expresamente dos clases de estados de necesidad¹, uno que excluye la licitud (art. 21), y otro que excusa o excluye la responsabilidad (art. 29). En ese caso, el legislador no solo reconoce supuestos diversos desde estados que sería más que análogos —equivalentes—, sino que impone efectos jurídicos y determina la clase de eximente. Aquí, no solo impone efectos —y actúa a la inversa—. Define clases de estados de necesidad determinando consecuencias en distintos elementos del delito, que puede resultar discutible.

En el estado de necesidad fija la discusión en la forma que lo hace el legislador penal alemán. Incluso va más lejos al distinguir del estado de necesidad justificante agresivo, el estado de necesidad defensivo, que ni siquiera está en la legislación penal alemana. Este estado proviene de la regulación civil por el peligro de cosas o animales y se extiende como una causa de justificación respecto de una persona por responsabilidad del peligro, que parece vincularse solo con una causación natural del riesgo, que haría a la víctima obligada a cargar con su daño, pues si ella crea un riesgo prohibido ya se está en presencia de legítima defensa.

La importación de categorías de estado de necesidad que son ajenas o pensadas para otros ámbitos e interventores se puede prestar para confusión y para situaciones injustas que hagan cargar a la víctima con un daño provocado por otro que decide actuar en forma justa. Así pues, el ACP introduce, a modo de ejemplo, el estado de necesidad defensivo y agresivo del ordenamiento jurídico-civil alemán en el Código Penal. Estas modalidades del estado de necesidad (defensivo y agresivo), si bien están destinadas solo al sacrificio de la propiedad en el modelo alemán, son aplicadas en el ACP para justificar el sacrificio de cualquier bien jurídico. De este modo, la introducción de estas categorías no solo tendrá consecuencias graves en su interpretación, sino que pone en riesgo, como se expondrá en este comentario, la dignidad humana según los parámetros de la Constitución chilena.

¹ En realidad, distingue tres clases, pero una de ellas es aún más discutible, el estado de necesidad defensivo (art. 20), que se importa desde la legislación civil alemana, como un estado intermedio entre legítima defensa y estado de necesidad. La eximente es de difícil delimitación

En todo caso, es importante la delimitación que se hace del nivel de imprudencia, temeraria y simple (art. 13). Sí, se echa en falta un criterio que precise la diferencia entre la simple, que es punible, y la mínima, que es impune. Asimismo, hubiera sido ideal la inclusión de la impericia, como forma de conducta imprudente propia del perito, que procede en general en el ámbito médico y que hubiera servido además para despejar problemas tan complejos como el de la falta de conocimientos especiales, la atención por no especialistas pudiendo y debiendo abstenerse y derivar la atención.

En cambio, se echa en falta la distinción de entidad de la perturbación psíquica (art. 17), aludiendo solo a la falta de capacidad para motivarse a cumplir la norma, que evitaría el delito. Hubiera sido ideal incluir la perturbación total (en la ley vigente tal mención es irrelevante o confusa porque el legislador habla de “privación” que implica carencia, por definición es total, pero es distinto si únicamente se habla de perturbación). Igualmente, se comprende que no se excluya de responsabilidad y se aplique una atenuante (muy calificada) si el agente es responsable de causar tal incapacidad; sin embargo, la contra excepción por provocación deliberada es confusa. Se puede entender que la responsabilidad por la causa o provocación que excluye la eximente sería solo una imprudente y si es doloso no cabe ni siquiera atenuante. Habría que redactarlo en términos más claros, que impidan confusión o, derechamente, inaplicabilidad de la atenuante, que es el riesgo de semejante redacción.

Es criticable la mención del consentimiento de la víctima para excluir la ilicitud de una conducta (art. 18), que deja a merced de la autonomía de la voluntad el daño a cualquier bien protegido jurídicamente, incluso los inherentes a la persona humana, como la vida y salud de las personas. La voluntad de la víctima puede considerarse perfectamente al establecer la punibilidad de cada tipo, como en la violación de domicilio, ingreso en morada ajena contra la voluntad del morador, o la autorización del dueño en la apropiación de cosas muebles ajenas, e incluso en la usurpación de bienes inmuebles.

En este orden de ideas, la mención del consentimiento de la víctima resulta innecesaria en la mayoría de los delitos donde puede ser relevante (ya como causa de atipicidad) y si no se incluye en el tipo podría aceptarse como una causa de exclusión de injusto limitada con atención a la entidad y disponibilidad de los bienes protegidos, no como una gran causa de licitud que puede resultar una “carta abierta”, susceptible de alegación en cualquier caso, que deja la tutela de bienes mayores y “supuestamente” indisponibles a merced de la víctima.

La disposición del art. 18 del ACP choca con la entidad de la tutela penal y con la tradición nacional de protección, que incluso limita (actualmente) el perdón del ofendido a delitos de acción penal privada. Será fundamental además la prueba de semejante voluntad. Esta aceptación tendría graves consecuencias si se piensa, por ejemplo, en la

actividad médica, donde bastaría el consentimiento del paciente para cubrir cualquier riesgo, aún los antijurídicos si se cuenta con semejante art. 18.

Respecto del *iter criminis*, la noción de la tentativa es poco clara (art. 31). Si bien limita el aspecto subjetivo en términos de resolución delictiva (estar resuelto a preparar el delito), no se determina la conducta. Ella se vincula con la resolución para prepararlo, pero simplemente habla de ponerse en situación de hacerlo. ¿Qué significa se “pone inmediatamente en situación de hacerlo”? Más claras son referencias a la realización de la conducta típica o al cumplimiento del comportamiento típico (si se quiere dar pie para tentativas en omisiones), con dolo de consumar. Es relevante añadir también la **falta de cumplimiento objetivo por un motivo independiente del agente**, que termine de explicar el desistimiento (art. 32), sobre todo cuando se elimina la diferencia con la frustración.

Con relación a la autoría y la participación, destaca la distinción real de autor y partícipe en sentido estricto, con de delimitación de autor ejecutor del tipo -que incluye autor inmediato y autor mediato- de los coautores (art. 35). Hubiera sido ideal inclusión o referencia de casos en los que actúa a través de la “**voluntad**” o “**comportamiento**” de otro, **como el engaño o la fuerza moral irresistible**. Es interesante la resolución que hace del problema de la sanción de los partícipes en caso de delitos especiales, que exigen calidad especial para el autor. La sanción en calidad de inductor o cómplice soluciona el problema de la comunicabilidad al extender sanción del partícipe según cuál sea su intervención (art. 34).

Sin embargo, se mantiene la duda respecto del autor que no tiene la calidad especial. ¿Ha de quedar impune o ha de sancionar como cómplice o inductor cuando no lo es? Podría pensarse que ha de quedar impune con la mención que hace el art. 34 sobre la sanción como inductor o cómplice “según corresponda”, si no corresponde es impune. O se entiende que realmente no puede ser autor porque no tiene la calidad especial y ello supone que siempre será cómplice, si es que no es inductor.

Por último, cabe preguntarse si no puede tener el dominio del hecho alguien que no tenga la calidad especial. Esto es distinto de la autoría mediata, donde el sujeto de atrás domina la voluntad de otro, ya sea porque ese de atrás tiene la calidad especial y domina la voluntad del de adelante o porque el de adelante tiene la calidad especial y el de atrás domina su voluntad. Estos casos tampoco están tan claros y podrían haberse incluido como ejemplo quizá de la autoría mediata.

1.3. Balance general

El ACP nace de la pretensión de adoptar un modelo de Código Penal muy similar al alemán, y de algunos desarrollos de la dogmática alemana, en desconocimiento de la

realidad del sistema jurídico chileno. El ACP –a diferencia del ACP del 2005²– introduce instituciones y un lenguaje extraño a la práctica judicial chilena.

El ordenamiento alemán da origen al ACP que se nos presenta, tanto desde un punto de vista doctrinario como jurisprudencial. Si bien dogmáticamente pareciera razonable y deseable el introducir un Anteproyecto de estas características dogmáticas, las consecuencias serían nefastas para los operadores del sistema. El ACP no solo introduce instituciones ajenas a la práctica jurisprudencial chilena, sino que también cambia totalmente el sistema de determinación de penas. Sistema de determinación que ha funcionado con estabilidad el sistema chileno en conjunto con las penas sustitutivas de la Ley 18.216. Sin embargo, el ACP establece que todas las penas sean *efectivas* en el marco del Código Penal. Ciertamente, esta decisión tendrá aparejada un aumento de la población carcelaria que la Ley 18.216 buscó reducir³.

También el ACP justifica la eutanasia y el homicidio por piedad, es decir, un modelo libera que acepta la plena autonomía del ser humano para disponer de su vida. Al respecto conviene considerar que disposiciones que consagren la eutanasia y el homicidio por piedad atentan contra la dignidad humana, porque permiten matar a seres humanos inocentes, siempre y cuando estos presten su consentimiento. De este modo, el ACP admiten la infracción de una máxima esencial: nunca es lícito matar a un ser humano inocente. Máxima que no es posible insertarla en un ACP que solo criminalice Conductas que cumplan con los contornos del principio del daño⁴.

2. Justificación Particular

2.1. ESTADO DE NECESIDAD DEFENSIVO Y AGRESIVO

Bibliografía: WILENMANN VON BERNATH, JAVIER (2016): Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad, InDret 1/2016, p. 36; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2007): “Los indeseados como enemigos. La exclusión de seres humanos del *status personae*”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf> [fecha de consulta 22/08/2014], pp. 01: 15 y 01: 16; GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín y MIRANDA MONTECINOS, Alejandro (2013): “Sobre la licitud de la destrucción de una aeronave”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del

²Se puede obtener una copia del Anteproyecto de Código Penal del 2005 en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf [última visita 25/11/2018].

³La superpoblación carcelaria acentúa los inconvenientes de establecer un sistema que solo contemple penas efectivas y, asimismo, recarga el sistema carcelario. Últimas consideraciones que se tuvieron en cuenta con la introducción de la Ley 18.216, véase Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 28.216. Disponible en <file:///C:/Users/profesor2/Desktop/A/HL18216.pdf> [fecha de consulta 26/11/2018].

⁴ FEINBERG, Joel (1984): “Harm to Self”, vol. 2, en: *The moral limits of Criminal Law* (Oxford University Press), *passim*.

Norte, Sección: Ensayos, año 20, N° 2, pp. 351-371; BASCUÑÁN, Antonio (2004): “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, *Revista de Estudios Públicos*, passim.

Estos modelos del estado de necesidad (defensivo y agresivo) nacen del sistema jurídico civil alemán. Como lo hace un sector de la doctrina alemana, el ACP extrapola el estado de necesidad defensivo y agresivo a materia penal. Esta extrapolación conlleva el riesgo de aceptar o terminar con la vida de un inocente en el estado de necesidad defensivo, siempre y cuando este inocente sea la fuente de peligro dolosa o imprudentemente. De aquí que un sector de la doctrina, califique al estado de necesidad defensivo como una institución que justifica casi cualquier comportamiento a través de la indeterminación semántica del concepto peligro.

El origen del estado de necesidad defensivo y agresivo está en el derecho civil alemán (BGB). En el ordenamiento civil alemán el estado de necesidad defensivo y agresivo solo permite el sacrificio de la propiedad y no justifica una intervención que afecte la integridad física de las personas. Última interpretación que, en torno a lo que concierne en el sacrificio de inocentes en situaciones de ataque terrorista, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán parece aceptar. En este sentido, el Tribunal cuando discutió la admisibilidad de una Ley de Seguridad Área que permitiera el derribo de aviones comerciales —secuestrados por terroristas— rechazó dicha regulación. Pues bien, esta Ley de Seguridad instrumentaliza a los inocentes, porque su sacrificio es un medio para salvar a la sociedad. Por otra parte, el estado de necesidad defensivo permite justificar el aborto —sin medida de contención alguna—, porque el concepto de peligro es sumamente amplio y permite encubrir todo tipo de consideraciones consecuencialistas ajenas a la Constitución chilena.

2.2. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

Bibliografía: Biblioteca del Congreso Nacional (2010): *Historia de la ley 20.480. 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 a las normas sobre Parricidio*. p. 453; CURY, Enrique (2013): “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”, en: AA.VV., *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, Universidad de Chile), p. 251; GUERRA, Rodrigo (2017): *Estado de necesidad como conflicto de intereses: una propuesta de interpretación desde la inevitabilidad* (Ara Editores) p. 430.

El estado de necesidad exculpante exime de responsabilidad fuera de los parámetros del estado de necesidad defensivo y agresivo. Este estado de necesidad exculpante exime de responsabilidad en situaciones de peligro ante la afectación de cualquier bien jurídico (propiedad, vida, etc.). Sin embargo, el estado de necesidad exculpante siempre conlleva

—**incluso en el § 35 del Código Penal alemán**— una cláusula de subsidiariedad. Es decir, el legislador siempre exige que la afectación del bien jurídico sea la última alternativa en una situación de peligro. Si bien uno puede imaginar todo tipo de casos laboratorio en torno a la eximente de estado de necesidad exculpante, lo importante es considerar **casos de violencia intrafamiliar que darían lugar a una autotutela desenfrenada en Chile**. De este modo, podría ocurrir que la mujer lo único que tuviera en su mano fuera un revólver cargado y en realidad el conviviente solo se propusiera darle unas cachetadas. Por ello, Cury decidió incorporar en el art. 10 N.º 11 (actual estado de necesidad exculpante) —en atención a la discusión de Larraín y Chadwick— una cláusula de subsidiariedad para estos efectos, a saber, que *el mal causado no sea sustancialmente superior al que se pretende evitar*. Ello, para evitar situaciones de exceso en casos de violencia intrafamiliar en casos de estado de necesidad exculpante. En esta línea, una disposición de las características del art. 29 requiere de una cláusula de subsidiariedad en virtud de la seguridad jurídica.

2.3. EUTANASIA

Bibliografía: MIRANDA MONTECINOS, Alejandro (2012): “Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa//, *Revista Médica Chile*, 140, pp. 261-265. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rmc/v140n2/art17.pdf> [fecha de consulta 15/06/2014], p. 262; ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2008): “Derechos del paciente y eutanasia en Chile”, *Revista de Derecho*, Vol. XXI, N° 2, p. 116

Como ya se dijo en la introducción de este estudio, en el ACP observamos una tendencia liberal que rechaza la protección de la dignidad humana. En la disposición del art. 217, el ACP materializa una posición liberal que justifica la eutanasia. En concreto, el ACP en su art. 217 impone un modelo axiológico, como expresión de un consenso ciudadano y subraya una autonomía que menoscaba la dignidad e integridad física de las personas. La disposición del art. 217 no solo tiene repercusiones en la sociedad chilena, sino que desconoce la finalidad de los tratamientos paliativos. Es decir, que estos no pueden ser utilizados para matar de forma deliberada a una persona en el actual Código Penal.

En este contexto, la eutanasia directa es una forma de homicidio que persigue acortar la vida del paciente. En cambio, la eutanasia indirecta, inserta en la doctrina del doble efecto, es conteste con la función adecuada de los tratamientos paliativos. Esto tratamientos tiene por objeto calmar el dolor del paciente, aunque el efecto colateral sea acortar su tiempo de vida. Este acortamiento del tiempo de vida es un efecto derivado de la finalidad de aliviar al paciente y no matarlo.

De ahí que, a modo de ejemplo, administrar morfina tenga efectos perjudiciales y paliativos, porque conlleva afectar progresivamente la función respiratoria del paciente e incluso precipita su muerte. Así las cosas, el ejercicio de la medicina tiene un impacto

considerable en la sociedad, y por eso su regulación es más estricta que en el caso de otras profesiones. Pues bien, la eutanasia consagra una autonomía plena del individuo que merma su dignidad humana.

En este orden de ideas, la Constitución chilena no admite un reconocimiento pleno de la autonomía en materia penal, porque si bien considera al hombre un ser libre y dotado de personalidad, este no puede atentar contra su propia dignidad. Asimismo, el actual Código Penal chileno reconoce como delito el auxilio al suicidio. Sin embargo, en el ACP no se encuentra regulado y eso da lugar a la problemática que se presente en el caso de la Estrella Sirio⁵.

Por último, incluso la jurisprudencia chilena ha manifestado oposición a una consagración plena de la autonomía individual en materia penal en lo que concierne a la automutilación⁶. Sin embargo, el ACP consagra el consentimiento como una causal de justificación, sin definir que bienes jurídicos se pueden afectar a través del consentimiento de tercero en el art. 18 (el consentimiento como causal de justificación). De ahí que esta última disposición indique lo siguiente: *No actúa u omite ilícitamente quien cuenta con el consentimiento del afectado.*

2.4. EXIGIBILIDAD DISMINUIDA

Bibliografía: HORMAZÁBAL, Hernán (2002): “La doctrina de la actio libera in causa y su incorporación al derecho español”, en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis et al (editores): La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2002, pp. 803 y ss.; HERNÁNDEZ, Héctor (2007): “El régimen de la autointoxicación plena en el derecho penal chileno: deuda pendiente con el principio de culpabilidad”, *REJ – Revista de Estudios de la Justicia* N° 9, pp. 23 – 24.

⁵ En este sentido, “un supuesto límite de esta clase es el extraño caso Sirio ocurrido en Alemania y conocido por los tribunales de ese país. El acusado hizo creer a una joven que él era un habitante de la estrella Sirio, de la cual procedía, y que estaba en condiciones de procurarle una vida futura mejor y superior. Para conseguirlo, la mujer debía dejar caer el secador de pelo encendido en la bañera, mientras la ocupaba, lo cual provocaría un accidente que *en apariencias* le causaría la muerte, pero sólo para despertar más tarde en un cuerpo distinto en el cual *reiniciaría* una vida renovada. Esto último acontecería en un punto determinado, junto al lago de Ginebra, donde ambos se reunirían. De todas formas, como en su vida nueva requeriría dinero, la instó a tomar un seguro por 500.000 marcos a nombre del hechor. El plan fracasó, porque aunque la joven dejó caer el secador en la tina no murió y, en cambio, después de algunas otras alternativas el hecho fue descubierto. Como en el proceso se estimó acreditado que la víctima obró segura de que *no moriría sino sólo en apariencias* y que, de no ser así, *no habría participado en el proyecto porque reprobaba moralmente el suicidio*, el tribunal apreció una tentativa de asesinato -afirmando, eso sí, autoría mediata y no directa del hombre de atrás-. Con arreglo a la opinión sostenida aquí, el hecho tendría que haber restado impune si la joven hubiera supuesto que iba a morir antes de despenar a orillas del lago de Ginebra, y que “entraría en una vida *tras* la muerte” porque en ese evento sólo habría inducción a un hecho atípico”, CURY (2005) p. 605.

⁶ Pues bien, unos trabajadores decidieron mutilarse recíprocamente sus dedos para cobrar un seguro. El tribunal decidió condenarlos por mutilación, porque el consentimiento no opera como una causal de justificación.

La disposición del art. 17 del ACP implica que los trastornos intermedios (de carácter grave), en los que el imputado actúa con la capacidad de distinguir la real de lo irreal, debe responder por situaciones de exceso en el estado de necesidad. Sin embargo, en caso de la legítima defensa estos trastornos pueden justificar el exceso intensivo o extensivo según lo dispone el art. 30: *No es penalmente responsable quien por miedo o confusión se excede al defenderse o al defender a un tercero frente a la agresión ilícita de otro.*

En este orden de ideas, ¿qué justifica que el miedo (trastornos de mediana intensidad) solo se acepte en la legítima defensa y no en casos de estado de necesidad? El miedo en el Código Penal actual subsiste como una figura autónoma del estado de necesidad y la legítima defensa. Pues bien, nos explica por qué ante situaciones de excesos en la legítima defensa (falta de necesidad racional del medio empleado) y en el estado de necesidad (selección del medio menos lesivo y perjudicial), debemos exculpar al imputado.

De lo contrario, a modo de ejemplo, en el caso del síndrome de la mujer maltratada (trastorno de estrés post traumático de mediana intensidad) está debería responder penalmente en caso de matar a su maltratador, y solo podría recibir una atenuante muy calificada. Esto conlleva que el miedo insuperable solo se aplique en casos de exceso en legítima defensa e incluso rechazar del síndrome de la mujer maltratada como eximente de responsabilidad en situaciones extremas contra la mujer. Pues bien, no debemos olvidar que la gran cantidad de casos de violencia domestica contra la mujer permite incorporar el art. 10 N° 11 en el Código Penal.

Por último, la frase “**a menos que hubiere provocado deliberadamente su incapacidad**” del art. 17 nos parece problemática. Esta frase materializa un criterio de imputación extraordinario que se conoce con el nombre de *actio libera in causa* (en adelante ALC). La ALC permite hacer referencia a la acción precedente que genera la incapacidad del agente en casos de autointoxicación plena. Así las cosas, nos parece que esta estructura refuerza una estructura presente en el *versari in re illicita*: si el imputado se auto-intoxica de forma plena, responde de todas las consecuencias de su comportamiento delictivo. La ALC construye artificialmente una relación entre la conducta y la imputabilidad. Pues bien, integra la acción precedente forzosamente en el control de la situación y el conocimiento de la creación de un riesgo que puede ser objeto de una conducta delictiva.

2.5. HOMICIDIO POR PIEDAD

Esta forma de homicidio privilegiado admite un modelo liberal que desconoce la dignidad humana. Pues bien, la dignidad se materializa a través de la siguiente máxima: nunca es lícito matar a un inocente. Así las cosas, nunca podría existir un menor desvalor en la occisión directa de un inocente. En otras palabras, es mejor solucionar este tipo de

situaciones a través una política estatal que permita el acceso a todo tipo de tratamientos paliativos. En suma, el art. 215 consagra el menor desvalor en el *consentimiento de la víctima* y, asimismo, favorece la muerte del inocente.

2.6. DETERMINACIÓN DE LA PENA

Es interesante la inclusión como pena de restricciones de otros derechos como la prestación de servicio en beneficio de la comunidad y que no sea solo una pena sustitutiva (art. 43). Respecto de la restricción de libertad, también es un aporte la inclusión derechamente de la libertad restringida. Solo debe estar acorde con la ley que establece penas sustitutivas (otros casos y condiciones). La distinción con las sanciones administrativas, especialmente con relación a la multa (art. 46) puede servir para resolver varios problemas prácticos.

También se considera un aporte en la pena de prisión, tanto la referencia como a otras restricciones de derechos para conservar el orden y la seguridad -que debiera estar limitadas-, como la inclusión de un plan de actividades y servicios que tengan en cuenta la prevención especial (no vuelva a cometer delitos). Es adecuado también plantear que esté acorde con el cumplimiento de penas que establezca la ley, por lo que se espera se regule en términos coherentes y simultáneos.

Es importante que las reglas que se fijen para el cumplimiento cumplan con estándares internacionales, que tome en cuenta, por ejemplo: el control judicial, la especial gravedad del delito (al momento de imponerse y no después o nuevamente para otros efectos, como conceder un beneficio), procesos transparentes (información pública), situación particular del condenado vinculado con su estado de salud, edad y estado de embarazo o puerperal. Es fundamental tener en cuenta la culpabilidad, el merecimiento de pena, al igual que la necesidad de pena, especialmente cuando se incluyen planes de actividades y servicios que consideran necesidades preventivas.

Antes de la pena de prisión (desde 1 año hasta 20 o 30 años máximo) se contempla la reclusión que en realidad es siempre parcial. No existen privaciones de libertad total por menos tiempo que 1 año. Podría verse como un vacío criticable, pero tiene sentido frente a la lógica de prevención especial que inspira la idea de prisión que se describe y sigue también -hasta ahora- la actual ley de penas sustitutivas.

La idea de que la privación de libertad de corta duración ha de evitarse frente al riesgo de desocialización de la cárcel ha de llevar a permitir igualmente sustituir penas de prisión si se estableces por breve tiempo, entre 1 año a 3 años, si se cumplen con determinadas condiciones, básicamente vinculadas con no ser reincidente. Si todas las penas de prisión se consideran de crímenes y, a su vez, aflictivas (aunque sea 1 año, art. 41), se impide la sustitución de penas y, con ello, el logro del objetivo que el mismo ante proyecto plantea

al definir la prisión (art. 48), la reclusión (art. 49), especialmente la libertad restringida (art. 50) y, por supuesto, la prestación en beneficio de la comunidad (art. 52).

El límite o eliminación de penas sustitutivas en caso de prisión contradice la lógica que el propio gobierno consideró al modificar la Ley N° 18.216 en 2013 por la Ley N° 20.603 con la introducción de las penas sustitutivas. Se olvidó la constatación que hizo la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia a propósito del incendio de la cárcel de San Miguel, que evidenció que las cárceles concesionadas tenían equipamiento para un total de 1.110 personas, donde se encontraban 1.961 al momento del siniestro⁷.

La imposibilidad o restricción de la aplicación de penas sustitutivas, que se refuerza ante la limitación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad y de las facultades del juzgador, puede llevar a prácticas similares a las que se han dado respecto de las exclusiones y límites en regulaciones como la Ley Emilia y las reformas a la Ley de Control de Armas⁸. Es decir, la dureza e inflexibilidad que suponga aplicar penas de prisión efectiva, aunque sea de 1 año, puede llegar a absoluciones que resulten desproporcionadas e incluso algo injustas frente a la pena de reclusión (no ante la privación efectiva de libertad).

El art. 49 contempla la posibilidad de aplicar la reclusión (parcial) como pena alternativa a la prisión, por lo que podría evitarse la situación arriba señalada. El problema es que el sistema de determinación de penas efectivamente lo permita.

En cuanto al proceso, la base de determinación legal desde la que adecuadamente parte (art. 53) se altera con la tentativa de modo confuso. Hace una remisión a otros artículos, innecesaria si después lo dice, y luego agrega que el tribunal tiene la facultad “para aplicar por segunda vez esta disminución”, sin señalar a qué casos se refiere. Esta imprecisión finalmente nada dice. Se ha de verificar si al examinar reglas de determinación posteriores algo explica, lo cual ya resulta complejo. Nuevamente, al señalar las reglas para el inductor (art. 54) y para el cómplice emplea la técnica de reenvío, con dos remisiones cuando alude a la tentativa (art. 55).

⁷ Comisión de Constitución, Legislación y Justicia (2010), Informe en cumplimiento del mandato entregado por la corporación para investigar las eventuales responsabilidades políticas o administrativas en el incendio que afectó al centro de detención preventiva de San Miguel en el año 2010, p. 20.

⁸ Esta advertencia de falta de realidad y desproporción, es sin perjuicio de las múltiples sentencias del Tribunal Constitucional que han declarado la inconstitucionalidad de sentencias que han rechazado la aplicación de penas sustitutivas. Podría sostenerse que el mayor argumento de inconstitucionalidad por desigualdad se zanja con este Anteproyecto que establece el sistema para todos los delitos. El problema de fondo tiene que ver con el real compromiso por la prevención especial (aunque se discuta la reinserción de la prisión, al menos se evita la desocialización de la privación de libertad efectiva, por supuesto en casos que lo ameritan), que aparecen en tratados internacionales suscritos y en el propio Anteproyecto, y el problema de justicia que supone negar oportunidad a sujetos que cometen delitos por primera vez en circunstancias que explican una penalidad menor; en caso de que se reconozcan efectivamente atenuantes.

Luego separa la determinación legal de la judicial, que igualmente parece idóneo. Cuando comienza con la primera determinación de la pena legal, llama la atención que la considera luego de aplicar circunstancias atenuantes y agravantes muy calificadas, de modo que ya hay una primera evaluación judicial. Semejante determinación puede explicarse porque mantiene la selección de la naturaleza de penas (arts. 60, 62, inciso final, 63), aunque en conjunto con la fijación de cierto marco penal, que en realidad es un primer nivel de determinación judicial. En este sentido, sigue términos análogos a los de la determinación de la sanción penal para adolescentes establecido en la Ley N° 20.084, que ya resulta algo complejo. También puede explicarse la denominación de penal legal por la rigidez de las reglas que se señalan al legislador, que lo obligan a establecer un mínimo (art. 61) o un máximo (art. 64) especialmente cuando se trata de una atenuante muy calificada o una agravante muy calificada.

Antes de revisar esta determinación, se advierte una moción de orden. Resulta confuso que se hable de determinación legal y se señale que se hace según reglas relativas a la consideración de atenuantes y agravantes muy calificadas (art. 57), cuando ellas aparecen después de mencionar la determinación judicial de la pena (art. 58), según los arts. 60-65. Las reglas que sirven para la determinación legal están dentro de la determinación judicial, que tiene sentido si es una primera apreciación judicial. El problema está en limitar las facultades judiciales, que suponen poca movilidad o rigidez. Por otra parte, hubiera sido ideal que se mencionaran las circunstancias modificatorias, agravantes y atenuantes, antes establecer sus efectos en el proceso de determinación.

En la determinación legal (más bien, primer nivel de determinación judicial), distingue si se trata de penas alternativas o penas de prisión y en ambos casos dispone un efecto específico si existe una atenuante muy calificada o una agravante muy calificada. En caso de penas alternativas se deberá preferir una (arts. 60 y 63) y cuando se señala pena de prisión hay una restricción para el máximo y para el mínimo (arts. 61 y 64), que se explican según la entidad de la penal legal (“originaria”) y poco por las circunstancias modificatorias, al fijar reglas para el juzgador.

Sí cabe destacar la preocupación por evitar la doble valoración de circunstancias al separar valoración de unas y otras. También destacan los criterios para establecer la cuantía exacta de la pena (art. 73) -la culpabilidad del responsable, la extensión del mal, las circunstancias atenuantes y agravantes-, que admiten facultades. Hubiera sido ideal que este reconocimiento existiera en todo el proceso de determinación, con un real reconocimiento de la primera fase de determinación judicial y no una fijación legal que pretende ser establecida por el juez. Como se advirtió la poca flexibilidad judicial puede llevar a prácticas que impidan penas excesivas, como ha sucedido con últimas modificaciones a la Ley del Tránsito y a la Ley de Control de Armas.

El ACP introduce reglas de fijación del marco penal que fusionan el modelo alemán con el español, introduce la diferencia entre tentativa acabada e inacabada e incorpora solo penas efectivas, entre otras modificaciones. Sin embargo, ¿cómo mejora el sistema de determinación con estas modificaciones? Nos parece que el Código Penal vigente tiene un rango de precisión adecuado en los que concierne a las disposiciones del art. 65, 66, 67, 68 y 69. Ciertamente, solo es necesario enmendar la redacción de estos artículos, establecer el orden de prelación del art. 65, 66, 67, 68, 69 y fijar el orden de prelación entre las circunstancias extraordinarias y ordinarias de responsabilidad penal.

También no podemos olvidar que la cláusula de cierre del art. 69 (determinación de la pena exacta) es una disposición que permite la subsistencia dogmática tanto de un sentido retributivo y prevención general en la aplicación de la pena. De este modo, cambiar el sistema de penas solo tendría sentido si la práctica presentara problemas graves en esta materia. Sin embargo, los operadores del sistema tienen certeza en la operatividad de los factores de la determinación de la pena. Repercusiones importantes en el aumento de la población carcelaria, sino que también será caótico en caso de resultar más favorable el régimen del Código Penal vigente, en atención a las causas en transición en el momento de la dictación y posterior publicación del ACP

También cabe hacer una breve mención respecto de las atenuantes (art. 75). Tiene sentido la distinción de una agravante amplia como la de estímulos que produzcan arrebatos u obcecación, pues tiene la suficiente amplitud para abarcar otras circunstancias que explican actuaciones movidas por pasiones. Llama la atención que, contra tal sentido, se incluya una circunstancia 2 que difícilmente se distingue de la que señala el número 3; es decir, ¿en qué se diferencia “la de haberse esforzado voluntaria y seriamente por evitar la consumación de un delito, aunque se haya consumado” de “la de haber procurado con celo reparar el mal que importa el delito o impedir sus ulteriores consecuencias dañinas”. Es muy interesante la inclusión del número 5, con reconocimiento de sufrimiento para el propio agente, un efecto para la llamada “pena natural”.

Finalmente, se advierte total desconsideración de algunas emociones, como el miedo o incluso la compasión; pues puede decirse que la ira está en el arrebatos u obcecación. ¿Por qué la ira es más relevante que el miedo? El Anteproyecto solo reconoce el miedo dentro de un exceso en la legítima defensa (art. 30), como si solo existiere ante situaciones de agresiones ilegítimas y solo si estas no cumplen requisitos para legítimas defensas. Se confunde la perturbación anímica del miedo, que además puede producirse no solo a raíz de agresiones ilegítimas, hay otros estímulos, que pueden provenir de terceros, de animales o incluso de la naturaleza. Además de desconocer la autonomía del miedo, se omite su intensidad propia. La compasión no es considerada actualmente y podría no atenderse, aunque esta reforma podría ser una oportunidad para admitir la incidencia de las emociones en el comportamiento humano, como ya lo están haciendo

varios estudios en otros ámbitos⁹. Incluso hubiera sido ideal considerar estados emocionales propios de la mujer que no se corresponden con perturbaciones psíquicas necesariamente.

2.7. DELITO DE ABORTO

Probablemente el aspecto más relevante de la tesis mayoritaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional en relación a la Ley de Aborto en tres Causales, radica en el argumento de que el mandato de protección del Estado no le impone el deber de incorporar al ordenamiento jurídico un “deber absoluto” (“no matar nunca”) que impida el desarrollo de otros derechos. Aquello implicaría, que los deberes - negativos y positivos (no sólo no dañar, sino también cuidar, favorecer y defender al no nacido) - tendrían como límite la imposición de medidas que vayan “más allá de lo razonable y sacrifiquen el derecho de otros”.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, la tesis del voto de mayoría parte de la base de que el legislador debe considerar a) al embarazo como un estado temporal de compromiso vital de la mujer; b) el legislador no puede instrumentalizar a la mujer con el objetivo de proteger al no nacido, por lo que los deberes se convierten en inexigibles cuando genera riesgo vital o cuando impone deberes “más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. Se trataría, del reconocimiento de que el Estado, en casos que sólo puede calificar el legislador, no puede obligar a la madre con el fin de proteger al no nacido a que deba soportar ciertos costos para la vida del destinatario del deber que, por su peso, se vuelven inexigibles.

Aquella dudosa tesis mayoritaria – que no compartimos - , sin embargo, tiene una contracara constitucional que representa su límite formal que no es posible desconocer. Sólo el legislador estaría legitimado para cancelar el deber positivo que recae sobre la madre de mantener el embarazo en ciertas circunstancias, considerado que es deber del Estado también proteger al no nacido. Incluso en un interpretación errónea, esto es, aquella que valora al no nacido como un mero bien jurídico y no como sujeto de derecho deberá reconocer que el art. 19 N°1 de la Carta Fundamental provee un estatuto constitucional y una serie de deberes al legislador nacional.

Por lo mismo, la implementación de un sistema de plazos, como el propuesto por el proyecto de Código Penal para las primeras 12 semanas del no nacido, sería abiertamente inconstitucional. Aquella inconstitucionalidad se basa en que no es posible transferir a las personas la facultad de ponderar y determinar – como sucede en sistemas de plazos – los casos y circunstancias en que el deber de mantener el embarazo deja de ser exigible. Sostenemos adicionalmente que un sistema de plazos sería abiertamente inconstitucional,

⁹ En este sentido, son fundamentales los estudios de Lersch (1966), La estructura de la personalidad, traducido por Dr. A. Serrate Torrente, 4ª edic. española, Editorial Scientia, Barcelona;

debido a que acepta que un ciudadano estaría facultado para ponderar vidas humanas, cuestión que es contradictorio con la idea de dignidad humana, titularidad de derechos humanos.

El modelo adoptado, que asume un modelo de plazo y uno de indicaciones, resulta ser inconstitucional – cualquiera sea la tesis - en lo referido, a lo menos, al modelo de plazo en las primeras 12 semanas. Al respecto, y aún cuando nos parece errónea e inconstitucional la decisión adoptada por el legislador en la Ley N°21.031 de 2017, se debe considerar el complejo debate desarrollado en la sociedad chilena y no se le puede superar por esta vía. Adoptar una ampliación de las hipótesis y modificar el modelo de regulación sin tener datos empíricos de su aplicación ni una descripción social que de cuenta de la necesidad de una reformulación, resulta ser abiertamente irresponsable.

2.8. DELITOS SEXUALES

La regulación vigente, contenida en el Código Penal, considera a la *violación* como el atentado más grave del que puede ser víctima una persona dentro del catálogo de los conocidos como “delitos sexuales”. Por violación se entiende al acceso carnal efectuado sobre una persona “que no ha prestado su consentimiento para la ejecución de la conducta sexual o que no está en condiciones para prestarlo, por razones físicas o mentales”¹⁰.

De esta manera, la ausencia de consentimiento de la víctima se puede verificar, ya sea porque la voluntad de la víctima ha sido doblegada (por fuerza o intimidación), o porque ésta no puede manifestarla (por estar privada de sentido, en incapacidad para oponerse a la agresión, o por sufrir un trastorno o enajenación mental). Como resume Rodríguez Collao: “el denominador común de todas las hipótesis de violación, no es una actuación *en contra* de la voluntad de la víctima, sino la *falta de voluntad* para la realización del acceso carnal”¹¹. Siguiendo esta lógica, todas las circunstancias son castigadas a título de violación con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio.

El APCP 2018 rompe con el esquema vigente hasta ahora y distingue –de la misma manera que el Código Penal español– entre *violación mediante agresión sexual* (art. 262) y *violación mediante abuso sexual* (art. 264). Habrá *violación mediante agresión sexual* en el caso que se constriñere a tolerar la “penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la persona afectada” mediante violencia o amenaza grave, circunstancia sancionada con una pena de 5 a 10 años de prisión. Por otra parte, habrá *violación mediante abuso* en el caso que la penetración genital de la boca, ano o vagina se logre: 1º abusando de la enajenación o trastorno mental de la persona afectada; 2º aprovechándose de la privación de sentido de la persona afectada; o 3º aprovechándose de la grave dificultad de la

¹⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 179.

¹¹ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, p. 190.

persona afectada para resistir. En el caso de la *violación mediante abuso* la pena asociada es de prisión de 3 a 7 años.

Como se ve, el APCP 2018 valora como hipótesis más graves los supuestos en que la *voluntad de la víctima se ha doblegado*, frente a aquellas en que la penetración genital se ha logrado por un *defecto en la voluntad de la víctima que no hace necesario doblegarla* de forma directa. Aparentemente, el esquema atiende, siguiendo a Caruso Fontán, quien razona desde la tipificación española, al “grado de doblegamiento de la voluntad que haya sufrido la víctima” en relación al “mayor potencial para lesionar al bien jurídico libertad” que tendrían las distintas circunstancias descritas¹². La diferencia, estaría en que si no concurre violencia o intimidación (equiparable, en parte, a la “amenaza grave” del APCP 2018) estaríamos ante “atentados a la libertad menos graves por la menor capacidad lesiva que presentan, no sólo para el bien jurídico protegido [la libertad sexual], sino por tener menos efectos secundarios posibles, ya que, por ejemplo, implican un menor riesgo para la integridad física”¹³.

Si bien a primera vista el esquema se sostiene, surgen algunas dudas. Basta con pensar en el caso de la persona que sufre algún grado de discapacidad física que la mantiene postrada, situación que es aprovechada por el hechor para penetrarla genitualmente. Este caso, según la regulación que propone el APCP 2018 se encuadraría en la hipótesis de violación mediante abuso, con penas entre 3 y 7 años de prisión, sustancialmente menores a las que correspondería aplicar en el caso que la víctima esté completamente sana y sea inmovilizada, por ejemplo, atándola a su cama. En este último caso el marco penal se encuadraría entre los 5 a 10 años de prisión a título de violación mediante agresión sexual.

Otro tanto ocurriría en el caso de quien suministra una droga que priva de sentido a su víctima, lo que permite al autor penetrarla genitualmente. Nuevamente, según la regulación que propone el APCP 2018, la situación quedaría encuadrada en la hipótesis de violación mediante abuso, con la consecuente reducción del marco penal. Si bien es cierto que el suministro de una droga podría “poner en peligro a la persona afectada” en la forma descrita por la agravante del art. 269 N° 1 APCP 2018, también podría darse la situación en que la sustancia fuere administrada en una dosis controlada, cuestión que descartaría la concurrencia de la agravante manteniendo el marco punitivo de 3 a 7 años de prisión.

El Código Penal español, a diferencia del APCP 2018, parece haber cubierto la primera situación problemática que expusimos. En este sentido, por medio de una agravante regulada en el artículo 180 circunstancia 3ª, se exaspera la pena del delito de agresión

¹² CARUSO FONTÁN, María, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 289.

¹³ CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre ...*, pp. 290 y 291.

sexual, fijando el marco punitivo entre 5 y 10 años de prisión “[c]uando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación [...]”. Por su parte, el art. 269 ACP 2018 no contiene ninguna agravante similar que corrija la anomalía.

De todas formas, y según entendemos, aún cuando se agregue una agravante similar a la contenida en el Código Penal español, subsiste la objeción básica: ¿es razonable desdoblarse la violación de la forma que lo hace el ACP 2018? Hay que decir que, aún considerando la concurrencia de agravantes en una *violación mediante abuso sexual*, el marco penal sigue estando bastante lejos del contemplado para la *violación mediante agresión sexual*, lo que nos hace pensar ¿realmente existe una diferencia de intensidad en la afectación de la “libertad sexual” que justifique una regulación que distinga *violación mediante agresión sexual* y la *violación mediante abuso sexual*?

También parece pertinente hacer una observación referida a los medios comisivos escogidos en el ACP 2018 para configurar las “agresiones sexuales”, esto es, la utilización de *violencia* o *amenaza grave*. Frente a la regulación vigente podríamos asimilar a la *amenaza grave* con el concepto de *intimidación* referido en el art. 361 N° 1 CP, pero lo cierto es que ambos conceptos tienen sentidos y alcances diversos que aconsejan reflexionar sobre la conveniencia de la reforma. La *intimidación* debe entenderse como un concepto subjetivo que alude a un estado de alteración psicológica en el sujeto pasivo¹⁴. Por su parte, la *amenaza* alude a un concepto de carácter objetivo, conectado con el comportamiento del hechor¹⁵. En definitiva, si bien la doctrina tiende a considerar ambos conceptos como sinónimos, esto debe rechazarse, pues “ni toda amenaza produce intimidación, ni la intimidación se puede provocar únicamente a través de una amenaza”¹⁶.

La reflexión va más allá de una mera precisión semántica, pudiendo ser determinante en ciertas situaciones. Esto es bastante claro si pensamos en el caso español conocido mediáticamente como “La manada”, en que un grupo de cinco hombres abordó a una mujer para sostener relaciones sexuales con ella, aparentemente, sin su consentimiento. Si entendemos que, atendido el número de agresores, la situación pudo provocar un estado de conmoción psicológica en la víctima, no habría grandes problemas en configurar la violación por intimidación. No se podría decir lo mismo si como exigencia típica reemplazamos la *intimidación* por una *amenaza grave*, la que aparentemente no se verifica en el caso citado. La crítica social a este modo de valorar las conductas, no ha sido correctamente acogida por el proyecto.

¹⁴ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, p. 196.

¹⁵ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, p. 196.

¹⁶ CARUSO FONTÁN, *Nuevas perspectivas sobre ...*, p. 186.

Otro tanto ocurriría en el caso de una mujer que se encuentra en un callejón solitario frente a frente con un conocido agresor sexual, famoso por dar muerte a las víctimas que oponen resistencia. En este caso bastaría la sola presencia del hombre para producir un estado de conmoción psicológica encuadrable en la *intimidación*. Nuevamente parece aconsejable reflexionar sobre la reforma y si lo que se busca es proteger adecuadamente la “libertad sexual” previniendo lagunas de punibilidad.

Finalmente, la sistemática de los delitos sexuales se basa en la distinción entre etapas de desarrollo sexual: Impuber, Puber y Adulto. La normativa no se hace cargo de definir las edades, probablemente por dejarle aquella decisión al legislador.

2.9 RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

La “atribución de responsabilidad penal” a una persona jurídica por la conducta de un tercero exige la acreditación estricta de un vínculo o conexión jurídica, más o menos intenso, que permita “imputar penalmente” a la esfera de organización de la empresa, que el delito de la persona física (injusto penal) “es” expresión de sentido, no sólo de la persona física (en su esfera de organización), sino también de la persona jurídica (en aquella esfera propia que comparte con la persona física).

No es suficiente para aquello la asunción de modelos de responsabilidad por mera transferencia – propio de la responsabilidad civil basada en meros criterios de justicia distributiva, y se caracterizan “como en proyecto propuesto” en la acreditación de factores de conexión meramente formales, como el interés o la representación formal. Aquella decisión política es abiertamente contraria a los principios del derecho penal moderno y lo deforman de tal manera que lo transforman en un herramienta de gestión administrativa. Nada más rechazable!!

Así, y aún cuando la responsabilidad penal de las personas jurídicas es dudoso, al menos si se ha decidido por esta, resulta ser exigible un criterio de imputación basado en un ilícito propio que vincule el injusto penal de la persona física, con un ilícito de la persona jurídica. Aquí resulta más coherente, adoptar el criterio ya incorporado en la legislación actual – siguiendo el concepto propuesto por Tiedemann¹⁷ de “defecto organizacional”¹⁸, y exigir que el delito de la persona física sea “consecuencia” o al menos se haya “directamente favorecido o incentivado” por la infracción de los deberes de dirección y vigilancia de la empresa. La dimensión individual se pierde sólo cuando se vincula o se atribuye al defecto organizacional o déficit de control el delito individual.¹⁹

¹⁷ TIEDEMANN, “Die ‘Bebufung’”, pp. 1169 y ss.

¹⁸ HERNANDEZ, “Introducción”, p. 217.

¹⁹ FEIJOO SANCHEZ, *Tratado*, p. 85.

3.1. DELITOS CONTRA EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS AL DERECHO DE AUTOR

En términos generales el tipo penal de “Utilización indebida de obra protegida o de interpretación o ejecución con fines de comercialización” (Art. 353.), tiene una redacción defectuosa, debiendo seguirse como modelos el art. 270 del CP Español, o bien, § 106 de la Ley de Derecho de autor y derechos conexos alemana.

En este sentido, si bien en el título del artículo se alude a la exigencia de que se trate de una utilización “indebida” o con “fines de comercialización”, tales requisitos no se plasman en el contenido prescriptivo del tipo.

De esta manera, resulta absolutamente necesario:

- (i) Que se aclare lo que se entiende por “indebida”, pudiendo seguirse el texto alemán, que alude a que tendrá tal calificación el empleo de una obra ajena sin autorización de la ley o sin la aprobación del titular de los derechos.
- (ii) Se debería incorporar dentro del tipo la exigencia de obtener un beneficio económico producto de la infracción, a fin evitar que ciertas conductas usuales, como son los intercambios de archivos entre usuarios en redes P2P puedan ser sancionados. En este sentido, se indica en el título que la conducta se ejecute con “fines de comercialización”, opción que se debe plasmar en el tipo.
- (iii) Adicionalmente, se debe considerar estudiar si la actuación punible será sancionada sólo si es “en perjuicio de tercero”, a fin de precisar rechazar sancionar conductas que carezcan de la idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico protegido.
- (iv) Del mismo modo, la descripción de las conductas punibles en los numerales del artículo resultan insuficientes y no ajustadas a la Ley N° 17.336. En este punto, se debe recordar que el artículo 17 y 18 de la referida Ley otorga al titular de la obra el Derecho de utilizar la misma, siendo la publicación o la distribución sólo una de las modalidades de utilización descritas en la ley, pero que no las únicas. A modo de ejemplo, no se menciona el derecho de transformación de la obras. Por lo tanto, seguir la redacción del art. 270 del C.P. Español, que en lo que nos interesa respecto de los verbos rectores dice: “reproduzca, plagie, distribuya, comuniqué públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra.
- (v) Por otro lado, el texto propuesto contiene una reglamentación tanto para los derechos de autor como los derechos conexos. Se sugiere dividir las materias, por sus evidentes diferencias dogmáticas, tal como lo contempla la ley alemana, que en su § 106 se refiere a los derechos de autor (que recae sobre obras), y la § 108 que alude a los derechos conexos (que recae sobre fonogramas, interpretaciones). En este último punto, es llamativo que el texto

propuesto no aluda a los derechos conexos a favor de los organismos de radiodifusión sobre sus transmisiones.

- (vi) Al complementar el texto propuesto, según nuestras observaciones, el artículo 354 sobre el plagio resulta innecesario, debiendo tal conducta ser sancionada en iguales términos que un acto de reproducción, y no bajo una penalidad más baja como se propone.
- (vii) Finalmente, no se contempla en el texto propuesto referencia al decomiso de los efectos de delito, como su posterior destrucción.

En relación al delito de Vulneración de medidas tecnológicas de protección (Art. 355) nuevamente se sugiere revisar el art. 270.2. del C.P. Español, como el § 108 b de la Ley alemana de Derechos de autor y derechos conexos. Específicamente respecto de la norma, se sugiere tener en cuenta:

- (i) En el texto propuesto se le sanciona con una pena inferior que el infractor, en los sistemas comparados referidos a tales infractores se les sanciona con pena de cárcel si la conducta es realizada con fines comerciales.
- (ii) No se alude en el tipo a la vulneración de medidas tecnológicas por medio de sitios de internet, tal como se contempla en el art. 270.2. del C.P. Español.

Respecto al delito de “Vulneración de privilegios industriales” (Art. 356.), se puede señalar que tiene una redacción defectuosa, debiendo seguirse como modelo el art. 273 y ss. del CP Español. En su inciso 1º llama la atención, el uso incorrecto de dos expresiones: “sin derecho” y “con fines comerciales”. En cuanto al primero, se alude a que la conducta será atípica si se ejecuta “con derecho”, cuestión que debe ser delimitada, y por ello, se prefiere aludir específicamente que se cuenta con una autorización legal o del titular del privilegio para utilizar el bien inmaterial protegido.

Del mismo modo, en el caso de la propiedad industrial, no sólo hay una vulneración del bien jurídico protegido con la mera “comercialización”, sino que también, cuando se ejecuta una conducta con “fines industriales”, como ocurría si se utiliza una patente de invención (ya sea un producto o un procedimiento) que se inserta en un nueva invención (patente derivada), las cual es la que efectivamente se comercializa.

Por otro lado, se sugiere que los distintos bienes inmateriales tengan una tipificación separada, por sus propias singularidades dogmáticas. Así, un tipo especial para signos distintivos (marcas y denominaciones de origen), otro para creaciones técnicas (patentes y modelos de utilidad) y otro para creaciones estéticas (dibujos y diseños industriales).

En cuanto a los verbos rectores usados: “elabore, introdujere, comercializaré o tuviere para su comercialización”, se sugiere reemplazar por redacciones más completas, a modo de ejemplo en el C.P. español se ocupa a propósito de las patentes: “fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio”, mientras que la § 142 de la Ley de patentes alemana, se dice: “Ejecute u ofrezca, ponga en el mercado, use o importe o almacene con esos propósitos productos que están protegidos por una patente de invención ...”.

Finalmente, en cuanto a los numerales, se presentan las siguientes incorrecciones:

- (i) En el numeral 1° se debe ajustar al *ius prohibendi* que tiene el titular marcario conforme la Ley N° 19.039, artículo 19 bis D, destacando que la protección es respecto de signos idénticos o semejantes respecto a productos o servicios idénticos o semejantes según se indica en el registro, y siempre que el empleo por un tercero cause confusión. Por lo tanto la expresión “relacionados”, resulta confusa, y podría extender en demasía los efectos del tipo penal.
- (ii) En el numeral 4° se alude a un producto patentado o su equivalente. Tal norma tiene errores conceptuales graves, ya que lo que se protege no es un producto, sino una invención, la cual puede consistir en un producto o en procedimiento. Ahora bien, la protección se sujeta conforme al pliego de reivindicaciones contenido en el registro, las cuales efectivamente pueden ser interpretadas, según un criterio literal, o bien, por equivalencia. Sin embargo, la aplicación de la doctrina de los equivalentes es una cuestión de interpretación judicial, caso a caso. Se sugiere seguir de cerca la determinación de los derechos del titular de una patente, conforme el art. 49 de la Ley N° 19.039.

3. 11. DELITOS DE MERCADO DE VALORES Y USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Este grupo de delitos son tratados en § 2. Sobre delitos contra el orden del mercado de valores del Título VIII del proyecto, de una manera más simple, sintética y adecuada. Aparece como sistemática y coherente la distinción entre delitos de manipulación de precios y delito de presentación y certificación de información falsa manteniendo el mismo nivel de pena, así como su distinción con los delitos de presentación de información falsa a las instituciones encargadas de la supervigilancia o de la autoridad del art. 456, con una pena inferior.

No existe la misma claridad ni respecto al merecimiento ni necesidad de pena en la cantidad de potenciales hipótesis que pueden ser abarcadas por el delito de uso de información privilegiada ni en el alcance de los sujetos activos. Asumir como tarea del derecho penal la protección de “meras reglas de fair play” o de la eficiencia general del

mercado de valores no resulta ser coherente con un derecho penal liberal, por lo que se hace necesario seleccionar de entre las hipótesis abarcadas por la regulación extrapenal aquellas que representan un desvalor especialmente cualificado. Aquello se logra restringiendo la punibilidad sólo a aquellos sujetos que teniendo deberes de custodiar y revelar la información, se aprovechan de las ventajas informativas usándolas directamente o permitiéndolo que otros se aprovechen de ella. Aquello es así, porque aquella conducta realizada por un titular de deber informativo, tiene la capacidad de lesionar la Confianza institucionalizada de igualdad de acceso a la información de la cual estos sujetos son garantes.

3. Texto de las propuestas

De tratarse de cambios sutiles o menores al texto se solicita resaltarlos mediante **negrita**.

Se solicita que las propuestas sean ordenadas correlativamente según el artículo del Anteproyecto a observar.

A modo de ejemplo

Artículo Observado	Propuesta de modificación
<p>Art. 17. Ausencia de responsabilidad por perturbación psíquica. No es penalmente responsable la persona que al <i>momento del hecho padece una perturbación psíquica</i>, aun transitoria, que la incapacita para motivarse a evitarlo. Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable cuando la persona afectada por la perturbación fuere responsable de haber quedado incapacitada para motivarse a evitar el hecho, en cuyo caso se le reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, a menos que hubiere provocado deliberadamente su incapacidad.</p>	<p>Mantener el miedo insuperable como una figura autónoma en la línea del actual art. 10 Nº 9 del Código Penal y eliminar la frase “a menos que hubiere provocado deliberadamente su incapacidad” del art. 17.</p>

<p>Art. 20. Estado de necesidad defensivo. No actúa u omite ilícitamente quien por estricta necesidad salvaguarda su persona o sus bienes frente a un peligro actual o inminente proveniente del afectado por la salvaguardia, siempre que el mal causado a este no sea considerablemente mayor que el mal así impedido.</p> <p>Art. 21. Estado de necesidad agresivo. No actúa u omite ilícitamente quien por actual y estricta necesidad salvaguarda su persona o sus bienes frente a un peligro, siempre que el mal así impedido sea considerablemente mayor que el causado a la persona afectada por la salvaguardia. Lo anterior no será aplicable si el amenazado por el peligro lo hubiere provocado deliberadamente.</p>	<p>Eliminar el art. 20 y 21 y mantener solo el artículo 10 N° 11 del Código Penal. En esta línea, se debe eliminar el 10 N° 7 y volver a redactar la cuarta circunstancia del art. 10 N° 11. Esta cuarta circunstancia solo debe indicar lo siguiente: la situación de necesidad no debe ser provocada por el necesitado o tener el deber de tolerarla.</p>
<p>Art. 29. Exclusión de responsabilidad por estado de necesidad. No es penalmente responsable quien actúa u omite para evitar un peligro actual o inminente para la vida o de grave daño para la salud, la libertad de movimiento o la libertad sexual, propia o de una persona cercana. Esta excusa no se aplica cuando quien actúa u omite sea responsable de la situación de necesidad o tenga un especial deber de soportar el peligro. Pero en tales casos se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, salvo respecto de quien hubiere provocado deliberadamente la situación de necesidad.</p>	<p>Incorporar una cláusula de subsidiariedad en el art. 29 como la que se observa en el § 35 del Código Penal alemán o la tercera circunstancia del art. 10 N° 11.</p> <p>Art. 29. Exclusión de responsabilidad por estado de necesidad. No es penalmente responsable quien actúa u omite para evitar un peligro actual o inminente para la vida o de grave daño para la salud, la libertad de movimiento o la libertad sexual, propia o de una persona cercana, siempre que mal causado no sea sustancialmente superior al que se pretende evitar. Esta excusa no se aplica cuando quien actúa u omite sea responsable de la situación de necesidad o tenga un especial deber de soportar el peligro. Pero en tales casos se reconocerá una atenuante muy calificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60, 61 o 62, salvo respecto de quien hubiere provocado deliberadamente</p>

	la situación de necesidad.
<p>Art. 32. Desistimiento de la tentativa. No es punible la tentativa para quien voluntariamente abandona la realización del hecho o impide su consumación. Si el delito no se consuma con independencia de su actuar, tampoco es punible la tentativa si se hubiere esforzado seriamente por impedir la consumación. Siendo dos o más los intervinientes en el hecho, no es punible la tentativa para aquel que voluntariamente impide su consumación. Si el delito no se consuma con independencia de su actuar, tampoco es punible para el interviniente que se hubiere esforzado seriamente por impedir la consumación. Lo dispuesto en los incisos anteriores no obsta a la responsabilidad por cualquier delito distinto de la tentativa de la cual el hechor o interviniente se hubiera desistido.</p>	<p>Sugerencia: incorporar la falta de cumplimiento objetivo de un motivo independiente del agente en la disposición.</p>
<p>Art. 35. Intervención como autor. Es autor quien perpetra el hecho por sí mismo o a través de otro. Son coautores quienes realizan el hecho conjuntamente. Se entiende que hay realización conjunta del hecho por parte de quien interviene: 1° tomando parte en su perpetración; o 2° prestando alguna contribución determinante, siempre que se hubiere concertado previamente con los demás.</p>	<p>Sugerencia: referencia de casos en los que actúa a través de la “voluntad” o “comportamiento” de otro, como el engaño o la fuerza moral irresistible</p>

<p>Art. 59 y ss. Fijación del marco penal. Si concurrieren circunstancias atenuantes o agravantes el tribunal fijará el marco penal conforme a las reglas que siguen, tomando como base la pena legal definida de conformidad con el párrafo precedente.</p>	<p>Eliminar el art. 59 y ss. en torno a la fijación del marco penal y el tratamiento de las agravantes y atenuantes en la determinación de la pena. Nos parece que debemos volver a incorporar las disposiciones relativas a concurso material (74) e ideal (75) y, asimismo, las disposiciones del art. 65, 67, 68 y 69. Ello siempre y cuando se defina el orden de prelación de las disposiciones en comento y las circunstancias modificatorias extraordinarias y ordinarias de responsabilidad.</p>

<p>§ 1. Reglas generales</p> <p>Art. 180. <i>Presupuestos de la responsabilidad penal.</i> Una persona jurídica será penalmente responsable de todo hecho punible perpetrado, en todo o en parte, en su interés o para su provecho, por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, y siempre que la perpetración del hecho se hubiere visto favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva, por parte de la persona jurídica, de un modelo adecuado de prevención de delitos según cual sea el tipo de actividad o actividades que ésta desarrolle.</p> <p>(...)</p>	<p>§ 1. Reglas generales</p> <p>Art. 180. Presupuestos de la responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán penalmente responsables por los delitos a que se refiere el inciso segundo de este artículo cuando fueren cometidos por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales o quienes realicen actividades de administración y supervisión, así como por las personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de cualquiera de los anteriores y hayan sido cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, y siempre que la comisión del delito se hubiere visto directamente favorecida o facilitada por la infracción a deberes de vigilancia o organización. Se estimará que no hay defecto en la organización si se ha llevado adelante la implementación efectiva, por parte de la persona jurídica, de un modelo adecuado de prevención de delitos.</p> <p>(...)</p>
<p>Art. 217. Eutanasia. No actúa ilícitamente el profesional de la salud legalmente calificado que da muerte a otra persona a requerimiento suyo cumpliéndose con las condiciones que establezca la ley además de las siguientes:</p> <p>1º que la muerte ponga término a un sufrimiento grave que no pueda ser evitado o suficientemente atenuado de otro modo;</p> <p>2º que la persona afectada sea mayor de edad y que su requerimiento se base en su</p>	<p>Eliminar la disposición del art. 217 y el art. 18, porque no se condice con los parámetros de la dignidad humana y son normas demasiado vagas y abiertas en su formulación.</p>

conocimiento del diagnóstico médico acerca de su estado personal.

Tampoco actúa ilícitamente el profesional de la salud legalmente calificado que da muerte a una persona que se encuentra incapacitada de requerir su muerte, cumpliéndose con las condiciones que establezca la ley además de las siguientes:

1º que la muerte ponga término a un sufrimiento grave que no pueda ser evitado o suficientemente atenuado de otro modo;

2º que la persona afectada sea mayor de edad y haya requerido por escrito su muerte expresa y seriamente antes de caer en incapacidad o haya autorizado expresamente a su apoderado para requerirla;

3º que el requerimiento de la persona afectada o la autorización a su apoderado se haya basado en su conocimiento del pronóstico médico acerca de su eventual estado personal.

Respecto de pacientes menores de dieciocho pero mayores de doce años, no es ilícita la acción del profesional de la salud legalmente calificado que le da muerte cumpliéndose las condiciones anteriores, según el caso, además las siguientes:

1º que se acredite que el menor se encontraba en condiciones de realizar una estimación razonable de sus intereses al momento de expresar su requerimiento;

y 2º que el menor haya formulado su requerimiento después de tomar en consideración la opinión de sus padres o representantes legales o que de conformidad a la ley un tribunal lo haya autorizado para prescindir de esa opinión.

<p>Art. 215. Homicidio consentido. El que fuera de los casos previstos en el artículo 217 matare a otro constando el <i>consentimiento de éste</i> en su muerte será sancionado con prisión de 2 a 5 años.</p>	<p>Eliminar disposición</p>
<p>Art. 233. Exclusión de la ilicitud de la interrupción del embarazo. Contando con el consentimiento de la mujer embarazada y cumpliéndose los demás requisitos legales no actúa ilícitamente el profesional de la salud legalmente calificado que interrumpiere un embarazo dentro de las primeras doce semanas de éste.</p> <p>Tampoco actúa ilícitamente el profesional de la salud que bajo las mismas condiciones y aun transcurridas las doce primeras semanas del embarazo interrumpiere éste si:</p> <p>1° el embrión o feto se encontrare implantado fuera de la cavidad uterina de la mujer;</p> <p>2° considerando las condiciones vitales presentes y futuras de la mujer, la interrupción del embarazo se encontrare médicamente indicada para evitar un peligro para la vida de la mujer embarazada o un peligro de grave afectación de su salud corporal o mental;</p> <p>3° hubiere razones de peso para concluir que el embrión o feto padecería, ya sea por predisposición hereditaria o efectos dañinos anteriores al nacimiento, una enfermedad tan grave que no pudiese exigirse de la mujer la continuación del embarazo; es en todo caso enfermedad grave en el sentido de esta disposición la que resultare incompatible con la supervivencia del feto después del parto o nacimiento; o</p> <p>4° la mujer hubiere sido objeto de</p>	<p>Se traspase la regulación del art. 119 del Código Sanitario al art. 233 del proyecto de Código Penal.</p>

<p>violación u otro abuso sexual, o de inseminación o transferencia de embriones sin su consentimiento y hubiere razones fundadas para presumir que el embarazo es una consecuencia de esos actos siempre que no hubieren transcurrido más de dieciocho semanas desde el inicio del embarazo.</p> <p>Si no fuere posible verificar la voluntad actual de la mujer y concurriere alguna de las circunstancias descritas en el inciso segundo el aborto puede ser lícitamente realizado de cumplirse lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 18 de este código.</p>	
<p>TÍTULO III DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL</p> <p>§ 1. Agresión sexual</p> <p>Art. 261. <i>Agresión sexual</i>. El que mediante violencia o amenaza grave constriñere a otro a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo será sancionado con prisión de 1 a 5 años.</p> <p>La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se constriñere a tolerar fuere la penetración no genital del ano o la vagina de la persona afectada.</p>	<p>TÍTULO III DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL</p> <p>§ 1. Agresión sexual</p> <p>Art. 261. Agresión sexual. El que mediante violencia o [intimidación] constriñere a otro a tolerar la realización de una acción sexual sobre su cuerpo o a realizar una acción sexual con su cuerpo será sancionado con prisión de 1 a 5 años.</p> <p>La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se constriñere a tolerar fuere la penetración no genital del ano o la vagina de la persona afectada.</p>
<p>Art. 262. <i>Violación mediante agresión</i>. La pena será prisión de 5 a 10 años cuando la acción sexual que se constriñere a tolerar mediante violencia o amenaza grave fuere la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la persona afectada.</p>	<p>Art. 262. Violación mediante agresión. La pena será prisión de 5 a 10 años cuando la acción sexual que se constriñere a tolerar mediante violencia o [intimidación] fuere la penetración genital de la boca, el ano o la vagina de la persona afectada.</p>

<p>Art. 264. <i>Violación mediante abuso.</i> La pena será prisión de 3 a 7 años cuando la acción sexual que se compeliere a tolerar o se realizare sobre la persona afectada fuere la penetración genital de su boca, ano o vagina.</p>	<p>Art. 264. Violación mediante abuso. La pena será prisión de [5 a 10 años] cuando la acción sexual que se compeliere a tolerar o se realizare sobre la persona afectada [en los mismos casos del artículo 263] fuere la penetración genital de su boca, ano o vagina.</p>
<p>Art. 269. <i>Agravantes.</i> Tratándose de cualquiera de los delitos previstos en el presente Título se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado:</p> <ol style="list-style-type: none">1° poniendo en peligro a la persona afectada;2° con extrema crueldad para con ella;3° de un modo que expresare rechazo o desvalorización de su género, de su orientación o identidad sexual, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico. <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente al hecho cuando éste fuere perpetrado con abuso por el interviniente de su calidad de funcionario público, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, orientador, terapeuta o encargado por cualquier título de la educación, guarda, curación o cuidado de la persona afectada</p>	<p>Art. 269. Agravantes. Tratándose de cualquiera de los delitos previstos en el presente Título se tendrá por concurrente una agravante calificada o muy calificada concerniente al hecho cuando fuere perpetrado:</p> <ol style="list-style-type: none">1° poniendo en peligro a la persona afectada;2° con extrema crueldad para con ella;3° de un modo que expresare rechazo o desvalorización de su género, de su orientación o identidad sexual, de su apariencia o condición física o mental, de su religión o ideología, de su nacionalidad, de su raza o de su origen étnico. <p>[4° con aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima.]</p> <p>Se tendrá por concurrente una agravante calificada concerniente al hecho cuando éste fuere perpetrado con abuso por el interviniente de su calidad de funcionario público, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, orientador, terapeuta o encargado por cualquier título de la educación, guarda, curación o cuidado de</p>

	la persona afectada.
<p>§ 6. Delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor</p> <p>Art. 353. Utilización indebida de obra protegida o de interpretación o ejecución con fines de comercialización. Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años el que para la perpetración por sí o por terceras personas del hecho previsto en el artículo anterior en contravención a la ley sobre propiedad intelectual.</p> <p>1° publicare o reprodujere en todo o en parte una obra protegida;</p> <p>2° fijare en todo o en parte la interpretación o ejecución de una obra o reprodujere dicha fijación;</p>	<p>§ 6. Delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor</p> <p>Art. 353. Utilización indebida de obra protegida o de interpretación o ejecución con fines de comercialización. Será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años y comiso de instrumentos, efectos y ganancias el que, por si o por tercera persona, con fines de comercialización, 1° reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo explote económicamente, en todo o en parte, una obra protegida;</p> <p>2° fijare en todo o en parte la interpretación o ejecución de una obra o</p>

3° introducir al país, adquiriere, transportare, intermediare o tuviere copias u otros medios de acceso a una obra protegida o a la fijación de la interpretación o ejecución de una obra. En casos menos graves la pena será libertad restringida o reclusión.

Art. 354. *Plagio*. Será sancionado con libertad restringida el que presentare como propia una obra que correspondiere sustancialmente a una obra de autoría ajena.

Art. 355. *Vulneración de medidas tecnológicas de protección*. Será sancionado con libertad restringida el que con fines de comercialización, fabricare, importare, distribuyere, vendiere o diere en arrendamiento o a otro título dispositivos, productos o componentes para vulnerar cualquier medida tecnológica dispuesta para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución.

§ 7. Delitos contra la propiedad industrial
Art. 356. *Vulneración de privilegios industriales*. Será sancionado con libertad restringida o reclusión, el que sin derecho y con fines comerciales elaborare, introducir al país, comercializare o tuviere para su comercialización:

1° productos identificados con una marca

reprodujere dicha fijación;
3° introducir al país, adquiriere, transportare, intermediare o tuviere copias u otros medios de acceso a una obra protegida o a la fijación de la interpretación o ejecución de una obra. En casos menos graves la pena será libertad restringida o reclusión.

Se entenderá indebida la utilización de obra protegida, cuando el empleo de una obra ajena se realizare sin autorización de la ley o sin la aprobación del titular de los derechos.

Art. 354. *Plagio*. **Eliminar (ya contemplada en artículo anterior)**

Art. 355. *Vulneración de medidas tecnológicas de protección*. Será sancionado **con reclusión o prisión de 1 a 3 años el que** con fines de comercialización, fabricare, importare, distribuyere, vendiere o diere en arrendamiento o a otro título dispositivos, productos o componentes para vulnerar cualquier medida tecnológica dispuesta para controlar el acceso a una obra, interpretación o ejecución.

§ 7. Delitos contra la propiedad industrial
Art. 356. *Vulneración de privilegios industriales*. Será sancionado con libertad restringida o reclusión **y comiso, el que sin autorización o sin la aprobación del titular del derecho, y con fines comerciales o industriales, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio:**

idéntica o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos o para productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprendiere la marca registrada, de un modo idóneo para inducir al público a error o confusión;

2° productos que ostentaren una o más indicaciones geográficas o denominaciones de origen registradas;

3° un dibujo o diseño industrial, un modelo de utilidad o un esquema de trazado o topografía de circuitos integrados que se encontraren registrados;

4° un producto patentado o su equivalente.

Las mismas penas se aplicarán al que sin derecho y con fines comerciales usare:

1° una marca idéntica o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o para productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprendieren la marca registrada, de un modo idóneo para inducir al público a error o confusión;

2° un dibujo o diseño industrial o las indicaciones de un modelo de utilidad o de un esquema de trazado o topografía de circuitos integrados que se encontraren registrados o un procedimiento patentado o su equivalente.

Lo dispuesto en este artículo será también aplicable tratándose de una invención o de su equivalente cuya solicitud de patente hubiere sido presentada, siempre que en definitiva se concediere el registro.

Art. 357. *Vulneración de derechos de*

1° productos identificados con una marca idéntica o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos o para productos, servicios ~~o establecimientos~~ **relacionados** con aquellos que comprendiere la marca registrada, de un modo idóneo para inducir al público a error o confusión;

2° productos que ostentaren una o más indicaciones geográficas o denominaciones de origen registradas;

3° un dibujo o diseño industrial, un modelo de utilidad o un esquema de trazado o topografía de circuitos integrados que se encontraren registrados;

4° una invención, sea producto o procedimiento patentado

Las mismas penas se aplicarán al que sin derecho y con fines comerciales usare:

1° una marca idéntica o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o para productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprendieren la marca registrada, de un modo idóneo para inducir al público a error o confusión;

2° un dibujo o diseño industrial o las indicaciones de un modelo de utilidad o de un esquema de trazado o topografía de circuitos integrados que se encontraren registrados o un procedimiento patentado o su equivalente.

Lo dispuesto en este artículo será también aplicable tratándose de una invención o de su equivalente cuya solicitud de patente hubiere sido presentada, siempre que en definitiva se concediere el registro.

Art. 357. *Vulneración de derechos de*

<p><i>obtenedores de nuevas especies vegetales.</i> El que sin derecho introdujere al país o comercializare como material de reproducción una variedad vegetal protegida o usare en forma permanente el material genético de una variedad vegetal protegida para producir una nueva será sancionado con libertad restringida o reclusión.</p>	<p><i>obtenedores de nuevas especies vegetales.</i> El que sin derecho introdujere al país o comercializare como material de reproducción una variedad vegetal protegida o usare en forma permanente el material genético de una variedad vegetal protegida para producir una nueva será sancionado con libertad restringida o reclusión.</p>
<p>Art. 377. Uso de información privilegiada. El que realizare operaciones en el mercado de valores usando información privilegiada será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años.</p> <p>Art. 378. Comunicación de información privilegiada. El que comunicare</p>	<p>Art. 377. <i>Uso de información privilegiada.</i> El que realizare operaciones en el mercado de valores usando información privilegiada será sancionado con reclusión o prisión de 1 a 3 años. Serán sujetos activos de este delito:</p> <p>i. Los que hubieren poseído información privilegiada en razón del cargo, posición, actividad con el respectivo emisor y sea titular del deber de resguardar o informar información privilegiada.</p> <p>ii. Los que hubieren poseído información privilegiada en razón del cargo, posición, actividad en un inversionista institucional o calificado, que se encuentre obligado a resguardar la información relativa a sus decisiones de inversión.</p> <p>iii. Los que en conocimiento de su naturaleza, hubieren poseído información privilegiada en razón de haberla recibido durante el desarrollado de una relación fiduciaria con alguno de los sujetos abarcados en las dos hipótesis anteriores.</p> <p>Art. 378. Comunicación de información privilegiada. El que estando en posesión</p>

indebidamente a otro información privilegiada será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.

No es indebida la comunicación necesaria para el logro de un fin legítimo conforme a la regulación del mercado de valores.

Art. 379. Agravante muy calificada. Tratándose de los hechos previstos en los dos artículos precedentes se tendrá por concurrente una agravante muy calificada concerniente a la persona respecto del interviniente de quien se presumiere que posee información privilegiada conforme a la ley ya sea en consideración a su sola calidad personal o a su posibilidad de acceder a la información.

de información privilegiada en razón alguna de las hipótesis del artículo precedente, la comunicare indebidamente a otro será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.

No es indebida la comunicación necesaria para el logro de un fin legítimo conforme a la regulación del mercado de valores.

Art. 379 Derogar (incoherente con la regulación prepenal: art. 165)

Art. 380. Recomendación de operación. El que poseyendo información privilegiada y encontrándose en cualquiera de las situaciones **a que se refiere el artículo 377** recomendare a otro sobre la base de esa información la realización de una operación en el mercado de valores será sancionado con libertad restringida, reclusión o prisión de 1 a 3 años.