

A PROPOSITO DE UN FALLO SOBRE ABUSOS DESHONESTOS

TITO E. SOLARI P.

Profesor de Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

LUIS RODRÍGUEZ C.

Instructor de Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

1. La doctrina chilena no ha logrado aclarar en forma definitiva el problema de los elementos que integran el delito de abusos deshonestos. Así lo demuestra un fallo reciente de la Corte de Apelaciones de Rancagua, que ha reabierto el debate —que todos creíamos superado— en torno a la compleja estructura de esta figura delictiva¹.

El presente trabajo en ningún caso constituye un estudio acabado sobre los elementos del tipo de abusos deshonestos², ya que sólo nos anima el propósito de comentar una decisión judicial que nos parece inconveniente, destacando de paso la línea argumental de la verdadera doctrina, con miras a una correcta interpretación del art. 366 del Código penal chileno.

La secuencia del proceso a que nos hemos referido puede resumirse conforme al siguiente esquema:

a) El Tercer Juzgado del Crimen de Rancagua condenó al reo C. R. V. como autor del delito de abusos deshonestos perpetrado en la persona de una hija que, aunque tenía

¹ Sentencia de la Corte Suprema, casación en el fondo, de octubre de 1979, en la causa contra Clemente VIDAL C., publicada en el Boletín del Consejo Provincial del Colegio de Abogados de Valparaíso, N° 77, noviembre-diciembre de 1979, p. 11 s.

² Un análisis completo de esta figura delictiva puede encontrarse en BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio, *El delito de abusos deshonestos*, Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal, N° 2, Editorial Jurídica de Chile, 1961.

cumplidos veinte años de edad, se encontraba privada de razón a la época de cometerse el abuso.

b) La Corte de Apelaciones de Rancagua revocó el fallo, absolviendo en definitiva al reo, por considerar que el delito de abusos deshonestos no se configura si la víctima es mayor de veinte años.

c) La Corte Suprema, por su parte, acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fiscal del Tribunal de Alzada, y condenó al reo en términos similares a los que contiene el fallo de primera instancia.

Para una mejor comprensión del caso antes expuesto, recordemos que el art. 366 CPCh dispone:

“El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce años y menor de veinte, será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados. Si concurriere alguna de las circunstancias expresadas en el art. 361, se estimará como agravante del delito, aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”.

Por su parte el art. 361, dispone que comete violación el varón que yace con mujer en alguno de los siguientes casos:

- 1) Cuando se usa de fuerza o intimidación.
- 2) Cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- 3) Cuando sea menor de doce años cumplidos, aun cuando no concorra ninguna de las circunstancias de los dos números anteriores.

El proceso en estudio incide en dos cuestiones que han sido objeto de amplia discusión en la doctrina: por una parte, la cuestión de si el art. 366 del CPCh contempla una sola o dos figuras delictivas paralelas, y, por otra, el problema de la edad como elemento del tipo de abusos deshonestos.

II. En nuestro concepto existen sobradas razones para sostener que el art. 366 CPCh contempla dos figuras delictivas paralelas; una simple y una calificada.

Así lo han entendido la mayoría de los comentaristas del Código penal chileno; y aunque la verdad científica no depende de juicios de mayoría, no deja de ser sugerente la existencia de tal consenso.

En efecto, Raimundo del Río expresa que la víctima puede ser de uno u otro sexo y que: "La edad de la víctima también cualquiera inferior a los veinte años, si se trata de un abuso deshonesto *simple*, porque aunque el art. 366 sólo alude a las personas comprendidas entre doce y veinte años, la referencia que hace el artículo 361, deja comprendidas en él las personas menores de doce años. La edad superior a veinte años, sólo se toma en consideración para sancionar los abusos deshonestos que pudiéramos llamar *calificados*, o sea, los que se perpetren mediante fuerza o intimidación o cuando la persona se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa (artículo 361, Nos. 1º y 2º)"³.

Por su parte, Gustavo Labatut indica que: "El artículo 366 comprende dos figuras delictivas: el simple abuso que sólo puede cometerse con persona mayor de doce años y menor de veinte, y el abuso deshonesto violento, cuando concurre alguno de los elementos integrantes de la violación, en persona de cualquier edad"⁴, llegando a agregar que el abuso deshonesto, en su modalidad violenta, es un complemento de la violación, y en su forma simple un complemento del estupro.

A igual conclusión arriba Alfredo Etcheberry cuando, refiriéndose a la defectuosa formulación legal de este delito, indica que esa confusión solamente puede solucionarse ad-

³ DEL RÍO, Raimundo, *Elementos de Derecho Penal*, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1939, p. 499.

⁴ LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, parte especial, tomo II, 4ª edición, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, p. 240.

mitiendo "que se trata de un delito con pluralidad de hipótesis, una simple y una agravada, en la siguiente forma:

1) Se penan los abusos deshonestos cometidos sobre persona de uno u otro sexo, si la víctima es menor de doce años, o si se ha usado de fuerza o intimidación, o si la víctima se encuentra privada de razón o de sentido por cualquier causa. En estos dos últimos casos no hay límite de edad respecto de sujeto pasivo;

2) Si no concurre ninguna de las circunstancias anteriores (esto es, si la víctima tiene más de doce años y el abuso deshonesto no se ha logrado por fuerza, sino por engaño, sorpresa u otro medio), también se sanciona, pero en tal caso el límite superior de edad en el sujeto pasivo es de veinte años" ⁵.

Con ello se admite que la segunda parte del art. 366 CPCh comprenda también la tipicidad de este delito; pues refiriéndose a las dificultades interpretativas del precepto relativo al delito de abusos deshonestos, por ausencia de una clara definición legal y por su carácter residual o subsidiario, indica que, "por la forma tortuosa en que se configura la forma agravada de este delito, donde a la vez de agravarse la responsabilidad del hechor parece expandirse el ámbito típico del delito" ⁶.

Eduardo Novoa, en un artículo especialmente destinado a determinar el ámbito, concepto e inteligencia de este delito, al que considera como uno de los peor configurados, sostiene en relación al punto que nos ocupa que teniendo en cuenta "los términos de la ley y su distinción entre abuso deshonesto simple y abuso deshonesto que pudiéramos llamar calificado o agravado, forzoso es concluir que el concepto puro de abuso deshonesto es totalmente extraño al uso de violencia física o moral por parte del

⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, 2ª edición revisada y actualizada, tomo IV, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976, p. 67-68.

⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, *El derecho Penal en la Jurisprudencia*, tomo V, Samuel Muñoz Vera, Editor. Concepción (Chile), p. 284.

sujeto activo. Así lo demuestra el hecho de que si se usa de fuerza o intimidación el delito pasa a ser calificado (puesto que la fuerza o intimidación es considerada agravante), lo que necesariamente supone que su forma simple opera sin el uso de dicha fuerza o intimidación". Más adelante expresa que: "El art. 366 distingue, como vimos, dos formas de cometer el delito: una simple y una forma agravada. El tipo básico es el abuso deshonesto simple, concebido con el alcance que hemos señalado en párrafos anteriores; si a ese tipo se agrega el uso de fuerza, la falta de razón o de sentido o el ser menor de doce años, se pasa al delito agravado"⁷.

En forma esporádica, como puede observarse en la secuencia del fallo que comentamos, un sector minoritario de la doctrina ha pretendido sostener que este delito contiene una sola figura. Para plantear tal afirmación se basan en que el delito queda tipificado completamente en la primera parte del art. 366 CPCh situación en la que la víctima debe tener más de doce años y menos de veinte, y porque la parte final del precepto no constituye un elemento del tipo sino exclusivamente una modificación del monto de la responsabilidad criminal por la vía de una agravante, la que no altera la esencia de la estructura típica básica. Tal modo de entender la figura ha sido defendido en una ocasión, a través de un recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fiscal don Urbano Marín, quien sostenía que no puede cometerse este delito si la ofendida es menor de 12 años. "Esto no se altera con la 2ª parte del precepto que considera agravante del delito cualquiera de las circunstancias expresadas en el 361, lo que no cambia el requisito esencial de la edad entre 12 y 20 años; de modo que el N° 3 de este precepto no es compatible con la definición del delito de abusos deshonestos".

"Las circunstancias indicadas son agravantes, pero no constituyen el delito. Confirma la idea de que el art. 366 se refirió a las dos primeras circunstancias del 361 el haber

⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El concepto de abusos deshonestos*, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo IX, (1946), p. 297 s.

agregado "aun cuando sea mayor de 20 años la persona de quien se abusa"⁸.

Cabe anotar sin embargo que la antedicha argumentación fue expresamente desestimada por la Corte Suprema, que declaró sin lugar el recurso de casación en el fondo, indicando en su considerando 4º: "Que no es esencial de este delito la edad entre 12 y 20 años que la ley indica a continuación; por cuanto el mismo precepto considera circunstancia agravante cuando se usa de fuerza o intimidación o cuando la mujer se halla privada de razón o de sentido por cualquier causa, agregando expresamente: aun cuando sea mayor de 20 años la persona de quien se abusa"; y agregando en el considerando 5º: "Que, también se comete el delito de abusos deshonestos contra menor de 12 años conforme al mismo artículo al darle carácter de agravantes a las circunstancias del 361, cuyo Nº 3 dice: cuando la víctima sea menor de 12 años cumplidos; de modo que no desaparece el delito por ser menor de 12 años la ofendida, sino que es más grave"⁹.

La opinión de don Urbano Marín fue en su tiempo apoyada por un breve comentario del Consejo Directivo del Instituto de Ciencias Penales, en el que se consigna que: "la segunda parte del art. 366, no altera el texto de la primera parte de la regla, que es la que describe la figura del delito, la que señala el "tipo" básico, el que exige como elemento el que la persona ofendida sea mayor de doce años y menor de veinte". Agregando más adelante que "estas circunstancias que, en definitiva no hacen más que calificar el tipo, no pueden constituir "per se" el delito mismo sancionado por el art. 366 del Código Penal"¹⁰. In-

⁸ Un extracto del Dictamen de don URBANO Marín puede encontrarse en *Revista de Ciencias Penales*, tomo VII, p. 346 y s. Igualmente se encuentra en *Gaceta*, 2º semestre (1944), p. 146 y s.

⁹ Los argumentos de la Corte Suprema pueden observarse en la causa contra Hernán Estay Soto, publicada en *Gaceta*, 2º semestre (1944), p. 146 y s. y también en *Revista de Ciencias Penales*, tomo VII (1944), p. 346 y s.

¹⁰ El comentario aludido aparece como Nota en *Revista de Ciencias Penales*, tomo VII, (1944), p. 355 y ss.

dica este comentario que los elementos típicos esenciales serían dos: 1º Abusar deshonestamente; y 2º que la persona de quien se abusa sea mayor de doce años y menor de veinte años. La parte final del art. 366 CPCh, al indicar que la víctima puede ser una persona mayor de 20 años, demuestra, al no indicar nada respecto de la edad mínima, que se excluyó o no se consideró la posibilidad de que el delito se perpetrara en persona menor de 12 años.

Este planteamiento minoritario conduce, entre otras conclusiones que se analizarán oportunamente, a que la estructura típica del delito de abusos deshonestos es una sola, y que, como consecuencia, no existiría una figura simple y otra calificada o agravada.

Como lo señala Antonio Bascuñán, que se hace cargo de estas afirmaciones, en alguna medida la duda interpretativa se remonta al origen del art. 366 del CPCh. El Código penal español castigaba el delito de abusos deshonestos en dos artículos distintos, “a continuación de la violación, cuando concurrían los elementos necesarios para este delito; y en el art. 366, inciso final, cuando concurrían los requisitos para el “estupro”, en sentido amplio”. Indica más adelante cual fue la historia del establecimiento de este precepto la que, en nuestro concepto, explica la existencia de dos figuras e ilustra acerca de las razones que tuvo la Comisión Redactora para formular el precepto tal como lo contiene el art. 366 CPCh. Resulta útil a este respecto transcribir la cita completa del pensamiento de Bascuñán:

“El Código español contenía dos disposiciones en párrafos separados. Nuestros redactores decidieron reunirlos en uno dentro del párrafo 6º porque aquí mejor se comprendía. Tomaron lo que podríamos llamar delito tipo básico: “El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo”, y agregaron la limitación de edad: “Mayor de doce años y menor de 20”, configurando así lo que se ha llamado abuso deshonesto simple. Pero faltaba construir la segunda figura contenida por el Código español, que se castigaba más gravemente por concurrir fuerza, intimidación, etc. Como era ocioso repetir el delito tipo básico y como era también la intención de nuestro legislador apli-

car una pena más grave cuando concurriera alguna de las circunstancias de la violación, simplificó la oración expresando: "Si concurriera alguna de las circunstancias expresadas en el art. 361, se estimará como agravante del delito"; pero como había fijado una edad en la figura simple, y cuando concurrían los elementos de la violación la edad era irrelevante, aclaró la frase agregando: "aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa"¹¹.

A mayor abundamiento indica después, pronunciándose sobre la posibilidad de que un sujeto menor de 12 años pueda ser víctima de este delito y analizando el fallo recurrido de casación en el fondo por don Urbano Marín, al cual ya nos referimos, que toda la argumentación "descansa en un punto fundamental: el "delito tipo" está constituido por "El que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo, mayor de doce años y menor de veinte"; en otras palabras, toda la primera figura delictiva". Y agrega: "Si éste es el delito tipo, la figura calificada debe contener los elementos del tipo básico y además los elementos de calificación. El propio señor Marín reconoce que la frase "aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa", altera la nitidez del requisito de la edad entre 12 y 20 años de la víctima. Creemos que no sólo enturbia el precepto sino que produce el absurdo jurídico de crear una figura calificada donde no existe una figura simple. Si no hay delito simple porque la persona debe ser menor de 20 años, ¿cómo puede existir el delito calificado? Sin embargo, la ley lo dice expresamente"¹².

De todo lo expresado resulta, como única interpretación que se ajusta a la historia del establecimiento del precepto y que guarda armonía con la lógica mínima de este delito, que éste admite dos modalidades separadas, una simple y otra calificada, agravada o violenta pues, en caso contrario, como ya veremos, se produciría una situación de evidente injusticia al pensarse todo abuso deshonesto, menos aquellos que se cometen en personas menores de doce

¹¹ Véase BASCUÑÁN VALDÉS, Antonio (N. 2), p. 48.

¹² Véase BASCUÑÁN, Antonio, (Nº 2), p. 96.

años; la ausencia de protección penal en esos casos aparece como una flagrante violación a la necesaria penalidad de esas conductas por razones de justicia que resulta innecesario entrar a detallar. Es obvio que la referencia que se hace al art. 361 CPCh termina por producir el *efecto de ampliar la esfera* del sujeto pasivo de este delito, incluyendo también a los menores de 12 años y a mayores de 20, como lo veremos a continuación. Ahora bien, únicamente para demostrar la existencia paralela de ambas figuras, cabe pensar en un abuso deshonesto perpetrado en persona mayor de 20 años (ya sea con fuerza, intimidación o privada la víctima de razón o sentido) caso en que debe sancionarse el autor, lo que no ocurriría si el sujeto pasivo, también mayor de 20 años, no fuera forzado, intimidado o no estuviere privado de razón o sentido, pues en este evento el acto restaría impune por ausencia de tipicidad; a la inversa, en el abuso deshonesto simple, si la víctima tiene más de 12 años y menos de 20 cualquier abuso deshonesto es típico y por ello punible.

De lo anterior resulta la siguiente estructura:

- a) El abuso deshonesto en persona menor de 12 años *es siempre calificado*.
- b) El abuso deshonesto en persona mayor de 20 años *sólo se pena si es calificado* (por fuerza, intimidación o privación de razón o sentido), en caso contrario no se castiga.
- c) El abuso deshonesto en persona mayor de 12 años y menor de 20 años *es simple o calificado*, según exista o no empleo de fuerza, intimidación o privación de razón o de sentido.

III. Como se dijo, otra de las cuestiones que ha dado lugar a polémica es determinar si el menor de doce años y el mayor de veinte, pueden ser considerados como sujeto pasivo del delito de abusos deshonestos. Ello como análisis particular, sin perjuicio de las referencias que ya se han hecho de un modo general al determinar si existen o no dos figuras paralelas.

Preocupémonos en primer término de la situación del menor de doce años. Sobre este punto existen dos posiciones bien definidas:

a) Una opinión minoritaria, con cierto apoyo jurisprudencial¹³, ha sostenido que en este caso no se configura el delito. En general se argumenta que el Art. 366 CPCh alude al sujeto pasivo como aquella persona “mayor de doce años y menor de veinte”, y que si bien es cierto que la misma disposición hace después una referencia a las circunstancias propias del delito de violación —una de las cuales consiste precisamente en que la víctima sea menor de doce años—, dichas circunstancias sólo entrarían en juego en la medida que fueran compatibles con los elementos empleados por la ley al configurar el delito de abusos deshonestos.

Esta opinión, como se comprende, parte del supuesto de que el delito descrito en el Art. 366 CPCh es un solo —abusar deshonestamente de persona de uno u otro sexo mayor de doce y menor de veinte años—, y que las circunstancias propias de la violación, constituyen agravantes de ese único delito, de modo que sólo pueden operar en la medida que lo permita la estructura de dicho delito-tipo. En este caso concreto, no podría aplicarse la agravante de ser la víctima menor de doce años en una figura en que el sujeto pasivo debe necesariamente ser una persona mayor de doce años y menor de veinte años, concluyen los partidarios de esta doctrina.

b) Aparte del error que encierra el hecho de desconocer que el Art. 366 CPCh contempla dos figuras paralelas de abusos deshonestos, una simple y otra calificada, existen poderosos argumentos para rechazar la doctrina antes enunciada, como acertadamente lo hizo la Corte Suprema en el proceso que motiva este comentario. Veamos cuales son esos argumentos:

1) El Art. 366 CPCh se refiere indeterminadamente a las circunstancias propias del delito de violación, lo cual obvia-

¹³ Nos referimos al caso citado en las notas 8 y 9 y a los comentarios a que dio lugar.

mente significa que alude a todas ellas. En consecuencia, como el legislador no ha establecido restricciones, tampoco puede el intérprete excluir de propia iniciativa una determinada circunstancia.

2) El hecho de que la víctima tenga más de doce años y menos de veinte, no es un elemento esencial del delito, es decir, un elemento del cual dependa su configuración. Así lo demuestra la circunstancia de que la propia ley haya previsto la posibilidad de que se cometa “aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”.

3) Pero el argumento más poderoso proviene de una interpretación sistemática del Art. 366 CPCh, especialmente en relación con las otras figuras que integran el mismo título del Código. En efecto, un examen comparativo de esas disposiciones permite advertir que de no aceptarse la opinión aquí sustentada, quedarían impunes los abusos cometidos en personas menores de doce años, por no existir otro tipo que pueda eventualmente comprenderlos. El legislador no pudo incurrir en semejante desatino.

En lo que atañe a la posibilidad de abusar deshonestamente de persona mayor de veinte años, no sabemos de alguien que se haya pronunciado por la negativa. Y ello es explicable, porque el Art. 366 CPCh es suficientemente claro al disponer la agravación “aun cuando sea mayor de veinte años la persona de quien se abusa”. Luego no puede menos que sorprender la decisión de una Corte de Apelaciones que absuelve precisamente “en atención a que la víctima tenía cumplidos veinte años de edad”.

La punibilidad del abuso deshonesto cometido en persona mayor de veinte años, cuando concurren las circunstancias del delito de violación, es de tal evidencia que resulta difícil encontrar otro argumento para reafirmarlo, que no sea la necesidad de interpretar la ley en su sentido natural y obvio cuando sus términos son claros.

La decisión de la Corte de Apelaciones en el caso en estudio, constituye obviamente un error, inspirado en la doctrina minoritaria que postula la unidad del tipo del Art. 366 CPCh. Pero esta posición, si bien puede ofrecer argumentos

aunque débiles, en apoyo de la no incriminación del abuso cometido en menor de doce años, no tiene ninguna proyección sobre la punibilidad de los abusos deshonestos cometidos en personas mayores de veinte años.

A través de estas líneas esperamos haber destacado los absurdos a que puede conducir una interpretación superficial del Art. 366 CPCh y la injusticia que encierra la decisión de la Corte de Apelaciones de Rancagua a la cual nos hemos referido; aunque en este caso —debemos reconocerlo— se remedió a tiempo la injusticia, gracias al celo funcionario del Ministerio Público, cuya actitud merece nuestros mejores elogios.