Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 205
AÑO LXVII
ENERO-JUNIO 1999
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

BIBLIOTECA
Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

REVISTA DE DERECHO

27 SET. 2007

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

INNOVACIONES PROCESALES A LA INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO DE DELITOS SEXUALES

MARIO ROJAS SEPULVEDA
Profesor de Derecho Procesal
Universidad del Desarrollo[1]

I. INTRODUCCION

Para anunciar oportunamente las ideas, cabe acotar que las innovaciones introducidas por la Ley Nº 19.617 al régimen jurídico procesal de investigación y juzgamiento de los delitos incidentes en el derecho a la libertad y a la indemnidad sexual, recaen en las siguientes materias: a) acción penal; b) perdón del ofendido como causa de extinción de la acción penal; c) matrimonio de ofendida y ofensor como causa de extinción de la acción penal; d) subordinación del vigor de la acción penal a la discreción judicial; e) medidas de protección a la víctima; f) reserva de identidad de la víctima; g) careo; h) exámenes y reconocimientos clínicos; i) sistema de apreciación de la prueba; y, j) habilidad de testigos.

II. LA ACCION PENAL

II.1. La acción penal en el régimen antiguo

Al igual que tratándose de la generalidad de los ilícitos criminales, la regla conceptualmente común era la acción penal pública, que podía promoverse por cualquier persona capaz de parecer en juicio o por el ministerio público, sin perjuicio del deber judicial de instruir sumario de oficio, con arreglo a los artículos 15, 23 y 24 del Código de Procedimiento Penal. Así, era pública la acción destinada a la investigación de los ilícitos de incesto[2] -artículo 364 del Código Penal-, sodomía

[1]Charla pronunciada por el autor en Seminario organizado por la Universidad del Desarrollo y el Colegio de Abogados de Concepción, para tratar la Reforma de la Ley Nº 16.917, el 26 de agosto de 1999.

[2]El de incesto no es, propiamente, un delito sexual.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

-artículo 365-, abusos deshonestos -artículo 366-, relacionados con la prostitución -artículos 367 y 367 bis- y violación o sodomía con muerte de la víctima -artículo 372 bis-.

Esta regla sufría, empero, excepciones, atinentes a los delitos de estupro -artículo 363-, por una parte, así como a violación -artículos 361 y 362- y rapto -artículos 358 a 360-, por la otra.

En primer lugar, en lo pertinente al delito de estupro, con arreglo al inciso primero del artículo 369 del Código Penal, no podía procederse sino a instancia de la agraviada o de sus padres, abuelos o guardadores. Relacionadamente y en coherencia, el artículo 18 Nº 3 del Código de Procedimiento Penal disponía que no puede ser ejercida por el ministerio público, ni por otra persona que no fuere la ofendida o su representante legal, sus padres o abuelos, la acción emanada del delito de estupro.

Sobre la base de estas disposiciones legales, la acción penal derivada del delito de estupro era estrictamente privada[3], con lo que, entre otras consecuencias, era renunciable[4], susceptible de desistimiento extintivo[5] y transigible[6], y, además, debía aplicarse el procedimiento del Título II del Libro III del Código de Procedimiento Penal[7], de manera que el proceso penal debía comenzar por querella[8], cuyo contenido fáctico fijaba los límites estrictos del juzgamiento[9], y, en fin, la acción debía ser siempre sostenida por el querellante, que debía evacuar la acusación en un término fatal[10], pudiendo declararse el abandono de la acción por omisión de curso progresivo[11].

Y, en segundo lugar, el legislador chileno establecía otra excepción, atinente a las figuras de violación[12] y de rapto. Al tenor del inciso segundo del artículo 369 del Código Penal y del inciso primero del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, para proceder judicialmente, se necesitaba, a lo menos, la denuncia de la persona ofendida, de sus padres, abuelos o guardadores, o de quien tuviere su tuición o cuidado; denuncia que, conforme al artículo 19, debía efectuarse ante la Justicia directamente o a la Policía.

El legislador chileno, al disponerlo así siguió la tradición de la doctrina francesa y de la mayoría de los ordenamientos europeos coetáneos, con excepción del inglés[13].

[3]Corte de Apelaciones de Iquique. *Gaceta de los Tribunales*, 1924, primer semestre, Nº 62, página 350; 1925, segundo semestre, Nº 93, página 472.
[4]Artículo 28.2 del Código de Procedimiento Penal; ver, además, artículo 12.
[5]Artículo 32 del Código de Procedimiento Penal.
[6]Artículo 30.3 del Código de Procedimiento Penal.
[7]Artículos 571 a 588.
[8]Artículo 572.
[9]La jurisprudencia ha resuelto que la sentencia dictada con infracción al indicado requisito de procedibilidad puede ser invalidada por medio de la casación de forma, en razón de la causal 6ª del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal. Ver Apuntes de Clases, Universidad del Desarrollo.
[10]Artículo 581 del Código de Procedimiento Penal.
[11]Artículo 587 del Código de Procedimiento Penal.
[12]Excluyéndose la violación sodomítica del artículo 365.2 del Código Penal, que el legislador consideraba como una modalidad de sodomía y no de violación.
[13]Lazo, Santiago. *Los códigos chilenos anotados*. Poblete Cruzat Editores. 1918, página 79.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En cuanto al fundamento, según una nota al proyecto del gran jurista que fuera Manuel Egidio Ballesteros, la violación y el rapto no podían establecerse como delitos de acción penal privada, puesto que "bastante es con que la ley, en resguardo del honor de la víctima, la autorice para iniciar ella sola el procedimiento; pero una vez movida la acción pública en uso de esa facultad discrecional, la vindicta social se apodera del asunto y entra a perseguir el delito hasta terminar la causa por todos sus trámites legales"[14]. Así se resolvió entre nosotros, como dice Sebastián Soler[15], "el conflicto de intereses entre la necesidad de represión y el respeto a la intimidad personal", puesto que ésta puede aconsejar evitar el *strepitus fori*.

Por último, corresponde recordar que con arreglo al inciso tercero del artículo 369 del Código Penal y al inciso segundo del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, interpretados armónicamente, en evento que la persona ofendida, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere padres, abuelos, guardadores, o persona encargada de su tuición o cuidado, o si éstos estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, podía el Ministerio Público denunciar el hecho y accionar a los efectos indemnizatorios del artículo 370 del Código Penal. Y, atendido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2º del DFL Nº 426 de 1927, que declaró vacantes los cargos de promotores fiscales, en la situación que autorizaba la intervención del ministerio público, podían proceder de oficio los jueces con competencia criminal[16].

II. 2. Consideraciones en torno a la acción penal dependiente de instancia privada

II. 2.A. Historia, derecho comparado y naturaleza jurídica de la acción

La prudencia impone detenerse con alguna profundidad en este tema, tanto porque en el nuevo régimen, como se dirá, la acción penal mixta viene a constituir la regla absoluta, en lo atinente a delitos estrictamente incidentes en la libertad e indemnidad sexual, cuanto porque no ha sido abordado con suficiente detención en la doctrina nacional, diversamente de cuanto ha ocurrido en la doctrina argentina[17], en nuestro continente, y en las doctrinas alemana e italiana, en Europa.

Como se sabe, la distinción entre delitos de acción pública y de acción privada, que recoge nuestro Código de Procedimiento en su artículo 11, tiene categórico origen en el Derecho Romano, que, en el año 17 a. C., con la *Lex Iulia Iudiciorum Privatorum* y *la Lex Iulia Iudiciorum ublicorum*, separó el juicio penal ordinario en dos tipos de proceso: uno de *iudicia privata*, cuya iniciativa se

[14]Idem.
[15]Derecho Penal Argentino, tomo I, página 500.
[16]Corte de Apelaciones de Talca, 28 de abril de 1930, *Gaceta de los Tribunales*, primer semestre, Nº 86, página 336. En el mismo sentido, Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, edición 1998, tomo IV, página 85.
[17]Ver, por todos, la obra póstuma del jurista cordobés Jorge Clariá Olmedo. *El proceso penal*, Editorial Depalma, 1994, segunda edición, actualizada por Pedro Bertolino, páginas 125 y siguientes.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

atribuía sólo a la parte ofendida, y otro de *iudicia publica*, que podía promoverse *quivis ex populo*, a través de un ciudadano acusador que obtenía del pretor una *lex* o autorización que lo investía de poderes inquisitivos de recogida de pruebas y de arresto cautelar[18]. Esta diferenciación fue acentuada en la Edad Media y adoptada también por el Derecho Canónico. Sin embargo, fue abandonada con el Código de Instrucción Criminal de Francia de 1808, que constituye el modelo fundamental del tipo de proceso penal mixto seguido por nuestro Código. El legislador chileno, empero, no siguió en este punto al modelo francés y mantuvo la distinción clásica proveniente del Derecho Romano[19].

En todo caso, como antes se ha anotado, las legislaciones europeas también consagraron cierta categoría de ilícitos que no pueden investigarse ni perseguirse sin requerimiento de la persona ofendida o de ciertos parientes o representantes suyos, aunque considerándolos de acción pública, que no puede ponerse en ejercicio sin cumplirse, *ad initium*, con tal requisito previo. El legislador chileno, como antes se dijo, siguió esta orientación, en el artículo 19, respecto de los ilícitos de violación y de rapto.

Otros sistemas jurídicos, como el español, llaman a estos delitos "semi-públicos"[20], probablemente con base en Bentham[21]; el ordenamiento argentino les denomina delitos "dependientes de instancia privada"[22]; en Chile, el Proyecto de Código de Procedimiento Penal en actual tramitación les llama "delitos de acción pública previa instancia particular"[23].

Entre nosotros, llamamos a estas figuras punibles de "acción penal mixta", basados en la manifestación de un antiguo fallo, que indica que participa de los caracteres de la acción pública y de la acción privada[24].

Sin embargo, en mi criterio, la denominación es equívoca, porque en la precisa y clara formulación del artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, "la acción penal es pública o privada"; el legislador no ha admitido un tercer género técnico. Por ende, en mi concepto, la acción que se derivaba de los delitos de violación y de rapto era igualmente pública, aunque sujeta, empero, a una específica autorización para proceder, concepto que podía extraerse con claridad del propio artículo 19.

Este criterio es coherente con la historia fidedigna del establecimiento de la ley; así resulta de Ballesteros en la nota ya citada a su Proyecto: "...pero una vez movida la acción *pública*, en uso de esta facultad discrecional, la vindicta social se apodera del asunto y entra a perseguir el delito hasta terminar la causa por todos sus trámites legales".

[18]Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta, segunda edición, 1997, página 637, nota 86.
[19]Ver la interesante nota de Ballesteros, en Lazo, Santiago. *Los códigos chilenos anotados*. Poblete Cruzat Editores. 1918, página 68.
[20]Gimeno Sendra, Vicente, y otros. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 1996, página 166.
[21]Citado por Ferrajoli, obra citada, página 649, nota 127.
[22]Creus. Carlos. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, página 41.
[23]Artículo 63 del texto aprobado por la Cámara de Diputados.
[24]Corte de Apelaciones de Temuco, 11 de noviembre de 1937, *Jurisprudencia al Día*, 1937, pág. 531.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Tal criterio, que, si bien se advierte, es seguido por el Proyecto de Código en actual tramitación, en cuanto alude a "delitos de acción *pública* previa instancia particular", es igualmente coherente con las enseñanzas doctrinarias provenientes de sus orígenes europeos. En efecto, en el derecho francés la acción penal es siempre pública, sin perjuicio que su ejercicio quede, excepcionalmente, subordinado a cierta actividad previa del ofendido. Por igual razón, la doctrina llama a estas figuras "semipúblicas" y no las concibe como un tercer género técnico. En el mismo sentido, expresan Alcalá Zamora y Levene: "Para que pueda ejercerse la acción *pública* es preciso, algunas veces, llenar ciertos requisitos. Así por ejemplo, ciertos delitos ocasionan la deshonra de la víctima, quien muchas veces preferirá ocultar el hecho, al castigo al autor. La ley la faculta entonces denunciar o no lo ocurrido, pero una vez que lo ha hecho y se ha puesto en movimiento la acción, ésta debe continuar aun contra la volundad de la persona ofendida"[25].

De consiguiente, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, la acción penal del artículo 19 del Código era pública, aunque sujeta a un requisito de instancia de víctima en el origen. ¿Por qué es relevante resolver esta cuestión? Simplemente porque nuestra ley procesal regula con precisión las características y modos de extinción de la acción penal pública y privada, omitiendo igual detalle respecto de la acción del artículo 19. Por ende, la resolución de toda cuestión omitida en torno a esta última, depende de la opción anunciada. En cambio, la concepción como un tercer género dejaría una serie de cuestiones frente a soluciones nebulosas y oscuras. Finalmente, como se dirá, habiéndose derogado por la reforma el inciso final del artículo 19, que no ha sido sustituido por otra regla similar, la cuestión planteada cobra absoluta vigencia e importancia práctica.

II. 2. B. Naturaleza jurídica del requisito de denuncia: ¿Cuestión procesal de procedibilidad o substantiva de punibilidad? Importancia práctica a efectos de sanción jurídica y de eficacia temporal

En el orden sancionatorio, según ha decidido la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, la tramitación de un proceso criminal de esta especie, en omisión de la necesaria denuncia de sujeto autorizado, conduce a dos desembocaduras posibles. Para algunos fallos origina un defecto de competencia del tribunal cognoscente, del que deriva nulidad procesal, que puede declararse por vía de casación formal en razón de la causal del numeral 6 del artículo 541 del Código, por manifiesta incompetencia[26], y, para otros, lleva a una sentencia absolutoria[27].

[25] *Derecho Procesal Penal.* Editorial Kraft Limitada. Buenos Aires, página 81.

[26] Corte de Apelaciones de Iquique, 23 de agosto de 1918. *Gaceta de los Tribunales*. 1918, segundo semestre, Nº 322, página 985.

[27] Corte de Apelaciones de Concepción, 5 de enero de 1915. *Gaceta de los Tribunales*, 1915, Primer Semestre, Nº 194, página 460. Corte de Apelaciones de La Serena, con casación desechada por la Corte Suprema en fallo de 29 de noviembre de 1971. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 68, sección cuarta, página 290.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Si bien el asunto no ha sido objeto de análisis jurisprudenciales suficientemente profundos, es evidente que tras esta cuestión de la sanción jurídica en caso de omisión del requisito de previa denuncia, bajo las dos alternativas propuestas, se esconde una discrepancia doctrinaria que, en Chile, no ha sido expertizada, pero que tiene gran interés teórico y también práctico.

En las doctrinas alemana e italiana[28] se ha discutido desde antiguo en orden a si la necesidad de denuncia configura una "condición de punibilidad", esto es, una institución substantiva de Derecho Penal, o bien un "requisito de procedibilidad" o "autorización del ofendido para proceder"[29], es decir, una institución formal de Derecho Procesal. Si se entiende lo primero, entonces la sanción del defecto lo será la sentencia absolutoria, y, si se entiende lo segundo, la nulidad procesal.

Como advierten Núñez y Clariá Olmedo[30], que en la doctrina argentina han recogido la discusión, ésta tiene además interesantes implicancias en cuanto a los efectos de las leyes en el tiempo, materia que la reforma chilena que comentamos viene a plantear entre nosotros. Porque el fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo recibe diversas respuestas, que dependen de estimar a las reglas pertinentes como normas penales sustantivas o como leyes procesales; cuestión que tiene parecida relevancia entre nosotros.

En el derecho italiano actual parece imponerse la tesis procesal. Así, el profesor de la Universidad de Camerino Luigi Ferrajoli dice, en lo pertinente: "La publicidad y la obligatoriedad de la acción penal no se ven negadas por el hecho de que en algunos casos el ejercicio del poder de acusar esté subordinado a ciertas manifestaciones de voluntad configuradas por la ley como condiciones de procedibilidad, como la presentación de la ...denuncia por parte del ofendido. Todos estos actos son, en efecto, condiciones tanto necesarias como suficientes de la procedibilidad penal, de manera que, como no constituyen acciones en sentido propio, sino sólo circunstancias necesarias en ausencia de las cuales la acción carece de viabilidad, su presencia es suficiente para que los órganos de la acusación pública estén obligados a actuar. La discrecionalidad, en consecuencia, no es en tales casos del ministerio público, y menos del juez, sino sólo de la parte ofendida..., a los que el ordenamiento reserva el poder de decidir sobre la oportunidad de la tutela penal del bien ofendido por el delito"[31].

En nuestro concepto, coincidente con el de Clariá y discrepante de la opinión de Núñez, se trata de reglas procesales, toda vez que la omisión de denuncia impide la iniciación de todo procedimiento penal de investigación y persecución; así queda formulado por las respectivas normas. Pero la cuestión, en toda su relevancia y repercusión, queda aquí anunciada.

[28]El profesor Clariá Olmedo remite a la síntesis de Núñez en "La naturaleza de la instancia del ofendido y la aplicación de la ley más benigna", en *Jurisprudencia Argentina*, 1968. T.-V- secc. prov., página 481.

[29]Creus, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, página 41.

[30]*El Proceso Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, página 141.

[31]Obra citada, páginas 570 y 571.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

II. 2. C. Cuestiones específicas respecto de la instancia privada

• ¿Puede formularse la denuncia a través de mandatario?

La cuestión es obviamente relevante, toda vez que una denuncia jurídicamente inidónea impide liberar el obstáculo legal al juzgamiento penal. En nuestro concepto, no puede otorgarse una respuesta única a la cuestión, sino que habrá que estarse a la formulación de la norma legal de que se trate, a objeto de resolver si la denuncia queda configurada como un acto personalísimo o bien como uno susceptible de apoderamiento.

Entre nosotros, las reglas pertinentes han supuesto y suponen que la denuncia emane "...de la..." persona autorizada o que se formule "...por..." ella. Empero, las normas sólo permiten exigir la voluntad del sujeto, la que, como es regla general de derecho, puede plantearse directamente o a través de apoderado, conforme al artículo 1448 del Código Civil. No hay norma legal que trate a esta denuncia como un acto personalísimo; la denuncia es la actividad de que trata el artículo 82 del Código de Procedimiento y aquélla consiste en dar conocimiento, acción que, conceptualmente, puede realizarse por medio de un apoderado. Sin embargo, creemos que el aseguramiento de la existencia de voluntad de persecución de la persona legalmente autorizada supone un poder especial y no admite uno de carácter general.

• Espontaneidad de la denuncia

La doctrina de Vélez Mariconde, seguida por Radrizzani y Clariá[32], entiende que la denuncia de sujeto legalmente autorizado debe ser espontánea, en el sentido que "...ha de quedar excluida toda imposición o coacción legal, judicial, policial o privada que pueda afectar la libre determinación del titular...", puesto que el respeto al mandato jurídico supone que la persona no quede adherida "...a una voluntad ajena, tanto de un particular como de una autoridad pública..."[33]. Evidentemente, la cuestión debe ser evaluada por el tribunal en el momento de dar curso a la acción penal. Sin embargo, en nuestro concepto, nada obsta a que el asunto pueda plantearse también con posterioridad, puesto que una denuncia jurídicamente inidónea produce el mismo efecto jurídico que su omisión, ya tratado antes.

• ¿Cuál es el alcance subjetivo de la acción penal dependiente de instancia privada?

Como se ha explicado antes, la acción penal que en Chile llamamos "mixta" es, técnicamente, pública.

[32]De éste, obra citada, página 135.
[33]Clariá, obra citada, página 136.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por ello, como enseña un autor[34], "la extensibilidad subjetiva del efecto de la instancia privada es amplia, en el sentido que permite la persecución de todos los posibles partícipes en el hecho denunciado o al que se refiere la querella[35], aunque en el acto de la instancia no se los mencione o expresamente se los excluya. La 'disposición' del particular comprende tan sólo el hecho o los hechos; delimitado este aspecto en lo nuclear, conforme al esquema legal, se extiende a todas sus implicancias objetivas y subjetivas, entre estas últimas a la participación". La acción se diferencia, así, de la privada, que alcanza exclusivamente a las personas en contra de quienes aquélla se dirige[36]. Este último criterio es igualmente aplicable en Chile, puesto que al tenor del artículo 581 del Código de Procedimiento, el querellante es el titular del poder jurídico de formulación de la acusación.

II. 3. La acción penal en el régimen nuevo

La Ley Nº 19.617, por una parte, derogó el numeral 3º del artículo 18 y el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal y, por la otra, sustituyó el texto del artículo 369 del Código Penal.

Siguiendo el criterio propuesto por la Comisión Mixta, se optó por refundir las normas en una sola cuestión muy sana y, luego, sólo con el voto en contra del senador Larraín[37], por incluirla en el Código Penal y no en el Código de Procedimiento Penal, cuestión ya más discutible y que se relaciona con la duda de naturaleza jurídica antes recordada. Sin embargo, debe apuntarse, como es principio general de derecho, que la ubicación de determinada figura en cierto cuerpo legal no determina necesariamente su naturaleza jurídica institucional.

En cualquier caso, con esta reforma, ocurre que los delitos incidentes en la libertad e indemnidad sexual, vienen a serlo de lo que en Chile, con impropiedad técnica, llamamos acción mixta, en cuanto su persecución requiere de previa denuncia, porque así resulta del inciso primero del nuevo artículo 369 del Código Penal.

En efecto, vienen a tener este carácter los delitos de violación -artículos 361 y 362-, estupro -artículo 363-, acceso carnal a menor del mismo sexo -artículo 365-, acciones sexuales abusivas -artículos 366 a 366 *ter*- y acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico -artículo 366 *quater*-. A efectos históricos, interesa dejar constancia que esta idea proviene de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, con los votos de los señores Fernández, Larraín, Otero y Sule; aunque la Comisión proponía instaurarla en el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal[38].

[34]Clariá, obra citada, página 166.
[35]Recuérdese que esta clase de delitos requiere a lo menos de denuncia, de modo que el agraviado puede, también, deducir querella criminal.
[36]Clariá, idem.
[37]*Historia de la Ley Nº 19.617*. Compilación de Textos Oficiales. Biblioteca del Congreso Nacional, página 514.
[38]*Historia de la Ley Nº 19.617*. Compilación de Textos Oficiales. Biblioteca del Congreso Nacional, página 240.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En virtud de la reforma, de otro lado, no hay ningún delito de este carácter del que derive acción privada, en virtud de la derogación del numeral 3° del artículo 18. El legislador ha preferido profundizar la represión del delito de estupro, limitando el consentimiento de la víctima a la autorización para proceder; se alteró sensiblemente, además, su configuración típica.

Y, además, continúan siendo de acción pública los delitos relacionados con la prostitución -artículos 367 y 367 bis-, violación con homicidio -artículo 372 bis-, ultrajes públicos a las buenas costumbres -artículos 373 y 374- e incesto -artículo 375-; manteniéndose, a este respecto, las normas preexistentes respecto de estos ilícitos, que no inciden, estrictamente, en la libertad e indemnidad sexual.

¿Qué cuestiones interesa destacar?

Primero, algunas curiosidades.

La versión publicada en el *Diario Oficial*[39] del texto del nuevo artículo 369 del Código Penal, en cuanto a su inciso primero, contiene un error, en el sentido que se ha sustituido el vocablo "a", que es el aprobado por la Comisión Mixta y luego por la Cámara y el Senado, por la palabra "o". La cuestión no es menor. En efecto, con la versión publicada en el *Diario Oficial*, puede entenderse que sólo requieren de previa denuncia el delito de violación en la modalidad del artículo 361 y el delito de acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico del artículo 366 *quater* y que los demás ilícitos los serían, todos, de acción pública. Pero esto esun error, según aparece de la *Historia de la Ley N° 19.617*, en la Compilación de Textos Oficiales de la Biblioteca del Congreso Nacional[40], que he tenido a la vista. La versión correcta es la quese ha descrito antes.

Por otra parte, es interesante tener en cuenta que la reforma en comentario derogó la integridad del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, cuyo inciso final establecía la norma que, precisamente, era la caracterizadora de los llamados entre nosotros delitos de acción mixta, en cuanto disponía que "iniciado el procedimiento, no se suspenderá sino por las mismas causas por las que deben suspenderse en los juicios que se siguen de oficio...".

Parece evidente que se ha tratado de una inadvertencia de nuestro legislador, porque habría parecido de conveniencia legislativa, si se iba a derogar la integridad del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, para trasladar el contenido normativo, en lo pertinente, al artículo 369 del Código Penal, reproducir en éste la regla transcrita. Porque, con la sola norma actual del artículo 369 del Código Penal, está claro que para dar curso a la acción penal se requiere de denuncia, pero, ¿cómo se extingue la acción penal? ¿Habrá que estarse a las normas de la acción pública o de la acción privada que, como antes se ha dicho, es susceptible de desistimiento extintivo[41] y transigible?

[39]Edición N° 36.410 de 12 de julio de 1999.
[40]Páginas 532, 547, 599 y 613.
[41]Artículo 32 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La cuestión no es baladí, obviamente.

Tengo la impresión que se trata de una inadvertencia legislativa[42], porque no hay otra explicación que fluya de la historia fidedigna del establecimiento de la régla. Pero que puede salvarse por más de una vía.

Primero, porque la misma historia fidedigna demuestra que cuanto quiso el legislador, en el nuevo artículo 369, fue, precisamente, definir a todos los ilícitos incidentes estrictamente en libertad e indemnidad sexual como de acción mixta: así se dijo expresamente. En efecto, el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en que tuvo origen la idea, reza, en lo que es pertinente, como sigue: "La Comisión optó por sustituir el texto del artículo 19[43], para recoger diversas modificaciones. La primera consiste en hacerlo extensivo también a los otros delitos sexuales[44] de que trata el proyecto, en términos de que pasan a ser delitos de acción mixta, y por consiguiente no puede procederse de oficio en estas causas sin que a lo menos se haya denunciado el hecho a la justicia o a la policía... El procedimiento, una vez iniciado, no se suspenderá sinó por las mismas causas por las que debe suspenderse en los juicios que se siguen de oficio..."[45]. Luego, la idea fue mantenida por la Comisión Mixta de Diputados y Senadores, que tras "...debatir si estas normas sobre ejercicio de la acción deberían incorporarse en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal... acogió la primera posición por seis votos contra uno..."; seguidamente, dijeron, "...en el inciso primero se configura el carácter de acción mixta, en general, para los delitos sexuales...", agregando que "...se incluye el estupro, que es actualmente delito de acción privada, como consecuencia de las modificaciones de que es objeto..."; y, finalmente, la eliminación de la regla del inciso final del artículo 19 sólo se explica por el traslado de la norma al Código Penal y por la abrogación del matrimonio de ofendida y ofensor como causa de extinción de la acción penal; pero, a todo evento y expresamente, se quiso configurar a todos los delitos estrictamente sexuales como objeto de la acción que estamos habituados a llamar mixta[46].

Segundo, como antes se explicó y en estricta técnica jurídica, los delitos que en Chile llamamos de acción mixta, en realidad, no configuran un *tertium genus*, sino que lo son de acción pública, aunque con una modalidad de instancia privada *ad initium*; de consiguiente, a la misma conclusión que antes consignaba expresamente el inciso final del artículo 19 del Código puede arribarse hoy, con los textos legales atinentes a la acción pública.

[42]A efectos simplemente históricos, dejo constancia que la derogación integral se votó unánimemente en la Comisión Mixta por los senadores Diez, Larraín y Viera-Gallo, por los diputados señoras Guzmán y Saa y señores Coloma, Elgueta y Luksic. *Historia de la Ley Nº 19.617*. Compilación de textos oficiales. Biblioteca del Congreso Nacional, página 520.

[43]Como antes se señaló, la idea de esta Comisión consistía en mantener la institución en el Código de Procedimiento Penal.

[44]Puede hacerse constar que las agresiones sexuales tienen este tratamiento también, en general, en España y en Argentina; de manera que en esos cuerpos puede situarse el origen de la idea de la Comisión del Senado.

[45]*Historia*..., página 240

[46]*Historia*..., páginas 514 y ss.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y, tercero, porque los delitos de acción privada, por definición, requieren de deducción de querella del agraviado, no bastando la denuncia, al tenor del artículo 572 del Código, circunstancia que es, por lo demás e históricamente, de su esencia. Tanto es así, que, precisamente este elemento, fue abrogado por el proceso mixto del derecho francés, al eliminar la categoría de los delitos de acción privada proveniente del Derecho Romano, sustituyéndola por la simple denuncia del agraviado que da lugar a la querella del ministerio público; al agraviado sólo le compete deducir directamente la acción civil reparatoria.

Pero, en todo caso, la inadvertencia del legislador es curiosa, toda vez que no parece haber tenido en cuenta estas alternativas de solución al problema que generó, al menos según los textos de debates publicados.

Y tiene otra incidencia, de interés práctico y de más compleja solución -si es que ésta existe-, tema a que me referiré en sección separada.

Otra cuestión que surge del nuevo artículo 369 tiene relación con el órgano receptor de la denuncia exigida. En el texto original del Código de Procedimiento Penal, la denuncia debía formularse ante el tribunal, lo que había dado pábulo a la jurisprudencia para sostener que no era idónea la planteada a través de la Policía o del ministerio público, porque se estaba frente a una norma especial. En el texto del artículo 19 vigente a la época de la reforma, la denuncia podía planteare también a través de la Policía, pero no podía formularse por medio del ministerio público. Pues bien, con la nueva regla, la denuncia también puede plantearse ante el ministerio público, cuestión que nos parece enteramente acertada.

También es de interés destacar que, en caso que la persona ofendida, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere padres, abuelos, guardadores, o persona encargada de su cuidado, o si, teniéndolos, éstos estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, antes de la reforma, como se dijo, la única alternativa de obrar era la actuación directa del ministerio público, y, por ende, del Juzgado, de oficio, como sustituto de ese órgano en la primera instancia. Esta alternativa se mantiene incólume en la nueva ley. Pero, además, en el referido caso, el texto actual admite la denuncia de "los educadores, médicos u otras personas que tomen conocimiento del hecho en razón de su actividad".

Como se puso de manifiesto en el debate legislativo, uno de los más graves problemas de la represión de las agresiones sexuales consiste en que, usualmente, el delincuente conoce y se relaciona con la víctima, encontrándose en posibilidad práctica de coaccionarla para evitar la denuncia. Por lo mismo, resulta muy importante, a los fines de la represión, admitir la denuncia de las personas indicadas por la nueva regla legal.

III. EL PERDON DEL OFENDIDO COMO CAUSA DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL

Desde este punto de vista, la derogación integral del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, que creo inadvertida, plantea un problema que me veo en

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la necesidad de dejar sólo planteado, desde que requiere, estimo, mayores grados de reflexión.

Conforme al artículo 19 del Código Penal, "el perdón de la parte ofendida no extingue la acción penal, salvo respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado". Con esa sola regla legal, resulta que el perdón del ofendido extingue la acción penal privada -"consentimiento"- y, también, la llamada mixta -"denuncia"-; en ambos casos, independientemente de la oportunidad de emisión, que puede tener lugar antes o después del inicio del procedimiento. Adicionalmente, el artículo 93 del Código Penal, en su numeral 5°, previene que "la responsabilidad penal se extingue... por el perdón el ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada"; esta última norma se refiere sólo a los ilícitos de acción privada.

De otro lado, el hoy derogado inciso final del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal disponía, en cuanto a la acción denominada mixta, que, una vez iniciado el procedimiento, no habría de suspenderse sino por las mismas causas de extinción de la acción penal pública, entre las que no se encuentra, obviamente, el perdón del ofendido.

Relacionadamente, debe recordarse que el artículo 433 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 5°, autoriza al imputado para oponer como excepción de previo y especial pronunciamiento, el perdón de la parte ofendida, "el cual ha de ser otorgado antes de iniciarse el procedimiento respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia -acción mixta- o consentimiento -acción privada- del agraviado".

En cuanto a los delitos de acción penal "mixta", la jurisprudencia[47] y la doctrina[48] habían entendido, en función de la regla del artículo 19 del Código de Procedimiento, que ésta había alterado el alcance de la norma del artículo 19 del Código Penal, en términos tales que el perdón del ofendido extingue la acción penal "mixta", pero sólo en la medida que se otorgare antes del inicio del procedimiento. Que ésa era la intención del Código de Procedimiento Penal resultaba, también, de la historia fidedigna del establecimiento de la ley[49].

La norma que permitía restringir el efecto extintivo de perdón del artículo 19 del Código Penal, respecto de los delitos de acción mixta, sólo al caso en que aquél se evacuare antes de la iniciación del procedimiento, manteniendo la plenitud de ese efecto extintivo -con independencia de su oportunidad- en lo concerniente a los delitos de acción privada, lo era tan sólo el inciso final del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, la regla del Nº 5 del artículo 433 de este último cuerpo legal tiene un carácter exclusivamente procesal, es ordenatorio de la *litis*, en el sentido que autoriza la interposición de un mecanismo especial y

[47]Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de abril de 1915. *Gaceta de los Tribunales*, 1915, primer semestre, N° 113, página 250.
[48]Por ejemplo, Etcheberry, obra citada, tomo II, página 254.
[49]Lazo, obra citada, página 304.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

excepcional de defensa; no obstan a la alegación del perdón del ofendido, sobreviniente a la iniciación del proceso, como solicitud de sobreseimiento definitivo, sobre la base del Nº 6 del artículo 408, o, en último término, como argumento de absolución, en la contestación a la acusación.

Pero, ¿qué ocurre ahora que el inciso final del artículo 19 del Código de Procedimiento, que era estrictamente la norma modificatoria de alcance del artículo 19 del Código Penal, ha sido derogado por la reforma de la Ley Nº 19.617?

Con la situación normativa actual, podríamos intentar arribar a la misma solución preexistente a través de tres mecanismos cuya crítica pasamos a abordar.

Podría buscarse el recurso a un viejo principio general de derecho: la derogación de la norma derogatoria no implica el vigor de la regla previamente derogada[50], sino en virtud de una regla adicional, específicamente restablecedora. Pero la cuestión no parece que pueda resolverse así, no sólo en razón del principio de interpretación más benigna al imputado, sino, también, porque el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal no contenía propiamente una norma de derogación tácita. Se trata, en realidad, de un asunto de alteración de alcance de una regla preexistente, por vía de restricción, que lo es, entonces, de interpretación sistemática y no de derogación tácita. Personalmente, me parece más convincente este criterio. Las reglas de los artículos 19 de uno y otro Código no eran incompatibles entre sí, de modo que podían subsistir, con el mismo sentido, aunque con diferente alcance. No había, entonces, derogación tácita parcial.

Tampoco podemos resolver el asunto en virtud de las normas generales del Código de Procedimiento Penal atinentes a la acción pública, sosteniendo que la emanada del artículo 369 del Código Penal tiene esta naturaleza jurídica, como hemos dicho antes. Porque a ello se opone una norma especial, del artículo 19 del Código Penal, que concierne específicamente a los ilícitos que no pueden perseguirse sino en virtud de denuncia previa. Y a una norma especial no puede oponerse otra general.

Dejo entonces planteada la cuestión: la derogación integral del inciso final del artículo 19 del Código, aparentemente inadvertida, puede conducir a sostener razonablemente, sobre la base del artículo 19 del Código Penal, que el perdón del ofendido extingue la acción penal derivada de los delitos de los artículos 361 a 366 *quater* de este último cuerpo legal, pese a otorgarse durante el procedimiento, por vía procesal de desistimiento o transacción. No tenemos ahora, en el ordenamiento procesal, una regla que se oponga a la plenitud de alcance del artículo 19 del Código Penal. La consecuencia es muy peligrosa e indeseable en la óptica de una sana política criminal: el delincuente queda estimulado a coaccionar a la víctima, por largo tiempo, tras la denuncia, para obtener su perdón. El tema requiere, empero, de más profundos análisis.

[50]Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 35, sección primera, página 464.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

IV. EL MATRIMONIO DE OFENDIDA Y OFENSOR COMO CAUSA DE EXTINCION DE LA ACCION PENAL

Debe recordarse que al tenor del antiguo inciso cuarto del artículo 369 del Código Penal, el matrimonio de ofensor y ofendida suspendía el procedimiento, tratándose de los ilícitos de estupro, violación y rapto. Además, conforme al recordado inciso final del hoy derogado artículo 19 del Código de Procedimiento Penal, respecto de los delitos de violación y rapto, el matrimonio de ofendida y ofensor suspendía los procesos pertinentes. La cuestión era, entonces, clara, suscitándose discusión sólo en cuanto a la aplicación de la excusa absolutoria sobreviniente sólo al ofensor que contraía matrimonio o, también, a los demás partícipes, primando la primera opinión.

En último término, la cuestión fue debatida en la Comisión Mixta, puesto que se sostuvo aquí que esta excusa legal absolutoria "es un resabio de épocas pasadas en que la violación se consideraba una ofensa al honor de la familia y esta deshonra se borraba con el matrimonio"[51]. Los comisionados manifestaron "serias dudas acerca del tipo de familia a que daría origen ese matrimonio, que parte de un delito cometido por uno de sus miembros, usando fuerza o intimidación en contra del otro"[52].

Por ende, con los votos favorables del senador Viera-Gallo y de los diputados señoras Guzmán y Saa y señores Elgueta y Walker, fue eliminada esta causa de extinción de la acción penal de los delitos de estupro, violación y rapto[53], circunstancia que motivó la derogación del inciso final del artículo 19 del Código de Procedimiento Penal. Las salas de la Cámara y del Senado aprobaron el informe y texto propuesto por la Comisión Mixta, según antes se ha señalado.

V. SUBORDINACION DEL VIGOR DE LA ACCION PENAL A LA DISCRECION JUDICIAL

El inciso tercero del artículo 369 del Código Penal regula de un modo técnicamente muy interesante el antiguo problema del delito de violación -artículo 361- y acciones sexuales abusivas del N° 1 del artículo 366, cometidos entre convivientes o entre cónyuges que hacen vida en común. Como se sabe, se había discutido arduamente acerca de la punibilidad de este tipo de conductas[54].

El tema fue tratado originalmente por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, corporación que propuso a la Cámara un texto bastante complejo[55], que fuera rechazado por ésta[56], globalmente.

[51] *Historia*..., página 516.
[52] Idem.
[53] *Historia*..., página 516. Votaron en contra los senadores Diez y Larraín y el diputado Coloma.
[54] Ver, por todos, Etcheberry, obra citada, tomo IV, página 61.
[55] *Historia*..., página 260.
[56] Idem, página 367.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, algunas de esas ideas de la Comisión del Senado, aunque con una formulación distinta, terminaron siendo acogidas por la Comisión Mixta de Senadores y Diputados, convirtiéndose en el actual inciso final del artículo 369.

Se trata de dos ideas.

En primer lugar, tratándose de estos ilícitos, en evento de inconcurrencia de fuerza o intimidación, concurriendo exclusivamente la privación de sentido de la víctima o el aprovechamiento de su incapacidad para oponer resistencia o el abuso de enajenación o trastorno mental, entonces la regla general consiste en la falta de vigor jurídico o inidoneidad de la acción penal, en términos tales que el juez no dará curso al procedimiento o sobreseerá definitivamente, según corresponda al estado procesal de constatación de tales circunstancias, a menos que, excepcionalmente, "la imposición o ejecución de la pena fuere *necesaria* en atención a la gravedad de la ofensa infligida".

La cuestión radica, entonces, en la "necesidad" de la pena, materia que, con la reforma en estudio, debe decidir el juez, discrecionalmente, aunque en función y razón de la ponderación de un factor de evaluación normativa que la ley expresa: la "gravedad de la ofensa". El origen de la idea se encuentra en las discusiones de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que pretendió "...controlar una invasión indiscriminada del Estado en la vida de pareja...", de modo que la persecución del ilícito sólo tenga lugar en la medida que "...circunstancias especiales hagan necesaria la intervención del Estado..."[57].

Esta nueva norma viene a plantear entre nosotros, con referencia a una figura específica, una combinación de dos temáticas del máximo interés técnico.

Una de orden substantivo, que consiste en la necesidad de la pena, como un eventual grado o elemento del delito, adicional a las categorías tradicionales de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; cuya inconcurrencia conduzca a la imposibilidad del juicio de reproche criminal y, por ende, a la absolución.

Quiero recordar que es ésta una materia acerca de la cual se debate arduamente en la Europa actual. Pese a que no tengo tiempo suficiente para profundizar aquí, me parece del mayor interés recomendar, muy especialmente a nuestros alumnos, la lectura del *Libro Homenaje* al jurista alemán Claus Roxin, editado con motivo del Doctorado Honoris Causa que le otorgó la Universidad de Coimbra y que se compone de las ponencias de los más preclaros penalistas contemporáneos al coetáneo seminario, que tuvo por objeto expreso el cruce de ideas para comenzar a generar las bases de un sistema europeo común[58]. Su capítulo III aborda los temas del merecimiento y necesidad de pena, que usualmente se estudian vinculadamente para tratar acerca de sus deslindes, de difícil precisión.

En cualquier caso, pongamos énfasis en que nuestros magistrados, para cumplir con el deber de valoración de necesidad de la sanción penal que les ha impuesto el legislador, pueden encontrar en la literatura actual amplios cauces doctrinarios, aunque relativamente confusos.

[57] *Historia*... página 230.
[58] *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal*. Bosch Editor, 1995.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y recuérdese, también, que hay quienes, sin requerimiento de previsión legislativa y discutiblemente, se interrogan, como Romano[59], profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica de Milán: "...¿puede pensarse que el merecimiento de pena y necesidad de pena o, cuanto menos una de las dos categorías, vengan a situarse junto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad?", agregando: "...¿tiene un sentido, tiene un futuro, el merecimiento de pena o la necesidad de pena en calidad de cuarto nivel o grado en la teoría del delito?...".

Autores tales como Schünemann[60], más audaces, sostienen que "a fin de que el 'merecedor de pena' devenga también 'necesitado de pena', es preciso además que la tutela mediante pena sea idónea y necesaria y que la intervención penal no produzca alguna consecuencia colateral desproporcionadamente dañosa. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad son así los tres requisitos de la 'necesidad de pena', que junto al 'merecimiento' dado por la antijuridicidad y por la culpabilidad da lugar a un *autónomo presupuesto material del delito*". Algún fallo reciente, con cierta timidez, parece querer recibir esta tesis[61] o, al menos, alguna similar.

Otra temática, relacionada, de orden procesal, es la del llamado principio de oportunidad, que se opone al de Legalidad, en cuanto éste impone la necesaria persecución de todas las figuras criminales que ocurran en la realidad social. No puedo aquí emprender un profundo análisis del tema, sobradamente conocido y abordado con detención en Chile por la memoria de prueba de la egresada de la Universidad del Desarrollo, Paula Muñoz Salinas[62]. Como se sabe, entre nosotros y hasta hoy ha imperado el principio de estricta legalidad, propio de los orígenes conceptuales de los ordenamientos europeos en la filosofía especulativa[63], tan diversa de la filosofía utilitaria, que conduce en Estados Unidos, inversamente, al pleno imperio del principio de oportunidad.

En Chile, la Reforma Procesal Penal, siguiendo orientaciones asumidas en Alemania desde la tercera década de este siglo, bien explicadas, respecto de ese ordenamiento jurídico, por Roxin, Artz y Tiedermann[64], pretende imponer excepcionalmente el principio de oportunidad en su artículo 244. El ministerio público podrá abstenerse de la persecución penal o abandonar la iniciada, con fundamento en la ausencia de un grave compromiso del interés público, a menos que la pena asignada al delito exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus

[59]Idem, página 140.
[60]Obra de 1978, citada por Romano, en *Fundamentos*..., página 139, nota 1, aludido en la página 143 *in fine*.
[61]Sentencia de 24 de marzo de 1999, de la Corte de Apelaciones de Santiago, redactada por el profesor Carlos Kunsem Uller Loebenfelder, abogado integrante de ese tribunal. Véase la consideración novena. Aunque la recepción es tímida, desde que, antes, en la consideración séptima se había descartado la tipicidad.
[62]"El principio de oportunidad en el proceso penal". 1999. Universidad del Desarrollo. Sede Concepción.
[63]Maier. *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, tomo I, página 837.
[64]*Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989, páginas 169 y ss.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

funciones; la decisión, no obstante, será dejada sin efecto por el juez si "la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal".

Quiero anotar, por último, que la norma de la reforma plantea vinculación, todavía, con una tercera cuestión. Si bien la regla concierne al vigor jurídico de la acción penal, no hay que pensar demasiado para caer en cuenta que, de fondo y en los hechos, queda entregada la determinación de un elemento que constituye presupuesto de la acción penal y por ende de la pena -"gravedad de la ofensa"- a un órgano de inferior jerarquía al legislador, y, por ende, podemos pensar, desde ya, en una severa duda de constitucionalidad: ¿no estaremos acercándonos peligrosamente a una ley penal en blanco?

Dejamos simplemente enunciados estos conceptos, que requieren también de más profundo análisis.

En segundo lugar, el inciso final del nuevo artículo 369, en el numeral 2º, establece una regla adicional, respecto de estos mismos ilícitos previstos en los artículos 361 y 366 Nº 1, entre convivientes o cónyuges que conviven, cualquiera sea la circunstancia de comisión, es decir, incluido el caso de la violación o de acciones sexuales abusivas, en que se usa de fuerza o intimidación.

El "requerimiento del ofendido" pone término al procedimiento, esto es, extingue la acción penal, a menos que el juez lo deseche, "por motivos fundados". En otros términos, en estos casos específicos, la solicitud de la víctima extingue la acción penal. Pero el juez puede desechar la solicitud "por motivos fundados".

Interesa referirse a dos cuestiones.

¿Por qué la ley emplea las expresiones "requerimiento del ofendido"? ¿Cuál es su alcance?

Debe recordarse que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, originalmente, había sugerido utilizar las expresiones "desistimiento del ofendido"[65]. Tras el rechazo de la Cámara antes recordado, el tema fue repuesto en la Comisión Mixta de Diputados y Senadores. La diputada señorita Saa se opuso a la extinción de la acción penal a solicitud de la víctima, porque, dijo, "...las presiones pueden ser muy fuertes, como se ha visto en los casos de violencia intrafamiliar..."[66]. Sin embargo, la mayoría de la Comisión Mixta, a que luego se sumó la diputada señorita Saa, "...estuvo de acuerdo en que no puede descartarse que, una vez iniciada la acción, se produzca una efectiva y espontánea reconciliación entre los cónyuges, y en tal caso sería contraproducente que la ley obligara a continuar el procedimiento..."[67]. En esta línea, la Comisión Mixta debatió acerca de la terminología y optó por emplear las expresiones "requerimiento del ofendido" para contemplar la causa de extinción de la acción "...en los términos más amplios posibles..."[68].

[65] *Historia*..., página 260.
[66] *Historia*..., página 515.
[67] *Historia*... Idem.
[68] *Historia*... Idem.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Desde un punto de vista técnico, la Comisión Mixta obró correctamente, por dos razones. Primero, porque el vocablo "desistimiento", en el lenguaje habitual, se usa en atinencia a la abdicación de una previa querella, y, en el caso, podía cubrir una simple denuncia preexistente. Y, segundo, porque durante el procedimiento, la abdicación del instante privado puede asumir la forma procesal de un desistimiento, si aquélla es unilateral, o de una transacción, si es bilateral.

En síntesis, la simple solicitud del ofendido al juez, sin que se requiera de formalidad alguna y cualquiera sea la forma de exteriorización de voluntad -salvo el caso que se dirá- extingue la acción penal: tal ha sido el categórico propósito del legislador.

Luego, el juez puede desechar el requerimiento del ofendido,"...por motivos fundados...".

Se sabe que es "motivo fundado" -en la pleonástica terminología que es, empero, propia de la tradición jurídica iberoamericana- aquel que se sustenta en una razón que el juez expresa en su resolución. Pero, ¿en qué ha de consistir la razón del rechazo judicial?

Si hemos de estarnos a la historia fidedigna del establecimiento de la ley, cumple recordar que el texto propuesto por la Comisión del Senado admitía la posibilidad de rechazo para el evento que el juez constate que la actuación ha sido realizada "...bajo coacción..."[69]. Sin embargo, estas expresiones no figuran en el texto aprobado por la Comisión Mixta[70]. Según aparece de la historia fidedigna del establecimiento de la disposición[71], se pretendió que el tribunal pudiere apreciar no sólo la posible existencia de coacción física o moral, sino admitirle además "...la posibilidad de examinar si el perdón es real...", tomando en consideración "...el comportamiento anterior del agresor, especialmente si ha habido episodios de violencia intrafamiliar..."[72].

En síntesis, entonces, es obvio que el juez puede desechar el requerimiento del ofendido si el mérito de los antecedentes demuestra que no corresponde a un acto emanado de su libre voluntad, sino que a coacción física o moral. Pero el juez puede ir más allá y desechar el perdón también por otras causas fácticas, desde que la ley autoriza la negativa a sola condición que su resolución exprese el motivo. La cuestión es, entonces, la de resolver acerca de qué clase de factores puede tener en cuenta el tribunal para desechar el requerimiento extintivo del ofendido; y hay que conceder que la respuesta no es clara, en absoluto. La comisión dejó constancia en el sentido que el tribunal debe examinar "...la realidad del perdón...", ponderando, a este efecto, el previo comportamiento intrafamiliar del agresor.

De aquí puede derivarse, en la búsqueda de un factor objetivo de ponderación, con una orientación teleológica, que el juez puede rechazar el requerimiento extintivo toda vez que el mérito de los antecedentes demuestre que no hay una abdicación verdaderamente sentida de la víctima en el contexto de un proceso de reconciliación efectiva.

[69] *Historia*..., página 260.
[70] *Historia*..., página 533.
[71] *Historia*..., página 516.
[72] *Historia*... Idem.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Pero, ¿podría el juez ir todavía más allá e introducirse en un análisis de conveniencia para la víctima del requerimiento extintivo? Si se tiene presente que, con los criterios hermenéuticos contemporáneos, la norma legal, una vez generada, queda separada de la precisa voluntad de su creador, en relación con los amplios términos de la regla del Nº 2 del inciso final del artículo 369 nuevo, la afirmativa es posible. La jurisprudencia de nuestros tribunales habrá de aclarar esta clase de cuestiones y la amplia casuística, probablemente, nos enfrentará a casos particulares cuyas especificidades amplíen los marcos de razonamiento, por ahora simplemente abstractos; tal tarea enriquecedora es propia del magistrado.

En todo caso, en nuestra opinión, el juez debe antes de resolver, siempre y a lo menos, hacer concurrir a la víctima a su presencia, para determinar el grado de libertad con que se ha emitido el requerimiento. Y, en caso de duda, puede también disponer medidas de investigación –tales como informes sicológicos o de otro orden– acerca de los motivos en que haya de fundar su aceptación o rechazo, toda vez que la resolución acerca del requerimiento viene a configurar una incidencia del proceso, que puede requerir de prueba. En efecto, no debe olvidarse que al tenor del Nº 2 del inciso final del artículo 369 no es el solo requerimiento del ofendido el que extingue la acción penal, desde que es menester que el juez "...lo acepte..."; y el magistrado, antes de resolver acerca de una cuestión extintiva tan trascendental, debe contar con suficiente conocimiento de causa. La acción penal sólo queda extinguida con la aceptación del juez.

VI. MEDIDAS DE PROTECCION A LA VICTIMA

Con arreglo a lo dispuesto en el nuevo artículo 372 *ter* del Código Penal, en el contexto del deber de protección genérico del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal, el juez puede imponer, en cualquier momento, en procesos de investigación y juzgamiento de los ilícitos de violación y de estupro y otros delitos sexuales, a instancia de parte o de oficio y siempre con fudamentos expresos, las medidas de protección de la víctima y su familia que estime convenientes.

La ley menciona, a título meramente ejemplar, como alternativas de eventual adopción judicial, la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, que habrá de informar periódicamente al tribunal, la prohibición de visita al domicilio, lugar de trabajo o establecimiento educacional de la víctima, la prohibición de aproximación al ofendido o a su familia y la obligación de abandono del hogar compartido.

La regla se aplica a los delitos de violación –artículos 361 y 362–, estupro –artículo 363–, acceso carnal a menor del mismo sexo –artículo 365–, acciones sexuales abusivas –artículos 366 a 366 *ter*–, acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico –artículo 366 *quater*;– delitos relacionados con la prostitución –artículos 367 y 367 bis–. Esta regla, aunque con una formulación menos perfecta, provenía ya del mensaje del entonces

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Presidente de la República Patricio Aylwin Azócar[73]. La Corte Suprema, en su escueto informe de 19 de octubre de 1993[74], no formuló reparos.

La historia de los debates demuestra que nuestros legisladores carecían de dudas en orden a que, técnicamente, bastaba el texto del actual artículo 7º del Código de Procedimiento. A la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, incluso, le pareció que la disposición, antes aprobada por la Cámara, introducía un riesgo interpretativo, en el sentido que pudiera a posteriori estimarse que el artículo 7º del Código de Procedimiento no comprendía amplísimas potestades de protección, que es la hermenéutica correcta. Por tal motivo, con los votos de los senadores Fernández, Larraín y Otero, únicos parlamentarios presentes, la desechó en principio[75]. Al revisar estas enmiendas, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara se opuso a la eliminación de la regla; si bien no se discutió acerca de la amplitud del artículo 7º del Código de Procedimiento, se recordó por la diputado señorita Sciaraffia, que, en la práctica y en esta clase de procesos, los tribunales nunca han dispuesto medidas de protección de esta clase, pese a la vigencia de dicho texto, criterio en que concordó el diputado señor Bustos. La Cámara mantuvo el criterio de su Comisión[76]. Finalmente, la Comisión Mixta de Diputados y Senadores resolvió la discrepancia por unanimidad: les pareció de toda conveniencia introducir la regla especial de protección, aunque dejando constancia que es simplemente reiterativa de la norma general del artículo 7º del Código de Procedimiento[77]. El criterio legislativo me parece sano y conveniente, toda vez que la observación de la diputada señorita Sciaraffia es correcta; en cuanto a las inquietudes técnicas del Senado, la redacción de la norma definitiva las ha salvado adecuadamente.

Finalmente, cumple observar que las medidas de protección requieren tan sólo de la existencia de un proceso penal, sin que sea menester constatación de certeza delictiva, ni procesamiento. Habrá de unirse a ello, evidentemente, el prudente juicio de nuestros magistrados.

VII. RESERVA DE IDENTIDAD DE LA VICTIMA

La reforma, con buen criterio y juicio, procurando estimular la necesaria denuncia, se ha preocupado de la reserva de identidad de la víctima, agregando un inciso segundo al artículo 78 de nuestro Código de Procedimiento Penal.

Su origen se encuentra, con formulación menos adecuada, en el Proyecto del entonces Presidente Aylwin, quien proponía introducir un nuevo artículo 8º bis en el Código de Procedimiento[78]. Luego, fue objeto de perfeccionamiento en el seno del Congreso, básicamente en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado[79].

[73] *Historia*..., página 6.
[74] *Historia*..., página 20.
[75] *Historia*..., página 236.
[76] *Historia*..., página 476.
[77] *Historia*..., página 519.
[78] *Historia*..., página 6.
[79] *Historia*..., página 241.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Las cuestiones esenciales son las que paso a explicar.

En primer lugar, la regla se aplica a los ilícitos de violación -artículos 361 y 362-, estupro -artículo 363-, acceso carnal a menor del mismo sexo -artículo 365-, acciones sexuales abusivas -artículos 366 a 366 *ter*-, acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico -artículo 366 *quater*-, delitos relacionados con la prostitución -artículo 367 y 367 bis- e incesto -artículo 375-.

En segundo lugar, el mandato legal consiste en mantener reservada la identidad de la víctima, respecto de todo tercero, en la medida que éste sea ajeno al proceso, porque, en caso contrario, habría una afectación al principio de debida defensa. Sin embargo, también los sujetos que, por ser parte en el proceso o por otra razón de intervención legal, accedan a la información, deben mantenerla reservada. La Comisión del Senado hizo constar que "...el deber de reserva es, pues, absoluto, tanto para el juez, como, siempre que medie orden judicial de reserva, para los involucrados en el juicio, y, en general, para toda persona que acceda a la información..."[80].

En tercer lugar, sólo se hace excepción al mandato en la medida que la víctima consienta expresamente en la divulgación de su identidad.

En cuarto lugar, la reserva debe ser así dispuesta expresamente por el juez, de modo que nuestros tribunales habrán de emitir la orden en el decreto que ordena instruir el sumario correspondiente; adicionalmente, es deber del juez adoptar todas las medidas accesorias que sean necesarias para el cumplimiento efectivo de la reserva de identidad; en este orden, el juez debe asegurar la realización privada de todas las actuaciones del proceso a que deba comparecer la víctima.

En quinto lugar, la reserva dispuesta subsiste después de afinada la causa, hasta el consentimiento expreso de la víctima en contrario sentido.

Y, en sexto lugar, la infracción a la reserva constituye el delito de quebrantamiento de lo ordenado cumplir, previsto en el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil, que se sanciona con penas privativas de libertad.

Acerca de la regla, obviamente necesaria y conveniente a la represión de esta clase de delitos criminales, sólo interesa añadir que constituye una alteración a la base fundamental de publicidad de los procesos judiciales, prevista en el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, si se pretende mantener reservada la identidad de la víctima, entonces será imprescindible privar de acceso al expediente a todo tercero ajeno al proceso, porque no hay otro modo de cautelarla. Atendida la gravedad de la sanción, que lo es penal, el juez debe extremar el cuidado, entonces, con estos expedientes e instruir adecuadamente a su personal.

Habrá que ver cómo funciona esta institución en los hechos.

VIII. CAREO

La ley, también con sano criterio, agregó un inciso final al artículo 351 del Código de Procedimiento Penal, que establece la improcedencia del careo entre

[80] *Historia...*, página 241.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

meros inculpados o procesados por los ilícitos de violación -artículos 361 y 362-, estupro -artículo 363-, acceso carnal a menor del mismo sexo -artículo 365-, acciones sexuales abusivas -artículos 366 a 366 *ter*-, acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico -artículo 366 *quater*-, delitos relacionados con la prostitución -artículos 367 y 367 bis- e incesto -artículo 375-.

Así, por regla general, el juez debe omitir el careo.

En evento que el tribunal estime indispensable la diligencia, entonces, a menos que la víctima consienta en llevarlo a cabo, deberá proceder considerando a la víctima como testigo ausente, en la forma del inciso primero del artículo 355.

IX. EXAMENES Y RECONOCIMIENTOS CLINICOS

Como se sabe y puso de manifiesto durante los debates ocurridos en el seno del Congreso Nacional, esta clase de delitos presenta, en la práctica, graves dificultades de prueba, tanto en lo concerniente al hecho punible, como en lo atinente a la participación criminal, dificultades de prueba que constituyen, en los hechos, un factor añadido que desestimula la denuncia imprescindible a la persecución jurisdiccional.

Con sano juicio, entonces, la reforma introduce en el Código de Procedimiento Penal un artículo 145 bis, destinado, por una parte, a facilitar la acreditación, y, por la otra, a la utilización de exámenes científicos de alta confiabilidad, como el de ADN.

Con arreglo a esta nueva norma, tratándose de los ilícitos de violación -artículos 361 y 362-, estupro -artículo 363-, acceso carnal a menor del mismo sexo -artículo 365-, acciones sexuales abusivas -artículos 366 a 366 *ter*-, acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico -artículo 366 *quater*-, delitos relacionados con la prostitución -artículos 367 y 367 bis- e incesto -artículo 375-, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud, públicos o privados, se encuentran en el deber de practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas, conducentes a la comprobación del hecho punible y a la identificación de partícipes.

Los mismos establecimientos deben conservar las pruebas y muestras correspondientes.

De los reconocimientos y exámenes que se desarrollen se levantará acta, en duplicado, que habrá de suscribir el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y los profesionales que los hubieren llevado a cabo.

Una copia del acta se entregará a la víctima o a quien la tuviere bajo su cuidado, y la otra, con muestras y resultados, se mantendrá en custodia y reserva en la dirección, por un período no inferior a un año, para ser remitido al tribunal correspondiente.

Varios aspecto de interés podríamos abordar acerca de esta materia, impidiéndolo el tiempo de esta exposición.

Sin embargo, debe anotarse que el 21 de agosto de 1999 se publicó en el *Diario Oficial* la Resolución N° 710 del Servicio Médico Legal, que, en uso de las

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

atribuciones conferidas por el artículo 22 de su Ley Orgánica, aprobó la detallada normativa técnica a que deben sujetarse estas pericias.

X. LA APRECIACION DE LA PRUEBA

En este orden, la reforma introduce relevantes innovaciones al sistema de valoración de la prueba destinada a la reconstrucción histórica de los hechos que constituyen el objeto del acto jurisdiccional de juzgamiento.

La cuestión central queda normada en el nuevo artículo 369 bis del Código Penal, con arreglo a cuyo tenor "el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica", tratándose de los ilícitos de violación -artículos 361 y 362-, estupro -artículo 363-, acceso carnal a menor del mismo sexo -artículo 365-, acciones sexuales abusivas -artículos 366 a 366 *ter*-, acciones afectatorias de menores para la excitación sexual o producción de material pornográfico -artículo 366 *quater*- y delitos relacionados con la prostitución -artículos 367 y 367 bis-.

A efectos históricos, interesa dejar constancia que el Mensaje del entonces Presidente de la República, señor Aylwin Azócar, proponía el sistema de valoración probatoria "en conciencia"[81], criterio que la Comisión de la Cámara, en su primer informe, aceptó[82], fundándose en que estos delitos "se refieren a hechos que suceden, en la mayoría de los casos, en la esfera privada, lo que torna muy difícil la obtención de las pruebas"[83].

Sin embargo, la misma Comisión, en su segundo informe, varió de opinión, haciéndose constar como sigue: "En este trámite reglamentario, se ha acogido, por unanimidad, una indicación que reemplaza la apreciación de la prueba en conciencia por otra conforme a las reglas de la sana crítica. Este sistema combina los sistemas legal y el de la libre convicción y en él se deben respetar los medios de prueba y la forma de rendirla, pero su valoración y apreciación son flexibles, permitiendo la ponderación, la evaluación por el juez conforme a las reglas de la lógica, de las máximas de experiencia y de equidad. Los tres elementos de este sistema descansan en la ciencia, la conciencia y la experiencia"[84].

En la Comisión del Senado se suscitó un interesante debate[85]. El Ministerio de Justicia instó por la valoración conforme a la sana crítica, por las mismas razones de dificultad en la obtención de prueba en esta clase de ilícitos, que ocurren en esferas privadas, esgrimidas en la Comisión de la Cámara. Contrariamente, el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile estimó preferible mantener un sistema de valoración garantístico, como el del Código, puesto que se trata de "...procesos en que, por su naturaleza, hay precisamente mayor riesgo de error judicial...". La Comisión de Senadores optó por una solución intermedia,

[81] *Historia*..., página 5.
[82] *Historia*..., página 51.
[83] *Historia*..., Idem.
[84] *Historia*..., página 121.
[85] *Historia*..., página 232.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que consistía en mantener el sistema del Código para la acreditación del hecho punible e imponer la sana crítica a efectos de participación criminal[86].

Por último, la Comisión Mixta de Diputados y Senadores resolvió la discrepancia por unanimidad, con un fundamento único: si el Nuevo Código, en el artículo 240, establecerá el sistema de apreciación de la prueba conforme a la sana crítica, parece lógico acogerlo aquí a efectos de delitos sexuales, en su integridad[87].

A partir de los clásicos estudios del francés Goerphe, en cuyo sólido origen se basan en buena medida las enseñanzas de los procesalistas de este siglo, la doctrina del Derecho Procesal Penal europeo e iberoamericano tiene establecido, en forma relativamente pacífica, el diseño de tres grandes sistemas de apreciación de la prueba.

Uno es el vetusto sistema de la prueba legal o tasada, en que el mérito acreditativo viene dispuesto por la ley, en términos tales que el juez no es más que un vehículo mecánico del legislador, que aplica, sin más, la tarifa de éste. Es el sistema propio del sentir del proceso inquisitorio, y, tal como éste, al menos en su extrema significación, puede considerarse abandonado en el Derecho Contemporáneo.

En el extremo conceptualmente opuesto se halla el sistema de plena libertad en la adquisición del juicio de convicción histórica, que encuentra su más plena connotación en el juicio de jurados, emblemático del Derecho norteamericano. El jurado alcanza una convicción decisoria, cuyos fundamentos se abstiene de expresar.

Para la doctrina, una versión matizada de este sistema queda plasmada en el Derecho español, cuyo artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal previene, en lo pertinente, que el tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio... dictará sentencia dentro del término legal. La jurisprudencia española tradicional ha entendido que la regla, como dice Gimeno Sendra[88], no impone ni la manifestación de motivos de convicción en el fallo, ni la descripción del iter valorativo.

En el punto medio entre la rigidez de la prueba legal y la plenitud de libertad acreditativa de estos últimos sistemas, la doctrina procesal, que en Iberoamérica ha quedado magníficamente representada por Alcalá Zamora, Sentís Melendo y Couture, ubica al régimen de la sana crítica, que actualmente se aplica, entre varios otros Estados, en Argentina.

Siempre es interesante recordar que este sistema de apreciación probatoria tiene su origen histórico en los artículos 147 y 148 del Reglamento sobre el modo de proceder en los negocios contenciosos de la Administración que se ventilan en el Consejo Real, después del Estado, de 30 de diciembre de 1846[89].

En el orden de las definiciones, las hay muchas. Un fallo del Supremo Tribunal de Córdoba le entiende como "el buen sentido, aplicado con recto criterio".

En el orden de los contenidos, hay acuerdo en lo fundamental: el régimen de sana crítica supone, de un lado y en lo formal, el examen de todo el material acreditativo relevante que proporciona el proceso, así como la expresión del iter

[86] *Historia*..., idem.
[87] *Historia*..., página 517.
[88] Obra citada, página 605.
[89] Alcalá Zamora y Levene, obra citada, Tomo III, página 51.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

valorativo y, de otro y en el fondo, la aplicación coherente y razonada de los principios de la lógica, de la experiencia y de la sicología.

Hay que recordar que en doctrina se ha debatido en orden a si el sistema de sana crítica incide exclusivamente en la valoración de la prueba rendida o si permite al juez, además, exceder el ámbito de los medios de prueba admitidos por la ley y las formalidades de producción. En Chile, el profesor Daniel Peñailillo Arévalo se inclina por la primera alternativa de entendimiento[90] y parece estar en lo correcto: es éste también el criterio del que se dejó constancia en los debates legislativos, como se señaló antes. De consiguiente, el juez del Crimen habrá de estarse de todos modos a los medios de prueba admitidos por el legislador, sin perjuicio del debido recuerdo de la válvula de amplitud del artículo 113 bis del Código de Procedimiento Penal. En contra de este entendimiento y muy modernamente, puede citarse al ilustre procesalista argentino Francisco D'Albora[91].

¿Qué significa, hoy y en Chile, establecer para estos delitos el sistema de apreciación conforme a la sana crítica?

El sistema de apreciación de la prueba en el actual proceso penal de Chile es uno *sui generis*, que he tenido antes oportunidad de destacar[92], en función de sus notables méritos, porque, en mi modesto concepto, representa una expresión difícilmente perfectible de un mecanismo adecuado para la reconstrucción histórica de los hechos penales.

En efecto, en lo formal, la ley cuida de ordenar al magistrado la expresión en el fallo de las consideraciones en cuya virtud tiene o no por probados los hechos, porque así lo previene el numeral 4º del artículo 500 del Código, cuya sanción se encuentra en el artículo 541, toda vez que si el fallo omite esa expresión de fundamentos, entonces su sentencia quedará abrogada en virtud de la casación de forma, que los tribunales superiores pueden dictar de oficio. La jurisprudencia, con ocasión de algunos fallos magníficos, ha podido encuadrar aquí la necesidad de plenitud en el examen de la prueba. El juez no puede omitir el examen de toda la prueba relevante.

Y, en el fondo, nuestro sistema combina con extraordinaria precisión una enorme amplitud ponderativa que concede a los jueces del fondo, tema que es bien conocido y no voy a profundizar aquí, con la cautela de algunas normas legales fundamentales, que constituyen la expresión de mínimos principios de razón y buen sentido, y que son las leyes reguladoras de la prueba que el legislador no enumera, pero cuyo catálogo se ha formado, poco a poco, por la jurisprudencia. La infracción de estas leyes reguladoras, en la medida que de allí se deriven consecuencias decisivas, conduce, en virtud del artículo 546, a la casación de fondo, que la Corte Suprema puede dictar también de oficio.

¿Constituyen las leyes reguladoras de la prueba una odiosa y perjudicial limitación al juez? En mi concepto, que coincide con el expresado durante el de-

[90] *La prueba en materia substantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, páginas 17 y ss.
[91] *Código Procesal Penal de la Nación*, Editorial Abeledo Perrot. Tercera Edición. Buenos Aires, 1997.
[92] *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, Nº 200, páginas 91 y ss. "En la agonía del Código de Procedimiento Penal: Méritos, deméritos y homenaje".

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bate de la reforma por el Departamento de Ciencias Penales, la respuesta es negativa. Se trata de unas pocas normas, que cautelan mínimas expresiones de rigor en el análisis, y que, muy a la inversa, se erigen como importantes vallas frente a la posibilidad de arbitrariedad. La experiencia conduce a esta conclusión. Si se analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema, puede repararse en que este instrumento, en las ocasiones en que se ha acudido a él, ha permitido al máximo Tribunal la reparación de errores manifiestos y graves en la apreciación de la prueba, cuya magnitud usualmente salta a la vista. Muchas veces se trata, por ejemplo, de la edificación de presunciones judiciales a partir de hechos que no se encuentran establecidos en el proceso. La Corte Suprema ha ejercido estas facultades, por lo demás, con enorme prudencia.

Debe recordarse, en este orden, que el Código, en su texto original, no contemplaba la casación de fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba. La institución se impuso en virtud de un sentir profundo, dirigido por ilustres profesores. En efecto, la Corte Suprema, para reparar errores obvios, para evitar el amparo a iniquidades, había tenido que extender, hasta más allá de su natural alcance, la casación de forma. Por ello, el legislador impuso esta institución[93] que, en mi opinión, es de mínima razón y viene, únicamente, a imponer la lógica y la experiencia. Se trata de la cautela de aquellos "principios directivos" del razonamiento penal, como lo expone el gran magistrado italiano Brichetti, en su obra acerca de la evidencia en el proceso penal[94].

Nuestro sistema, llamado de persuasión libre, pero racional, se ubica, así, muy cerca de la sana crítica, porque no impone al juez el mérito acreditativo, sino que lo libra a su análisis de ciencia y experiencia, aunque con mínimas ataduras legales, que funcionan en sentido inverso, al impedirle tener por probados hechos en determinadas condiciones.

El nuevo régimen de la sana crítica, que el legislador impuso para estos delitos en coherencia con el sistema que viene planteado en la Reforma Procesal Penal, en síntesis, implica para el juez la posibilidad de desligarse de las leyes reguladoras de la prueba. Este criterio se impuso por los legisladores, como consta en la misma historia fidedigna, contra la opinión de doctrinadores concurrentes, quienes estimaron que aquellas leyes reguladoras permiten, precisamente, evitar el arbitrio.

La pregunta es: ¿para qué queremos librarnos de las leyes reguladoras de la prueba? ¿Existe en Chile algún estudio serio y pormenorizado de las leyes reguladoras, en el catálogo que ha venido definiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, que demuestre empíricamente que conduce a impedir la adecuada reconstrucción histórica de los hechos? ¿No se trata, más bien, de una moda o de una intuición, que pretende la liberación de ataduras objetivas de mínima razón y que, sin bien se piensa, constituyen, aquéllas, expresión de una línea autoritaria en la fijación de los hechos?

[93]Véase el mensaje del entonces Presidente de la República Juan Antonio Ríos de 14 de diciembre de 1942.

[94]*La evidencia en el Derecho Procesal Penal*. Ejea, Buenos Aires, 1973.

Artículo: Innovaciones procesales a la investigación y juzgamiento de delitos sexuales
Revista: Nº205, año LXVII (En-Jun, 1999)
Autor: Mario Rojas Sepúlveda

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Quiero recordar, aunque sólo sea brevemente, la experiencia de otros países. En España, en un régimen de prueba libre, al menos en la interpretación jurisprudencial, la crítica doctrinaria que proviene de voces tan autorizadas como la de Gimeno Sendra, ha sugerido la necesidad de limitaciones al arbitrio[95]. Y, en este sentido, en los últimos años el Tribunal Constitucional, sobre la base del texto fundamental, ha construido la doctrina de la mínima actividad probatoria de cargo, como límite -algo difuso- a la libertad de prueba del órgano judicial.

En Argentina, el régimen de sana crítica ha llevado, en busca un tanto desesperada de limitaciones a la libertad de prueba, a la construcción de dos mecanismos de control de logicidad, también relativamente difusos.

En primer lugar, la doctrina de la sentencia arbitraria, y, en segundo lugar, la extensión -un tanto desmesurada, al igual como ocurrió antes en Chile- del control de logicidad de la motivación de la sentencia. El juez, se dice, puede apreciar críticamente la prueba, pero no puede exceder las reglas de la lógica, ni de la experiencia, ni de la sicología. Y, así, se ha venido construyendo toda una doctrina, sobre la base de las reglas lógicas de coherencia de los motivos, que han de ser no contradictorios e inequívocos, de derivación de los razonamientos, y del respeto de diversos principios, entre los que destaca el de razón suficiente. No puedo profundizar aquí acerca de esta doctrina de control de logicidad sustantiva, que se asienta, empero, en la crítica formal de los motivos de los fallos judiciales; remito, muy especialmente a nuestros alumnos, a la excelente obra de Fernando de la Rúa[96], que por estos días postula con grandes expectativas a la Presidencia de Argentina, jurista que desarrolla el tema con bastante rigor. Pero esto mismo ocurrió en Chile y si se impone la Reforma, lo que muy probablemente acaecerá, se tendrá, otra vez, la extensión de la casación por motivos formales de expresión de motivos del fallo[97], cuando, en realidad, lo que se ataca es la falta de respeto a principios sustantivos de valoración probatoria.

No estoy seguro que estemos obrando con razón suficiente en la alteración de nuestro régimen de apreciación de la prueba y me siento tentado a pensar que estamos siguiendo, más bien, una moda y, con ello, despreciando uno de los más grandes méritos de nuestro proceso penal, de nuestras tradiciones forenses, que es, precisamente, el diseño *sui generis* de un régimen que para el juez es de persuasión libre, pero razonada y atada, tan sólo a unos mínimos principios directivos, estrictamente lógicos. En cualquier caso, no conozco, entre nosotros, una reflexión profunda acerca de esta temática.

Para terminar, no puedo dejar de advertir que el legislador cuya reforma analizamos no respeta en integridad el régimen de la sana crítica, porque, en lo atinente al mérito probatorio de los exámenes y reconocimientos que plantea en el nuevo artículo 145 bis, manda estarse a las normas de los artículos 472 y 473 de nuestro viejo Código. ¿No hay en esto, al menos, un reconocimiento a la obra legislativa chilena?

[95] Véase su referencia anterior.
[96] *La casación penal*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, páginas 145 y ss.
[97] Institución contemplada en el artículo 421 del texto aprobado por la Cámara, letra e).