

INTRODUCCIÓN DE PARTES DEL CUERPO
COMO CONDUCTA SUBSUMIBLE EN
EL TIPO PENAL DEL ARTÍCULO 365 BIS DEL CÓDIGO PENAL

EDISON CARRASCO JIMÉNEZ
Abogado

SUMARIO: I. Exposición. II. Posición de la doctrina penal nacional. III. Posición de la jurisprudencia. IV. Nuestra postura. 1. Debilidades y fortalezas de los argumentos vertidos. 2. Vacío legal: necesidad de consignación típica de la conducta.

PALABRAS CLAVE: Introducción de dedos - abuso sexual agravado - vacío legal - tipicidad de la conducta.

I. EXPOSICIÓN

Una de las cuestiones dogmáticas relativas a los delitos sexuales en Chile que ha sido problemática, es la conducta de la introducción de dedos y de partes del cuerpo como posible de ser subsumida por el artículo 365 bis del Código Penal.

En lo que sigue, pasaremos revista fundamentalmente a la argumentación esgrimida tanto por la doctrina penal nacional como por nuestra jurisprudencia, acerca de la conducta en comento, sea para incluirla o desestimar su subsunción por el tipo penal del artículo 365 bis, para luego dar nuestra opinión sobre el problema en cuestión.

II. POSICIÓN DE LA DOCTRINA PENAL NACIONAL

La doctrina penal nacional, es casi unánime en negar la introducción de dedos u otras partes del cuerpo como integrante de las conductas del tipo penal del abuso sexual agravado¹.

¹ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno, Parte Especial*, (Santiago, 2004), p. 271; BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal*, tomo III, Parte Especial, (Santiago de Chile, 2005), p. 201; FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, Los delitos de violación y estupro del artículo 365 bis Código Penal: Una racionalización desde el mandato de *lex stricta* y el principio de lesividad. Especial referencia a la introducción de dedos u otras partes del cuerpo, en *Revista Ius Et Praxis* 2, (2013) pp. 105-135.

Un argumento común ha sido el derecho comparado, y en específico, la legislación española, según la cual, con anterioridad a la reforma de la LO 15/2003 al Código Penal español de 1995, el artículo 179 no incluía los dedos o partes del cuerpo en la conducta típica de las agresiones sexuales, sino que es justamente aquella reforma la que posibilita su inclusión². Sin embargo y con anterioridad a dicha reforma, y según el argumento de Fernández, el Tribunal Supremo en España negó que aquella conducta fuese integrante del tipo³, con lo que la jurisprudencia española, representada en el Tribunal de más alta jerarquía, rechazaba además y para el problema interpretativo específico, la tesis de la analogía⁴. Así y por analogía con nuestro derecho, habría de aplicarse el mismo argumento, y por ende, el rechazo de la conducta.

Otras razones se han señalado igualmente. Así, se ha recurrido al tenor literal de la disposición, donde el término “objeto” y “animal”, no responden a partes del cuerpo “en el lenguaje común”⁵ (que no es más que el uso general de las palabras que declara el Código Civil). Igualmente Fernández recurre al argumento de Jakobs sobre la atribución de los conceptos de derecho en un determinado uso de ellos dentro de la cultura jurídica, para afirmar que las partes del cuerpo no corresponden, según este parámetro, a los términos “objeto” o “animal”⁶.

² BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, ob. cit., p. 201. llama “legislación de la madre patria”. Estas denominaciones de “madre patria”, debieran abolirse desde ya de nuestras expresiones. Ello porque en primer lugar, el término es acuñado por Francisco Franco para indicar las antiguas colonias españolas, como teniendo éstas una madre común en España. En segundo lugar, la madre patria ha de ser Chile para los chilenos, como lo es la madre Rusia para los rusos. En tercer lugar, si por madre ha de entenderse la España colonial, que peor madre que aquélla, que depredó los recursos naturales (entre ellos el oro) de las reservas de sus “hijos”, y que aún lo sigue haciendo a través de la economía y de sus empresas que han “expropiado” de manos de los naturales el recurso hídrico. Nuestro estado es de orfandad, de “huerfanía” como dice Quezada (sin herencia, con ausencias y dolor).

³ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., p. 120, incluyendo nota al pie 33. En BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, ob. cit., se hace la referencia pero equivocadamente, ya que no es que el Código Penal español de 1995 sea quien introduce los dedos o las partes del cuerpo como parte de la conducta típica, sino que es la reforma de la LO15/2003 quien lo hace. Es así como el antiguo artículo 179 señalaba: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”. Vid. BULLEMORE, Vivian, MACKINNON, John, ob. cit., p. 201.

⁴ STS 2013/1999.

⁵ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., p. 118.

⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., pp. 118-119.

III. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia en Chile, se encuentra dividida. Algunos fallos estiman que la conducta aludida integra el tipo⁷, mientras que otros la desechan⁸.

Entre los fallos que integran la conducta, los argumentos esgrimidos son, en primer lugar, la Historia fidedigna, sosteniéndose que en las discusiones parlamentarias se habría tenido en cuenta esta conducta como integrante del tipo penal⁹. Otro de los argumentos esgrimidos, es el significado que le asigna el Diccionario de la RAE al término “objeto”, con lo que aportaría la acepción que corresponde al uso general de la misma palabra.

Para un fallo se recurre a la definición de objeto “todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo”, lo que conduce a entender al sentenciador que si también el mismo sujeto puede ser objeto, entonces las partes del cuerpo pueden, por consecuencia, ser consideradas objetos¹⁰.

En otra sentencia, si bien se alude a este mismo concepto, pero –en un abstruso razonamiento– se señala que esta definición es imprecisa, con lo que deja a dicha expresión oscura, y según como lo entiende el artículo 19 del Código Civil, se debe recurrir a su intención o espíritu manifestada en la historia de su establecimiento, con lo que circularmente se vuelve al argumento de la Historia fidedigna¹¹.

Otro de los argumentos sostenidos, es el que dice relación con la gramática, al señalar que el ciudadano entiende en el uso natural que “objeto”, incluye las partes del cuerpo¹².

⁷ SCA Arica, 13-06-2006, Rol N° 124/2006; SCA Concepción, 28-12-2009, Rol N° 631-2009; TOP San Bernardo, 19-05-2005, RIT N° 32-2006; TOP Santiago 4°, 29-09-2007, RIT N° 112-2007; TOP La Serena 3°, 8-04-2011, RIT N° 18-2011; TOP La Serena 2°, 9-08-2008, RUC 0500117094-7, RIT N° 133-2007; TOP Iquique, 13-05-2005, RIT N° 68-2005; TOP Antofagasta, 12-10-2008, RIT N° 176-2008.

⁸ SCA Antofagasta, 2-12-2008, Rol N° 252-2008; SCA Santiago 3°, Rol N° 2225-2008; TOP Santiago 2°, 21-10-2008, RUC 0700290313-4, RIT N° 138-2008; TOP Ovalle, 5-5-2008, RIT N° 14-2008, R.U.C. N° -0700128804-5; TOP Curicó, 3-3-2007, RIT N° 15-2007, RUC N° 0500667467-6; TOP Rancagua, 7-06-2005, RIT N° 50-2.005.

⁹ TOP Curicó, 3-3-2007, RIT N° 15-2007, RUC N° 0500667467-6; SCA Santiago 3°, Rol N° 2225-2008; TOP Santiago 2°, 21-10-2008, RUC 0700290313-4, RIT N° 138-2.008; TOP Ovalle, 5-5-2008, RIT N° 14-2008; TOP Curicó, 3-3-2007, RIT N° 15-2007, RUC N° 0500667467-6; TOP Rancagua, 7-06-2005, RIT N° 50-2.005. Todos en referencia al Boletín 2906-07, Primer Informe de la Comisión del Senado, 10 de septiembre de 2003, Primera Sesión de la 350 Legislatura extraordinaria, página 39.

¹⁰ TOP Curicó, 3-3-2007, RIT N° 15-2007, RUC N° 0500667467-6.

¹¹ SCA Santiago 3°, Rol N° 2225-2008.

¹² SCA Antofagasta, 2-12-2008, Rol N° 252-2008.

La jurisprudencia que rechaza su integración, argumenta su no inclusión fundado en que los objetos que menciona el artículo 365 bis, son entidades corporales distintas e independientes de las partes del cuerpo del sujeto activo¹³, ya que, por ejemplo, el término “objeto” se equipara a la de “cosa mueble”¹⁴, y que entender el término “objeto” como partes del cuerpo, es hacer una interpretación extensiva¹⁵ y/o analógica, lo cual es contrario al principio de legalidad del artículo 19, N° 3, de la Constitución Política¹⁶.

Ahora bien, dado a que los casos de introducción de partes del cuerpo se ventilan de forma habitual en nuestros tribunales, las posiciones sobre el respecto salen nuevamente a relucir, existiendo desde ya en la argumentación de los fallos, a su vez una contra-argumentación a la tesis contraria.

Es así como la tesis que no integra las partes del cuerpo al tipo penal, contrataca el argumento de la Historia fidedigna señalando que si bien en la Historia de la ley aparecía la idea de la inclusión, esto no fluye en el texto de la ley, y de aceptarlos, se está dando una interpretación extensiva opuesto a la interpretación restrictiva y de última ratio¹⁷. La réplica que se hace, es que de no considerarse la Historia fidedigna en este sentido, sería desvirtuar el verdadero sentido de la Ley N° 19.927¹⁸.

Esto último se añade, a las discrepancias en el significado que se da al término según lo que reza el diccionario de la RAE, donde se recurre a una u otra acepción que da ésta para argumentar y contra-argumentar la tesis contraria.

IV. NUESTRA POSTURA

1. Debilidades y fortalezas de los argumentos vertidos

El argumento del derecho comparado español que cita con precisión Fernández, es relativo, ya que si bien existe una semejanza en las disposiciones española y chilena, y una situación similar en la integración de la conducta de partes del cuerpo, lo cierto es que el fallo del Tribunal Supremo se apoya como argumento dogmático para desechar dichas partes como integrantes del tipo penal español, la norma prohibitiva del artículo 4.1 del propio Código Penal español que impide

¹³ TOP Antofagasta, 12-10-2008, RIT N° 176-2008; TOP Iquique, 13-05-2005, RIT N° 68-2005; TOP Santiago 4°, 29-09-2007, RIT N° 112-2007.

¹⁴ SCA Arica, 13-06-2006, Rol N° 124/2006.

¹⁵ TOP San Bernardo, 19-05-2005, RIT N° 32-2006.

¹⁶ TOP La Serena 3°, 8-04-2011, RIT N° 18-2011.

¹⁷ SCA Concepción, 28-12-2009, Rol N° 631-2009.

¹⁸ TOP Curicó, 3-3-2007, RIT N° 15-2007, RUC N° 0500667467-6.

la aplicación de la analogía¹⁹. Una disposición equivalente no existe en nuestro derecho penal.

Sin embargo y pese a ello, no puede desconocerse que los argumentos de la Sentencia son contundentes, en cuanto a la doctrina penal española mayoritaria en el sentido de la exclusión de las partes del cuerpo, a la agravación de la conducta que significaría la inclusión de aquellas, de las barreras existentes en derecho penal a la interpretación extensiva cuando es contra reo y a las posibilidades de una *analogía in malam partem*, cuestiones que tocan igualmente y sin duda alguna a nuestra tendencia doctrinaria y a la tradición jurídico-penal que nos atraviesa. A esto se añade, la prohibición de analogía que del mismo modo, se integra como principio en el derecho penal patrio.

Respecto del uso de la definición de la RAE en la que se funda la tesis de la integración de las partes del cuerpo en el tipo penal, nos parece un tanto desorientada del real alcance y contexto de dicha acepción. Si se analiza con mínimo detalle, se podrá determinar que dicha definición se encuentra más encaminada sobre lo que filosóficamente podría llegar a entenderse del término “objeto”, y específicamente desde la “teoría del conocimiento”, ya que si objeto es “todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo”, obviamente “sensibilidad” se toma casi en el sentido de la estética kantiana, como las cosas de las que el sujeto toma conocimiento a través de su experiencia sensible, y que incluso puede llegar a ser él quien tome experiencia de sí mismo (como en la *res cogitans* de Descartes, por ejemplo). Por ende, la acepción nada tiene que ver con el uso general, y está orientada más bien a lo que es materia de conocimiento y no a lo que materialmente es.

De las 7 definiciones que entrega el Diccionario de la RAE²⁰, sólo una de ellas se refiere al “objeto” según como ha de entenderse en el uso general de la misma: “cosa”. No cualquier definición de la RAE importa el uso general de las palabras. No es aquél que define esta cuestión, sino que es el mismo uso general el que define cuál es el contexto en que un término es usualmente significado.

Es aquí donde comprobamos un defecto general de la recurrencia al Diccionario de la RAE, en el entendido que él determina el uso general de las palabras. Justamente *uso general de las palabras* es eso, a como son entendidas en un contexto local

¹⁹ TS 2013/1999, Fundamento Noveno.

²⁰ “1. m. Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso este mismo” [= filosófico, gnoseológico]; “2. m. Aquello que sirve de materia o asunto al ejercicio de las facultades mentales” [=psíquico]; “3. m. Término o fin de los actos de las potencias” [=filosófico, aquiniano]; “4. m. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación” [=fin, teleológico]; “5. m. Materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio” [=objeto de la ciencia, teoría de la ciencia]; “6. m. cosa.”; “7. m. ant. Objeción, tacha o reparo” [=notarial, probatorio].

determinado aquéllas, lo cual nutre al término de la significación que se produce en el seno de las relaciones sociales, y no es impuesta cenitalmente desde el poder-saber de un Diccionario. Éstos, son recopilatorios de significados no siendo autoridad en la definición de un término, ya que tanto los términos y sus significados son los que se producen en el seno de la comunidad vital, y que por lo mismo, mantienen una continuidad de su uso y una uniformidad de significación de aquél.

Se puede entender en el Diccionario de la RAE siempre la palabra “objeto” como opuesta o diferente a un sujeto²¹, siendo el significado que más coincide con el uso general de la palabra “objeto”, el de “cosa”. Éste, sería equivalente al de “objeto inanimado, por oposición a ser viviente”, el cual corresponde de mejor forma al uso general, y es igualmente éste, verbigracia, el sentido que la Sentencia del Tribunal Supremo español toma para darle significado al término “objeto”²².

En relación a la Historia fidedigna, Fernández hace algunos descargos contra la interpretación que se apoya en ella basados en la posición de Jakobs, entre algunos, señala como muchas de las cuestiones expresadas en la exposición de motivos contradicen lo señalado en la Ley, que las afirmaciones en los debates corresponden a presuposiciones de parlamentarios poco informados o con desinterés en el objeto del debate, de las diversas voluntades que concurren en la dictación de la ley, y de cómo lo que es vinculante ante los ciudadanos es la ley y no las presuposiciones que surgen en los debates²³.

2. Vacío legal: *necesidad de consignación típica de la conducta*

Es de nuestra opinión, que la conducta es altamente disvaliosa, pero que sin embargo, ella no se encuentra recogida en el supuesto legal.

Fuera de las razones expresadas ya por la doctrina penal, podríamos añadir que la preeminencia del texto legal por sobre la Historia fidedigna y ya dentro del contexto jurídico-penal, puede *responder a la idea de la prevención general negativa*, cosa que no se puede decir de la historia fidedigna. Las opiniones vertidas

²¹ “2. f. Objeto inanimado, por oposición a ser viviente; 5. f. *Der.* En contraposición a persona o sujeto, objeto de las relaciones jurídicas. En el régimen de esclavitud el esclavo era una cosa. 6. f. *Der.* Objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales”.

²² En definitiva por “objetos” a estos efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales, ha de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes –excluyendo, por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano– cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual. (TS 2013/1999, Fundamento Noveno, párrafo antepenúltimo).

²³ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., pp. 116-117, en relación a JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, trad. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, (Madrid, 2007), pp. 93-95.

en los debates, a lo más corresponden a orientaciones que pueden guiar la labor hermenéutica, pero nunca cumplir dicha función, por no encontrarse incorporadas al tipo penal.

Ligado a esta idea, aunque ya en el ámbito de lo normativo general, si la publicidad de la ley –por más mítica que sea– ha de tener alguna relevancia, deja de tenerla de forma completa si se incorporan las presuposiciones parlamentarias existentes en los debates como presentes dentro del texto legal, ya que no se presume obligatorio el cumplimiento de dichos debates, sino de la ley.

Más aún se debe considerar el hecho que de no existir un vacío normativo, no se explicaría entonces que algunas iniciativas legislativas impulsadas en el hoy por parlamentarios, tengan por Norte incorporar la referencia a partes del cuerpo dentro de las conductas del 365 bis, aludiendo al principio de legalidad como óbice a una interpretación extensiva en el sentido de su inclusión por el texto legal²⁴.

La preeminencia del texto legal, responde también a nuestro juicio –y según un argumento ya vertido con anterioridad²⁵–, a la *intervención mínima*, de tal modo que se privilegia el carácter restrictivo de una interpretación del tenor de las disposiciones, cuando ello supone menor intervención del derecho penal en la sociedad civil.

Sin embargo, ello no quiere decir que la conducta en sí se rechace como disvaliosa. Muy por el contrario, el bien jurídico libertad sexual e indemnidad sexual según el caso, se ven igualmente afectadas, que como en el caso de la introducción de objetos o animales. La ampliación del derecho penal sobre la conducta en cuestión, no puede ser inflacionaria, desde que claramente su sustento se encuentra en un bien jurídico material, y la conducta ya existía como una afección grave al mismo, aún más, reconocida como tal en los hechos por la doctrina penal²⁶. Justamente es este reconocimiento lo que hace que la jurisprudencia intente integrarla al tipo penal vía hermenéutica judicial²⁷.

²⁴ Proyecto que *modifica orgánicamente los delitos contra la integridad sexual*, 29/09/2009, Moción, Primer Trámite Constitucional, Boletín N° 6.716-07. Disponible online: http://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=7110&tipodoc=men saje_mocion. fecha de visita: 6/02/2012.

²⁵ CARRASCO JIMÉNEZ, Edison, *Aspectos y problemas del delito de violación*, Colección Ágora-Seminario Antón Oneca, (Santiago de Chile, 2010), p. 68.

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., p. 108.

²⁷ En este caso, la hermenéutica judicial responde a las necesidades de criminalización de la conducta. En este sentido, el panorama respecto de la conducta es penalmente deflacionario, ya que si bien se ha recogido un objeto (bien) jurídico material como la libertad sexual y la indemnidad sexual, una conducta que es disvaliosa por su antijuricidad material, es silenciada. Las afecciones positivas no coinciden con las afecciones materiales, con lo cual el bien jurídico positivo se encuentra reducido en sus posibilidades en relación al bien jurídico material. De ahí que este déficit sea penalmente deflacionario. La jurisprudencia que sostiene la tesis de integrar

En idéntico razonamiento que aquel vertido para el rechazo de la mujer como sujeto pasivo de violación dentro de la prescripción de la norma²⁸, y coincidentemente a la posición de Fernández sobre esta materia en específico²⁹, entendemos que la inclusión que efectúa la jurisprudencia de la conducta de introducción de partes del cuerpo como integrando el tipo penal del 365 bis, responde más bien a exigencias de *lege ferenda*³⁰ más que de *lege lata*, lo cual denota a su vez la existencia de un vacío legal –pese a la subsunción que se hace de ellas, en el tipo penal del abuso sexual– que sería necesario urgentemente satisfacer.

la conducta de introducción de partes del cuerpo dentro el tipo penal, no infracciona la norma desde el punto de vista material aunque sí formal. Su interpretación desde el bien jurídico material no es inflacionaria. Pero la descripción normativa de la conducta resuelta en el tipo penal, al encontrarse en función a la *intervención mínima*, es custodio de las extensiones que pueden efectuarse del derecho penal en la vida civil, y al encontrarse en función a la *prevención general*, es atalaya de las ampliaciones de sentido de la literalidad que pudiesen desvirtuar el contenido comunicativo inmediato del tipo penal. Por ende, pese a la deflación normativa, la interpretación debe abstenerse de producir ampliaciones normativas vía hermenéutica judicial, sin que por ello no deje de representar el carácter deflacionario por no considerar la conducta. Para este caso, la interpretación judicial es un síntoma que revela la deflación.

²⁸ CARRASCO JIMÉNEZ, Edison ob. cit., pp. 61-76.

²⁹ Vid. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., pp. 134-135.

³⁰ Vid. FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, ob. cit., p. 118.